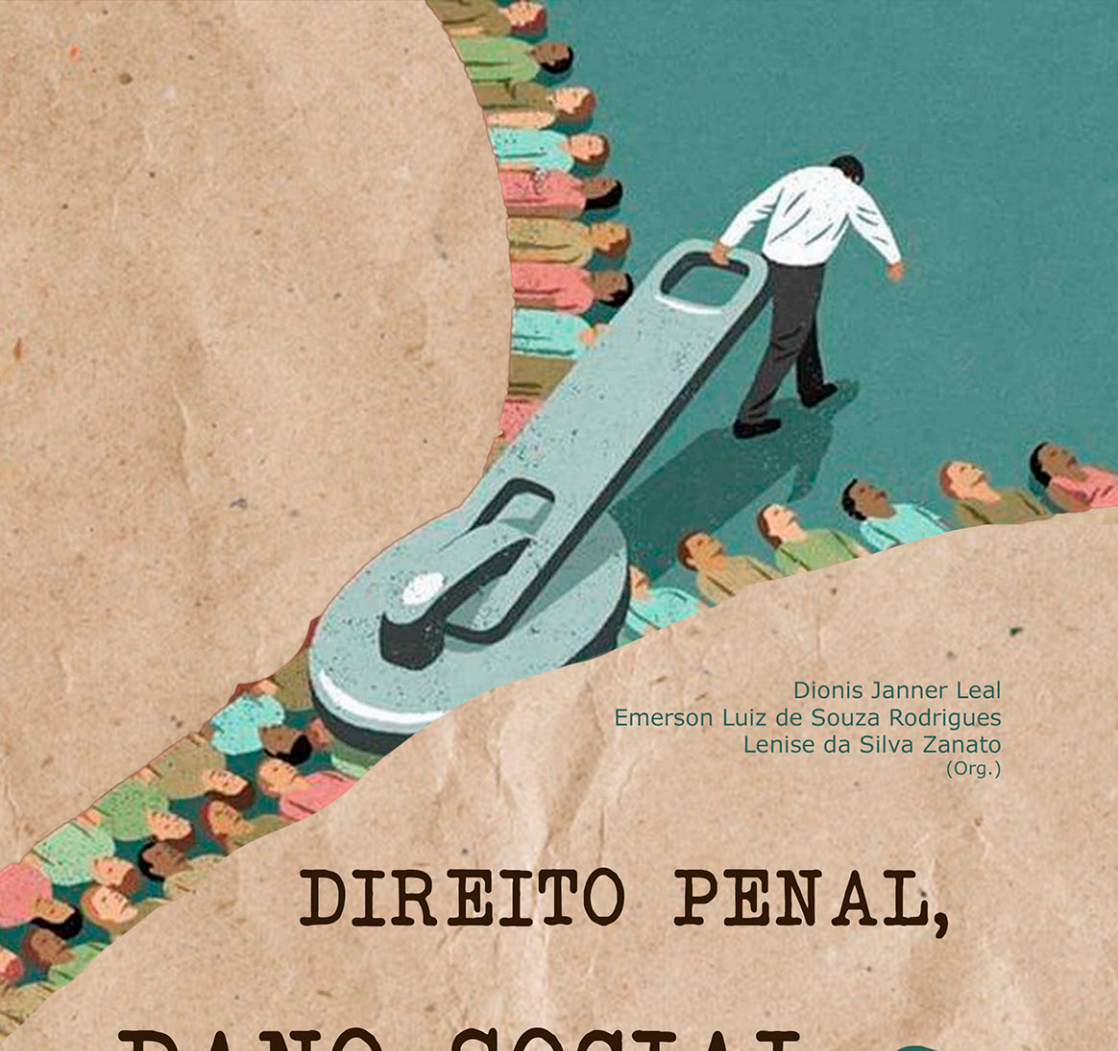
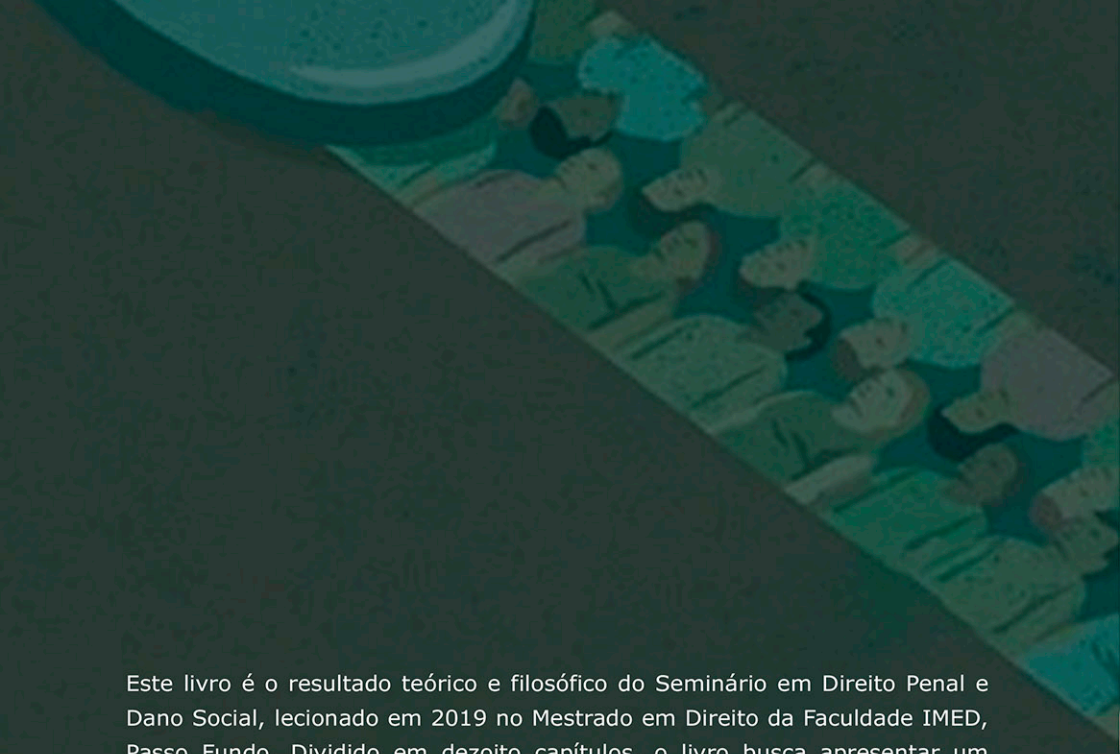


Dionis Janner Leal
Emerson Luiz de Souza Rodrigues
Lenise da Silva Zanato
(Org.)

DIREITO PENAL, DANO SOCIAL & DEMOCRACIA



Este livro é o resultado teórico e filosófico do Seminário em Direito Penal e Dano Social, lecionado em 2019 no Mestrado em Direito da Faculdade IMED, Passo Fundo. Dividido em dezoito capítulos, o livro busca apresentar um debate fomentador da crítica sociológica e histórica jurídico-penal sobre o dano social a partir do debate sobre a sustentabilidade e a biopolítica no sistema penal. Em cada um dos capítulos, os autores e autoras refletem a respeito da democracia e do sistema penal a partir de uma perspectiva macroestrutural. Os textos desenvolvidos pelos autores e autoras do livro, muitas vezes com temas que se entrecruzam e se completam, se torna essencial para pesquisadores e estudantes do Direito que buscam um contato mais aprofundado com as problemáticas concretas que assaltam a dignidade humana, o dano social e o Direito Penal em sua acepção mais crítica.

9 786587 340852

editora Ofi.org

CC BY SA

Direito Penal, Dano Social e Democracia

COMITÊ EDITORIAL

Profª. Drª. Cecília Maria Pinto Pires

Prof. Dr. Fausto Santos de Morais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues

Prof. Dr. Jacopo Paffarini

Profª. Drª. Jaqueline Mielke Silva

Prof. Dr. José Renato Gaziero Cella

Profª. Drª. Leilane Serratine Grubba

Profª. Drª. Marília de Nardin Budó

Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen

Prof. Dr. Neuro José Zambam

Profª. Drª. Salete Oro Boff

Prof. Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Prof. Dr. Vinícius Borges Fortes

Prof. Dr. Mher Arshakyan

DIREITO PENAL, DANO SOCIAL E DEMOCRACIA

COORDENAÇÃO

LEILANE SERRATINE GRUBBA
Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional (IMED). Professora da Escola de Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional (IMED). Pesquisadora da Fundação Meridional. Líder do Centro de Direito, Democracia, Desenvolvimento e Sustentabilidade, da Faculdade Meridional. Coordenadora do Projeto de Pesquisa e Extensão CineLaw (Cinema, Direitos Humanos e Sociedade: vias para o empoderamento) (CNPq/IMED/Instituto Interamericano de Derechos Humanos IIDH/ Youth for Human Rights YHRB). Membro do Corpo Diplomático e Consultora de Projetos do Programa das Nações Unidas Youth for Human Rights (YHRB). E-mail: leilane.grubba@hotmail.com

ORGANIZAÇÃO

DIONIS JANNER LEAL
Mestrando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado em Direito da Faculdade Meridional – IMED

EMERSON LUIZ DE SOUZA RODRIGUES
Mestrando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado em Direito da Faculdade Meridional – IMED

LENISE DA SILVA ZANATO
Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado em Direito da Faculdade Meridional – IMED

AUTORES

Aline Taiane Kirch;
Amanda Brum Porto;
Ana Paula Coelho Abreu dos Santos;
Ana Paula Zarth;
Carina Lopes De Souza;
Caroline Wüst;
Cassio Abreu de Rosa;
Daniel de Paula;
Dionis Janner Leal;
Emerson Luiz de Souza Rodrigues;
Giulia Signor;
Guilherme Witeck;
Júlia Benetti Franzosi;
Karla Eduarda Modena Pavan;
Laís Franciele de Assumpção Wagner;
Lenise da Silva Zanato;
Luís Guilherme Bonfada de Mattos;
Luíza Seger;
Maiara Zaparoli;
Marco André Simm de Faveri;
Maria Alice Lodi Palage;
Mariana Sarturi;
Marina Belani;
Mayara Pellenz;
Neuri Antônio Boscatto;
Rafael Fritzen;
Silvia Helena Arizio;
Philippe De Faria Corrêa Grey

Diagramação: Marcelo A. S. Alves
Capa: Carole Kümmecke - https://www.conceptualeditora.com/

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.

Todos os livros publicados pela Editora Fi
estão sob os direitos da Creative Commons 4.0
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

LEAL, Dionis Janner; RODRIGUES, Emerson Luiz de Souza; ZANATO, Lenise da Silva (Orgs.)

Direito penal, dano social e democracia [recurso eletrônico] / Dionis Janner Leal; Emerson Luiz de Souza Rodrigues; Lenise da Silva Zanato (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

406 p.

ISBN - 978-65-87340-85-2
DOI - 10.22350/9786587340852

Disponível em: http://www.editorafi.org

1. Direito penal; 2. dano social; 3. democracia; 4. Estado; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:
1. Direito 340

Sumário

Prefácio.....**11**
Horácio Wanderlei Rodrigues

Apresentação.....**13**

1.....**18**
Socioeducação ou punição? Críticas a interferência do sistema penal no sistema socioeducativo, pelo marco teórico da criminologia crítica
Aline Taiane Kirch

2.....**49**
Natureza jurídica e funções das medidas socioeducativas: a busca por respostas na construção da Lei do SINASE
Aline Taiane Kirch

3.....**81**
Violência de gênero e os impasses enfrentados no âmbito jurídico: aspectos da Lei Maria da Penha
Maria Alice Lodi Palage
Luís Guilherme Bonfada de Mattos
Amanda Brum Porto

4.....**107**
Violência doméstica e familiar contra a mulher
Ana Paula Coelho Abreu dos Santos
Guilherme Witeck

5.....**131**
A contribuição do feminismo na garantia dos direitos fundamentais da mulher e no combate à violência de gênero na internet
Ana Paula Zarth
Lenise da Silva Zanato

6.....151
A construção midiática dos estereótipos que conformam a "intervenção penal estigmatizante"
Cassio Abreu de Rosa
Leilane Serratina Grubba
Lenise da Silva Zanato

7..... 177
A responsabilidade política e a impotência social da mulher no âmbito da violência doméstica
Daniel de Paula
Laís Franciele de Assumpção Wagner

8 194
Dados pessoais e psicopoder na perspectiva de Byung-Chul Han: privacidade hackeada pelo Estado
Dionis Janner Leal
Philippe De Faria Corrêa Grey

9.....214
"Você vai se arrepender de levantar a mão pra mim": o papel simbólico do Direito Penal no enfrentamento da violência contra a mulher no Brasil
Emerson Luiz de Souza Rodrigues
Marina Belani
Mariana Sarturi

10 246
A aplicabilidade do direito penal a serviço da democracia: uma análise do jus puniendi conforme a constituição federal de 1988
Karla Eduarda Modena Pavan

11..... 266
A (in)disponibilidade do bem jurídico vida sob a perspectiva teórica de Claus Roxin
Luíza Seger
Marco André Simm de Faveri
Rafael Fritzen

12 290
Percepções sobre democracia e sua influência junto às políticas públicas
Maiara Zaparoli
Júlia Benetti Franzosi

13 306
A mediação no código de processo civil brasileiro e a dimensão da justiça em foco
Mayara Pellenz
Silvia Helena Arizio

14 329
A difusão substancial do acesso à justiça no Brasil por meio da desjudicialização
Rafael Fritzen
Marco André Simm de Faveri
Luíza Seger

15 350
Mediação e conciliação: uma forma democrática de acesso à justiça
Neuri Antônio Boscatto
Caroline Wüst

16 367
Genocídio, políticas públicas e omissão: aportes para um debate inicial
Philippe De Faria Corrêa Grey
Dionis Janner Leal

17 387
Pandemia e violência: uma análise sobre os índices de violência contra a mulher durante a pandemia do covid-19 no Brasil
Carina Lopes De Souza
Giulia Signor
Thábata Santa Catarina De Souza

Prefácio

Horácio Wanderlei Rodrigues [1]

Conheci Leilane Serratine Grubba em 2010, quando ingressou no Mestrado em Direito do PPGD/UFSC. Ali iniciaram nossos laços acadêmicos e de amizade, em especial depois que fui convidado para ser seu orientador de Dissertação. Com a passagem direta para o Doutorado, nossos vínculos profissionais e pessoais se aprofundaram.

E quis a vida que, a partir de 2016, quando me aposentei da UFSC, passássemos a ser colegas de magistério no PPGD/IMED. Na IMED trabalhamos juntos e dividimos a mesma sala por três anos – tempo durante o qual por lá estive como docente.

Quero aqui resgatar também esse segundo vínculo – afetivo, coletivo e institucional – com essa grande instituição. Por opção pessoal decidi, no primeiro semestre de 2019, dar um tempo na vida acadêmica. Mas o carinho permanece. Sempre manterei as excelentes lembranças desses três anos de trabalho e convivência solidários – com colegas, alunas e alunos, amigas e amigos – e das viagens de carro e de motocicleta entre Florianópolis, SC, e Passo Fundo, RS.

Foram esses dois vínculos que me fizeram aceitar o desafio de escrever este pequeno prefácio: o carinho e admiração pela pessoa humana e pela profissional com a qual convivi acadêmica e profissionalmente por quase uma década – e que se tornou uma grande e querida amiga para a vida toda – e a minha gratidão à IMED – seus mantenedores, docentes, discentes e funcionários – pela calorosa acolhida nos anos em que ali estive.

---

[1] Professor do PPGD/UNIVEM.

Prefaciar um livro é sempre uma grande responsabilidade. E essa responsabilidade aumenta quando o livro é uma experiência coletiva, instigante e extremamente atual. Esse é o caso da obra "*Direito Penal, dano social e democracia*".

O livro é formado por uma pluralidade de trabalhos produzidos no âmbito do *Grupo de Estudos Biopolítica, Gênero e Direito*, coordenado pela professora Leilane Serratine Grubba. Seu texto está dividido em dezoito capítulos destinados, cada um deles, a um assunto específico vinculado à temática geral do grupo.

O conjunto dos escritos envolve temas fundamentais, tais como: sistema socioeducativo; criminologia crítica; medidas socioeducativas; violência de gênero e contra a mulher; feminismos; violência doméstica e familiar; construção de estereótipos e violência na mídia e na internet; direito à privacidade; indisponibilidade da vida; democracia e era digital; desjudicialização, mediação e acesso à justiça; políticas públicas e omissão do Estado; pandemia da Covida-19 e violência.

O arquivo com os originais chegou há alguns dias e pude, em primeira mão, constatar a qualidade dos textos que o compõem. Foi uma leitura instigante e prazerosa. A publicação do livro é uma contribuição inestimável para a área jurídica e uma leitura indispensável para todas e todos que estudam e pesquisam as relações entre Direito e Democracia. Boa leitura!

Ilha da Magia, SC, primavera de 2020.

Apresentação

Este livro é o resultado teórico e filosófico do Seminário em Direito Penal e Dano Social, lecionado em 2019 no Mestrado em Direito da Faculdade IMED, Passo Fundo. Dividido em dezoito capítulos, o livro busca apresentar um debate fomentador da crítica sociológica e histórica jurídico-penal sobre o dano social a partir do debate sobre a sustentabilidade e a biopolítica no sistema penal. Em cada um dos capítulos, os autores e autoras refletem a respeito da democracia e do sistema penal a partir de uma perspectiva macroestrutural.

O primeiro capítulo, escrito por Aline Taiane Kirch, questiona os posicionamentos produzidos na construção da Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE, no que tange a natureza jurídica e funções da medida socioeducativa. A autora objetiva demonstrar como ocorreu a tramitação do projeto de lei que culminou na Lei 12.594/2012 e quais foram os desdobramentos realizados para a definição legal de qual é a natureza jurídica e as funções das medidas socioeducativas.

O objetivo do segundo capítulo é abordar a interferência do sistema penal no sistema socioeducativo. Escrito por Aline Taiane Kirch, o capítulo parte da criminologia crítica para discutir sobre as funções reais do Sistema Penal, bem como o seu reflexo e, ao mesmo tempo, suas distinções, perante o Sistema Socioeducativo, o qual é aquele que deveria se sobressair no Sistema de Justiça.

Os capítulos terceiro, quarto e quinto partem de perspectivas feministas. Maria Alice Lodi Palage, Luís Guilherme Bonfada de Mattos e Amanda Brum Porto, no terceiro capítulo, analisam os impasses que as mulheres enfrentam em âmbito jurídico relativamente à violência de gênero e à Lei Maria da Penha. Buscam sensibilizar os operadores do direito caracterizando a problemática e demonstrando a necessidade de trabalhar a

temática, violência de gênero, e seus danos psicológico/morais de forma mais sensível, assim como investimento em ações preventivas de violência para todas as mulheres independente do sexo, gênero, orientação/condição sexual, cor, etnia, classe econômica.

A violência doméstica contra a mulher é o tema do capítulo quarto. Também partindo de uma perspectiva crítica e feminista, Ana Paula Coelho Abreu dos Santos e Guilherme Witeck buscam analisar a violência a partir de uma investigação sobre os movimentos sociais nos mais variados períodos da história e a participação das mulheres nesses movimentos, que serviram de ferramenta para questionar os padrões pré-estabelecidos do masculino e feminino, e que também serviu por tempos para oprimir um sexo em detrimento de outro, dando vazão às mais variadas formas de violência. Para os autores, violar a integridade física e psíquica da mulher em âmbito doméstico e familiar é, antes de tudo, violar o princípio da dignidade humana, previsto na Carta Constitucional.

O capítulo quinto, escrito por Ana Paula Zarth e Lenise da Silva Zanato, apresenta uma perspectiva feminista para tratar do combate à violência de gênero na internet. Principalmente, o capítulo aborda a contribuição do feminismo na garantia dos direitos fundamentais da mulher e no combate a violência de gênero na internet, apresentando inicialmente os dados históricos dos movimentos feministas e da contribuição para a positivação de direitos internacionais na Constituição Federal e nas legislações infraconstitucionais.

O sexto capítulo do livro teve por objetivo analisar o papel da mídia no agravamento de ações institucionais que cedem a estereótipos que "naturalizam" um perfil criminoso. Escrito por Cassio Abreu de Rosa, Leilane Serratine Grubba e Lenise da Silva Zanato, o estudo apresentou como hipótese principal que as formas pelas quais os estereótipos condicionam a definição de quais são os "tipos característicos" dos criminosos também ditam a definição de quais são as ameaças à segurança social, em que consistem e, principalmente, como devem ser interpretadas.

Sequencialmente, a responsabilidade política e a impotência social da mulher no âmbito da violência doméstica foram abordadas no sétimo capítulo. Neste, os autores Daniel de Paula e Laís Franciele de Assumpção Wagner, analisaram os dados e índices de feminicídios no Brasil nos últimos anos, bem como buscaram na doutrina a resposta para quais políticas se apresentam como favoráveis a redução do índice da violência contra a mulher.

No oitavo capítulo, Dionis Janner Leal e Philipe De Faria Corrêa Grey investigaram os dados pessoais e o psicopoder a partir da perspectiva de Byung-Chul Han. Para os autores, o desenvolvimento tecnológico, especialmente relacionado às tecnologias de informação e de comunicação – TICs -, permite e facilita a disponibilidade irrestrita e exponencial de dados pessoais (*Big Data*) e seu acesso por organizações. O acesso a dados pessoais, sem autorização, afronta a privacidade, e permite exercer poder sobre as pessoas pelos dados por elas fornecidos, possibilitando a intervenção em processos psicológicos da população.

O nono capítulo foi dedicado ao papel simbólico do Direito Penal no enfrentamento da violência contra a mulher no Brasil. Os autores Emerson Luiz de Souza Rodrigues, Marina Belani e Mariana Sarturi refletiram sobre a (in)eficácia do Direito para a resolução de conflitos oriundos da violência de gênero. Nesse sentido, os autores entendem que as medidas institucionais criadas no Brasil para o enfrentamento da violência contra a mulher – que perpassam pela implementação de medidas penais – se afiguram como exemplos de um modelo de direito penal simbólico, considerando os altos índices de violência apresentados nas últimas estatísticas oficiais acerca do tema.

A aplicabilidade do Direito Penal à Democracia é abordada por Karla Eduarda Modena Pavan no décimo capítulo da obra. A autora buscou analisar a influência trazida pela democracia na aplicabilidade do direito penal, além de fortalecer o pensamento crítico do leitor quanto à disparidade encontrada entre a teoria e a prática, especialmente, no contexto punitivo e na execução penal brasileira.

No décimo primeiro capítulo, Luíza Seger, Marco André Simm de Fáveri e Rafael Fritzen investigaram a (in)disponibilidade da vida como bem jurídico, a partir do pensamento de Claus Roxin. Os autores argumentam que frente à ausência de previsão expressa e específica na legislação brasileira, a possibilidade da prática da eutanásia passiva e da indireta, pelo fato de ser admitida a observação pela equipe médica das diretivas antecipadas de vontade elaboradas conforme a Resolução nº 1.995 de 2012 do CFM, visando garantir a prevalência do direito humano à morte digna e o direito à autodeterminação de pacientes terminais em seus leitos de morte.

Sequencialmente, no capítulo décimo segundo, Maiara Zaparoli e Júlia Benetti Franzosi abordam percepções sobre democracia e sua influência junto às políticas públicas. As autoras buscaram entender a construção da democracia à luz de conceitos históricos e enriquecido com o processo constitucional de 1988, no qual se preocupou consideravelmente com a democracia e políticas públicas. A conclusão sinaliza para a necessidade de desvelar os processos democráticos, articulando as suas dimensões política, econômica, social e cultural.

No capítulo décimo terceiro, Mayara Pellenz e Silvia Helena Arizio objetivaram analisar a mediação em retrospectiva e perspectiva, a partir das alterações sobre o instituto no Código de Processo Civil de 2015. Partindo do pressuposto de que a mediação é uma importante categoria no Direito brasileiro, as autoras questionaram os principais aspectos da mediação no referido diploma legal considerando a justiça. As autoras argumentam que diante no número de processos e da judicalização em massa, o cenário de crise oportunizou a concretização da mediação como uma alternativa de solução de conflitos, no intuito de promover o entendimento entre as partes e a celeridade processual de forma inclusiva e pacífica.

Sequencialmente, no capítulo décimo quarto, Rafael Fritzen, Marco André Simm de Faveri e Luíza Seguer buscaram analisar o instituto da desjudicialização como instrumento na concretização do direito fundamental do acesso à justiça, em sua dimensão substancial. Os autores concluíram que a desjudicialização se apresenta como um importante instituto para a

democracia brasileira, corroborando para o desenvolvimento de um acesso à justiça substantivo, amplo e efetivo.

Os autores Neuri Antônio Boscatto e Caroline Wüst, no capítulo décimo quinto, objetivaram verificar se a mediação e a conciliação, que são políticas públicas, proporcionam uma perspectiva democrática do acesso à justiça, haja vista que facultam a autonomia e o diálogo no tratamento dos conflitos.

No décimo sexto capítulo, Philippe De Faria Corrêa Grey e Dionis Janner Leal abordaram o genocídio, as políticas públicas e a omissão. Os autores argumentam, sob o enfoque da responsabilidade penal, que o direito penal como *ultima ratio* abre a possibilidade de se configurar o crime de genocídio mediante omissão estatal no campo das políticas públicas.

Por fim, no capitulo décimo sétimo, Carina Lopes de Souza, Giulia Signor e Thábata Santa Catarina De Souza analisaram os índices de violência contra a mulher durante a pandemia do Covid-19 no Brasil. As autoras buscaram analisar os dados disponibilizados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública sobre violência contra a mulher durante o período da pandemia e, por fim, verificar as ações do poder público para o combate à violência durante a pandemia.

Os textos desenvolvidos pelos autores e autoras do livro, muitas vezes com temas que se entrecruzam e se completam, se torna essencial para pesquisadores e estudantes do Direito que buscam um contato mais aprofundado com as problemáticas concretas que assaltam a dignidade humana, o dano social e o Direito Penal em sua acepção mais crítica.

Passo Fundo, 21 de novembro de 2020.

Leilane Serratine Grubba
Dionis Janner Leal
Emerson Luiz de Souza Rodrigues
Lenise da Silva Zanato

1

Socioeducação ou punição? Críticas a interferência do sistema penal no sistema socioeducativo, pelo marco teórico da criminologia crítica

Aline Taiane Kirch [1]

Introdução

O recorrente cenário de sede de punição por parte do senso comum, em conjunto com o também corriqueiro clamor popular e debate legislativo acerca da tentativa de minimização dos direitos da criança e do adolescente, faz com que seja necessário investigar de que maneira o Sistema Socioeducativo, convertido em extensão do Sistema Penal, proporciona uma cadeia de sofrimentos e dores injustificáveis em empiria.

Daí a importância da Criminologia Crítica, que proporciona o desvelamento de que a extensão do Sistema Penal sobre o Sistema Socioeducativo ocorre tanto na seleção dos adolescentes a receberem o rótulo de infratores, como na escolha pela aplicação de medidas de internação, onde o adolescente é privado de sua liberdade e de vários outros direitos, como saúde, educação, convivência em um ambiente saudável, enfim, de condições que proporcionem uma vida digna.

A partir de tais afirmações, questiona-se: como o Sistema Penal e o Sistema Socioeducativo estão imergidos no Paradigma da Reação Social e

[1] Mestre em Direito, Democracia e Sustentabilidade pelo Programa de Pós-Graduação do Complexo de Ensino Superior Meridional - IMED. Graduada pela Escola de Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional - IMED. Advogada inscrita na OAB/PR sob nº. 99.636. Email: aline-kirch@hotmail.com.

de que forma as medidas voltadas a privação de liberdade tornam-se ineficazes em suas promessas, gerando a necessidade de investimento naquelas executadas em meio aberto?

Desse modo, o presente artigo pretende discutir criticamente sobre as funções reais do Sistema Penal, bem como o seu reflexo, e ao mesmo tempo suas distinções, perante o Sistema Socioeducativo, o qual é aquele que deveria se sobressair no Sistema de Justiça.

Para tanto, faz-se necessário tratar inicialmente sobre o Paradigma da Reação Social e a crítica dos processos de criminalização voltados a adultos e adolescentes; seguido da apresentação das funções reais do Sistema Penal, a partir do olhar da Criminologia Crítica, e sua interferência nas ações práticas realizadas no Sistema Socioeducativo; e por fim, discorrer sobre a ineficácia da privação de liberdade e da medida socioeducativa de internação.

As hipóteses levantadas no presente trabalho são: a) Todo o aparato do Paradigma da Reação Social aplica-se não somente ao Sistema Penal dos adultos, mas também ao Sistema Socioeducativo dos Adolescentes; b) As funções reais do Sistema Penal promovem o punitivismo e a falta de investimento em políticas públicas se estende ao Sistema Socioeducativo que se torna uma ramificação do Sistema Penal, captando todos os seus problemas; c) Apesar de a construção dos textos legais voltados ao Sistema Socioeducativo encontrarem-se majoritariamente amparados na Teoria da Proteção Integral e nos ideais da Criminologia Crítica, na prática a medida socioeducativa de internação, a qual deveria ser a exceção, torna-se a regra; d) O Sistema Socioeducativo, na forma em que foi previsto legalmente, deveria ser um modelo para o Sistema Penal, e não o oposto; e) O Estado, através das decisões dos magistrados e da criação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, deveria investir nas medidas socioeducativas em meio aberto, pois elas são mais eficazes na responsabilização do adolescente e no amparo as vítimas.

O método de abordagem empregado é o dedutivo, o qual parte de premissas gerais para alcançar premissas específicas (MARTINS;

THEÓPHILO, 2009). Assim, se observará que o Paradigma da Reação Social explica o que ocorre na prática no Sistema Penal e no Sistema Socioeducativo de forma generalizada, de modo que o investimento em medidas em meio aberto poderia mudar esse cenário.

Os métodos de procedimento utilizados são: o comparativo, promovendo o exame simultâneo entre o Sistema Penal e o Sistema Socioeducativo, e o método tipológico**,** comparando os fenômenos complexos observados no Paradigma da Reação Social, os quais levam a constatação da existência de um tipo de Sistema Penal e Socioeducativo na realidade, bem como o tipo almejado de sistema de responsabilização, ideal para os interesses da sociedade. As técnicas de pesquisa são a bibliográfica, que será baseada nas obras referentes à Criminologia Crítica e a documental, por meio da demonstração do posicionamento de profissionais da área da infância e juventude em relação ao Sistema Socioeducativo, extraídos dos registros das audiências públicas realizadas durante a tramitação do Projeto de Lei que culminou na criação da Lei do SINASE – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo.

1 O paradigma da reação social e a crítica dos processos de criminalização de adultos e adolescentes

A ruptura provocada na Criminologia pelo Paradigma da Reação Social, inicialmente pelo *Labelling Approach* ou Teoria do Etiquetamento, surgiu nos Estados Unidos, entre o final da década de 1950 e início da década de 1960 do século XX. Ela ocorreu primeiramente na Sociologia, com o Interacionismo Simbólico e a Etnometodologia, na década de 1950 (ANDRADE, 2003, b).

O Interacionismo Simbólico, estudado por Charles Cooley e George H. Mead compreende [...] "que a sociedade é interação e que a dinâmica das instituições sociais somente pode ser analisada em termos de processos de interação de seus membros" (ANDRADE, 2003, b, p. 40). A

realidade social consiste em interações entre indivíduos, que realizam um processo de atribuição de significados por meio da linguagem.

A Etnometodologia é oriunda da sociologia fenomenológica de Alfred Shutz e refere que "a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer objetivamente, mas o produto de uma 'construção social' obtida mediante um processo de definição e de tipificação por parte dos indivíduos e grupos diversos" (ANDRADE, 2003, b, p. 40).

A Criminologia Crítica trata-se de uma Sociologia do Direito Penal de extrema importância por auxiliar a ter uma visão externa do Sistema Penal. A disciplina do Direito Penal é dogmática e costuma ser fechada ao estudo da lei, pois visa preparar o jurista para interpreta-la e aplica-la. Nela não se questiona se a Lei é justa ou injusta e se corresponde aos objetivos declarados de reduzir a criminalidade. É um trabalho quase que mecânico, não fosse à hermenêutica, porém esta não tem a liberdade da crítica externa (BARATTA, 2002).

A Criminologia Crítica proporciona uma visão macrossistêmica acerca da realidade, a partir da noção de Construção Social, a qual define que a realidade não é algo concreto, uma vez que as impressões que se tem sobre um objeto observado dependem da interpretação e da interação. Em outras palavras, a realidade é construída. O sujeito molda e é moldado (BARATTA, 2002).

A Criminologia Crítica tem base teórica marxista, a qual permite analisar a realidade comportamental do desvio e a sua relação com as estruturas sociais e os modos de produção e distribuição. No entanto, não possui uma base homogênea. Ela se utiliza da sociologia liberal e consegue ultrapassar os limites dessa por meio do marxismo. Por isso, além de apresentar estudiosos de várias partes do mundo, apresenta também vários olhares, tanto de cunho liberal, como de cunho marxista, que se complementam (BUDÓ, 2013, b).

Com efeito, se utiliza da Teoria Materialista, pois não se baseia somente nas teorias das obras marxistas, mas inclui observações empíricas, com dados que não foram colhidos no contexto da época em

que os textos marxistas foram escritos. A Criminologia Crítica não permanece apenas no campo das abstrações dos textos, mas parte para a pesquisa empírica, dentro das ciências sociais. Seu objeto de pesquisa é a sociedade: sua interação, forma de organização, a construção da realidade e a reação social. A Teoria Materialista é a teoria "econômico-política, do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização" (ANDRADE, 2003, b, p. 159). A metodologia adotada pela Criminologia Crítica é a pesquisa empírica com foco nos Sistemas de Controle Social e nos Processos de Definição do que é Crime (ANDRADE, 2003, b).

A partir da Construção Social da Realidade, compreende-se o que é o Desvio, denominado de Crime, pois "no estudo do desvio, como no estudo da sociedade em geral, o que se necessita é uma sociologia que combine estrutura, processo e cultura em uma dialética continua" (TAYLOR, WALTON E YOUNG, 1997).

O Desvio é o gênero da Infração da Norma Social. O Crime é uma espécie de Desvio, e se constitui em uma Infração da Norma Penal. Por isso, o Crime não é um dado ontológico, não provêm da natureza, porque é definido pela Lei, através da Construção Social. Essa definição é feita pelos grupos sociais, que criam o Desvio, ao criar as regras. Em outras palavras, a infração às regras constitui o Desvio. Sendo assim, o ato que é considerado Crime pela sociedade nada mais é do que um Desvio, como outro qualquer, com a única diferença de que está previsto em uma norma penal (TAYLOR, WALTON E YOUNG, 1997). O Adolescente também comete desvios previstos na norma penal, os quais são denominados no Brasil como "atos infracionais".

Cada Sociedade possui seus próprios valores e irá definir o que é Crime para ela. Essa definição poderá ser diversa a de outro grupo de pessoas, ou possuir tratamento diferente. Por essa razão, os selecionados como criminosos podem variar de acordo com os valores da Sociedade onde estão inseridos (BECKER, 2008).

Dessa forma, define-se como *outsider* a pessoa que viola determinada regra de uma sociedade. Por outro lado, para o indivíduo considerado *outsider*, de acordo com suas opiniões referentes ao que são condutas corretas e erradas, são os membros da sociedade que serão vistos como *outsiders* (BECKER, 2008).

Quando o *outsider* trata-se de um adolescente, automaticamente ele vira um bode expiatório, principalmente na mídia, para que a sociedade deposite nele toda sua repulsa e sede de punição. Qualquer desvio é suficiente para que se clame por redução da maioridade penal e aplicação de penas severas (ROSA; LOPES, 2011)

A sociedade possui Mecanismos de Controle Social, que se dividem em Agências Informais e Formais. As Agências de Controle Social Informal são aquelas que não tem vinculação com o poder coercitivo do Estado, como a escola, a família, a mídia, o trabalho, as igrejas, entre outras. As Agências de Controle Social Formal são as que se vinculam a este poder, sendo o Poder Legislativo, a polícia, o Ministério Público, o Poder Judiciário, as prisões e no caso dos adolescentes, as unidades de internação. São nas Agências de Controle Social Formal que acontecem os processos de criminalização (ANDRADE, 2012).

O Desvio visto como Crime é criado a partir de dois momentos, denominados Processos de Criminalização. O Primeiro Processo, também chamado de Criminalização Primária, ocorre por meio da criação das regras, das normas penais, por intermédio do Poder Legislativo. O segundo Processo, a Criminalização Secundária, se dá pela aplicação das regras, a partir da atuação da polícia, do Poder Judiciário, do Ministério Público, do cárcere (tanto nos presídios, como nas unidades de internação) e das instituições de cumprimento de medidas de segurança (ZAFFARONI, et. al., 2003).

Não serão, porém, todas as pessoas que violam as regras penais rotuladas como desviantes. Somente sobre aquelas as quais recair a Reação

Social, que ocorre na Criminalização Secundária. Assim, de todas as pessoas que cometem crimes, apenas algumas são rotuladas como criminosas, ou no caso dos adolescentes, de infratores (BECKER, 2008).

Por isso, o Paradigma da Reação Social parte do Interacionismo Simbólico e da Etnometodologia, para demonstrar que:

> [...] o desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica pré-constituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social, isto é, de processos formais e informais de definição e seleção. (ANDRADE, 2003, b, p. 40-41).

O Paradigma da Reação Social explica que para que o ato seja considerado ou não como desviante dependerá de como a sociedade irá reagir diante do fato. Caso considerado desviante após a verificação da Reação Social, o grau de tratamento que o ato irá sofrer dependerá de quem o cometeu e de quem foi atingido por ele (BECKER, 2008). É nesse momento, que a seletividade do Sistema Penal e do Sistema socioeducativo ganha maior destaque.

A mudança paradigmática que envolve a Criminologia Crítica é que ela estuda o Sistema de Controle, pois se sabe que todas as pessoas cometem Desvios - logo, o estudo da causa do crime é algo secundário - porém apenas algumas são consideradas criminosas e infratoras, sendo selecionadas pelo Sistema Penal e pelo Sistema Socioeducativo (ZAFFARONI, 2001).

A Criminologia Tradicional, pautada no Paradigma Etiológico procura responder quem é o criminoso e o que motivou o crime, tendo exercido grande influência nas Doutrinas Menorista e da Situação Irregular, as quais eram institucionalmente aplicadas sobre crianças e adolescentes no Brasil antes da recepção da Teoria da Proteção Integral em 1988, com a promulgação da Constituição Federal. A Criminologia Crítica, por sua vez, procura saber quem define o que é crime, quem é rotulado como desviante, por que e como esse rótulo é atribuído e quais

são os efeitos do etiquetamento. A investigação não está mais sobre os controlados, mas sobre os controladores, os quais possuem poder político (ANDRADE, 2003, b).

Andrade (2003, b, p. 45), explica que:

> [...] ao chamar a atenção para a importância do processo interativo (de definição e seleção) para a construção e a compreensão da realidade social da criminalidade, o *labilling* demonstrou também como as diferenças nas relações de poder influenciam na construção. (Hulsman, 1986, p. 127). Assenta pois, na recusa do monismo cultural e do modelo de consenso como teoria explicativa da gênese das normas penais e da sociedade, que constituía um pressuposto fundamental da Criminologia positivista.

A definição de quem é o criminoso não é dada apenas pelo Sistema Penal, mas por todo o Sistema de Controle Social. Por esse motivo, o estudo da Criminologia Crítica não se limita apenas ao primeiro, mas envolve todas as Agências de Controle Social do segundo. Para saber por que umas pessoas são etiquetadas como criminosas e outras não, é necessário entender quem cria as etiquetas. O estudo da Criminologia Crítica não é do Desvio, mas dos Mecanismos de Controle Social e dos Processos de Criminalização (BARATTA, 2011).

Tendo em vista que Criminologia Crítica não limita seu objeto de estudo aos Processos de Criminalização, é proporcionado o conhecimento das variadas formas de interação social. Assim, para muito além da Lei é possível se conhecer a Sociedade para a qual ela é produzida. De acordo com Rosa e Lopes (2011), a Criminologia Crítica impulsionou a Teoria da Proteção Integral tanto pela forma em que ela se apresenta internacionalmente, através da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, como no Brasil, por meio do ECA.

Na vigência das Doutrinas Menorista e da Situação Irregular, crianças e adolescentes não eram vistos como Sujeitos de Direito, mas como objetos de tutela. A partir dessa perspectiva, as Doutrinas e suas normas aplicavam-se apenas para crianças e adolescentes considerados em risco social, moral e familiar ou de “delinquência”, os quais eram submetidos ao

Juizado de Menores, de cunho assistencialista e arbitrário (CUSTÓDIO, 2009). As doutrinas Menorista e da Situação Irregular são sinônimas de dominação sobre a infância pobre, pois foram responsáveis pela criminalização deste grupo e exerceram total poder na elaboração e execução de políticas voltadas àqueles taxados como "menores". Sob o aparato da lei, essas doutrinas foram responsáveis por violações absurdas de direitos por meio de suas instituições, utilizando-se do discurso da proteção e do bem estar (GARCÍA MÉNDEZ, 1999).

A Teoria da Proteção Integral reconhece que crianças e adolescentes são pessoas em situação peculiar de desenvolvimento, as quais formam uma categoria de Sujeitos de Direitos. Essa Doutrina ascendeu em conjunto com a Democracia na América Latina e foi instituída no Brasil por meio da Constituição Federal de 1988, sendo que fundamenta o Direito da Criança e do Adolescente, o qual é estruturado no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. Engloba a proteção a todos aqueles menores de dezoito anos, sem qualquer tipo de restrição. Ao mesmo tempo em que iguala todas as crianças e adolescentes com os demais sujeitos de direitos, destaca a condição especial de ser humano que está em desenvolvimento, e que, portanto, deve receber direitos específicos.

A contribuição da Criminologia Crítica com a Teoria da Proteção Integral pode ser observada através da desjudicialização empregada, por exemplo, nos casos de desvios cometidos por crianças, em que são aplicadas medidas de proteção, com o apoio do Conselho Tutelar, que é formado por integrantes da sociedade. Da mesma forma, a previsão de medidas socioeducativas, que proporcionam a reflexão e responsabilização do adolescente. A medida de internação como *ultima ratio*, pautada no princípio da excepcionalidade e da brevidade também é visualizada como uma previsão baseada na Criminologia Crítica, uma vez que esta não acredita na legitimidade da privação da liberdade, por não cumprir com a função declarada de ressocialização e por provocar maior sofrimento ao indivíduo (ROSA; LOPES, 2011).

No entanto, infelizmente, os desvelamentos e as propostas da Criminologia Crítica ainda se encontram em um meio acadêmico distinto, de forma que o discurso da Criminologia Liberal (também chamada de Criminologia Clássica) e da Criminologia Positivista (também chamada de Criminologia Moderna) permanece no senso comum, no discurso político e inclusive dentro do discurso jurídico e dos Cursos de Direito. A união destas duas últimas Criminologias constitui a ideologia da Defesa Social, que serve de base para o Direito Penal brasileiro (BARATTA, 2002).

O discurso declarado (porém não aplicado na realidade) da ideologia da Defesa Social apresenta os seguintes princípios: 1) Principio do Bem e do Mal: a sociedade é o bem, enquanto que o crime e o delinquente o mal, logo, o Estado tem legitimidade para reprimir a criminalidade pela polícia; 2) Princípio da Culpabilidade: o delito é expressão de uma conduta contrária às normas sociais que são definidas antes mesmo de o legislador as positivar, por isso o delinquente sabe que está fazendo algo reprovável; 3) Princípio da Finalidade ou Prevenção: a finalidade do Direito Penal é prevenir o crime, criar uma justa razão para a pessoa não cometê-lo e ser ressocializada; 4) Princípio da Igualdade: a lei é igual para todos e é aplicada igualmente para todos; 5) Proteção aos Bens Jurídicos: os delitos defendem aquilo que toda a sociedade entende que deve ser preservada (BARATTA, 2002).

A ideologia do discurso jurídico penal, porém em nada se assemelha a defesa (salvo a de um grupo seleto), mas sim a repressão. Em verdade, o que se percebe é que "este sistema, com seus discursos hegemônicos de paz a ordem social, com maquilagem de homogeneidade, escamoteia o modelo de sociedade excludente que sustenta/legitima" (ROSA; LOPES, 2011, p. 18).

Não é qualquer pessoa que está vulnerável ao Sistema Penal e ao Sistema Socioeducativo. Existem as pessoas que recebem os bens positivos na Sociedade, sendo assim imunizados pelo Sistema de Controle, e as que recebem os bens negativos, sendo mais vulneráveis a este Sistema. Esta seleção desigual de indivíduos que deverão ser rotulados como criminosos

entre todos que cometeram o desvio, ocorre de acordo com a desigualdade social e os interesses socioeconômicos (BARATTA, 2011).

Isso significa dizer que a desigualdade existente na sociedade é reproduzida no Sistema Penal e no Sistema Socioeducativo. Por isso, através de uma base Marxista se reconhece a existência de um sistema de classes, onde quem detém poder econômico tem também poder político, sendo que na prática as classes dos excluídos é que são perseguidas pelo Sistema Penal (BUDÓ, 2013, b).

O estereótipo apresentado do "adolescente infrator" é muito comum e tem por base os preceitos de Enrico Ferri. Em conjunto com Lombroso, Ferri fundou a Criminologia Positivista (Criminologia Moderna), a qual parte do pressuposto de que a sociedade é baseada no consenso e quem viola as regras sociais é um ser anormal que precisa receber um tratamento, ser ressocializado, para somente então voltar ao convívio social. Com base no Paradigma Etiológico, Ferri sustenta que o crime é um ente de fato, ou seja, é considerado errado, não pela atribuição desse valor a partir da construção social, mas sim porque naturalmente se constitui dessa forma (ZAFFARONI, 2007).

Além das supostas causas biológicas apontadas por Lombroso, as quais compõem o criminoso nato, Ferri sustenta que existem também causas sociais e psíquicas que provocam o comportamento delinquente. Para esse autor, as influências do meio nocivo em que se vive levam ao cometimento de crimes (BARATTA, 2002).

Contudo, ao realizar sua pesquisa empírica em prisões e manicômios, Ferri não considerou a seletividade do Sistema ao afastar da sociedade os mais miseráveis através do encarceramento, e muito menos que "as pessoas boas" (brancas, ricas e proprietárias) que viviam livres também cometem crimes (ZAFFARONI, 2007).

A partir desse argumento se constrói o senso comum de quem é o criminoso: o negro, o pobre, aquele que tem baixa escolaridade, o desempregado, o dependente químico e aquele em que a família não se encaixa nos padrões tradicionais.

Além disso, o Criminologia Positivista de Lombroso e Ferri influencia diretamente dois estereótipos em relação ao adolescente: o primeiro que apresenta uma visão do adolescente infrator e vítima em razão do meio em que vive, sendo que o grande problema deste posicionamento não é o de reconhecer essa situação, que de fato pode existir, mas sim de acreditar que somente os adolescentes pobres e com famílias desestruturadas cometem atos infracionais, desconsiderando que adolescentes fora deste estereótipo, apesar de também cometerem desvios, são imunes ao Sistema Socioeducativo; e o segundo, que se filia completamente à Ferri, que é o do adolescente infrator em virtude de dois elementos: pelo meio em que vive e por sua periculosidade. Este segundo estereótipo, difundido no Sistema Infracional, se utiliza da medicina, da psicologia e da assistência social para aplicar a etiqueta de perigoso ou exercer a vigilância de forma ainda mais robusta no adolescente que apresentar a postura de *outsider* diante das normas sociais (e não necessariamente penais) de conduta (ROSA; LOPES, 2011).

Esses dois estereótipos se coadunam aos discursos apontados em pesquisa realizada por Cappi (2013), que teve como objeto de estudo os discursos de parlamentares sobre a redução da maioridade penal. Conforme já esperado, o autor identificou a existência do "Discurso da Punição", o qual atribui genericamente o rótulo de periculosidade a todos os adolescentes infracionalizados e é utilizado para a defesa da redução da maioridade penal. Mas a pesquisa também aponta um discurso peculiar e de grande difusão, denominado como "o Discurso da Proteção". Nele se reproduzem os dois estereótipos citados acima, mas paradoxalmente utilizando como justificativa para tanto a Proteção Integral, e por conseguinte, da defesa do sistema de justiça juvenil do ECA, primando pela manutenção da maioridade penal aos 18 anos. No "Discurso da Proteção", ao mesmo tempo em que o adolescente é visto como sujeito de direito, não se exclui a punição, por se entender que a medida tem um caráter aflitivo.

No entanto, é preciso se ter clareza de que o Adolescente Infracionalizado, via de regra, não deve ser tratado com um anormal. Baratta (2004, p. 4-5) explica que:

> Os programas de reintegração que se preocupam com as necessidades individuais dos sujeitos e urgência de individualização dos serviços precisam ser elaborados calcados no pressuposto teórico de que não existem características específicas de presos, enquanto tais ou tampouco para quem se tenha comprovado a infração; em último e definitivo julgamento (existem infrações provocadas por sujeitos normais e outras feitas por indivíduos tidos com "anomalias": existem igualmente anomalias precedentes e subsequentes à infração). [...] Sabemos, de fato, que a condição carcerária é, por natureza, desassociabilizadora e pode ser a causa de perturbações psíquicas e de síndromes específicas. O fato é que o preso não o é por ser diferente, mas é diferente porque está preso.

Compreender isso é necessário para que se tenha bem definido que as políticas públicas a serem desenvolvidas junto ao adolescente na socioeducação devem ocorrer para dirimir os sofrimentos da medida imposta e para lhe promover benefícios, os quais se estenderão à sociedade e não meramente para lhe impor um tratamento disciplinar. Assim, uma vez que caminham juntas, a Criminologia Crítica e a Teoria da Proteção Integral proporcionam que o adolescente infracionalizado seja visualizado através da complexidade atribuída a sua condição de sujeito, e não pelas lentes dos estigmas.

2 O sistema penal e suas verdadeiras funções

O Estado aposta na crença de que a Política Criminal, por meio da pena e do cárcere, é a solução dos problemas que as Políticas Públicas não resolveram. O que ocorre, porém, é que as Políticas Públicas não são implementas, de forma que pouco se investe nelas e muito se aplica na Política Criminal. Visualiza-se uma ação de substituição das Políticas Públicas pelo encarceramento, pois ao Estado é mais conveniente e mais fácil adotar esse procedimento, tendo em vista que assim se pode colocar a

culpa dos problemas sociais em alguém e não nele mesmo (GIACOMOLLI, 2014). Por esse motivo, a certeza da aplicação da lei tem cor, idade, classe social, posição geográfica, gênero e idade.

O mesmo movimento ocorre na Socioeducação, onde se prima pelas unidades de internação e pouco se investe nas medidas em meio aberto e no encaminhamento dos adolescentes infracionalizados para políticas públicas.

Para entender a Política Criminal, o Direito Penal e seus reflexos no Sistema Infracional é necessário se atentar a quem é o legislador que criou a lei, o que ele quer e qual a racionalidade que está por detrás do sistema penal e do discurso declarado (e não quem cometeu o ato considerado crime). O Sistema Penal é seletivo já na formulação das próprias Leis. Essas trazem tipos penais que são mais praticados por quem é marginalizado socialmente e protegem com grande ênfase o patrimônio (ZAFFARONI, et. al., 2003). Além disso, as Leis qualificam os tipos penais com agravantes a fim de aumentar o poder punitivo por uma conduta já penalizada (BARATTA, 2002). Por outro lado, apresentam penas brandas e passíveis de institutos de redução e substituição para os desvios tipicamente cometidos pelos estratos sociais mais elevados (ZAFFARONI, et. al., 2003).

Com base no argumento do Caráter Fragmentário do Direito Penal, os Desvios que favorecem o Capitalismo não são previstos como tipos penais (e quando tipificados, não sofrem a Criminalização Secundária), mesmo sendo causadores de danos de grandes proporções, como os que prejudicam o meio ambiente, a economia e o desvio de verbas públicas (BARATTA, 2002).

A distribuição desigual no recrutamento da população criminosa ocorre de acordo com as leis de um código social (*second code*) "que regula a aplicação das normas abstratas por parte das instâncias oficiais" (BARATTA, 2011, p. 179).

O juiz age de forma diferente entre o acusado que vem de uma classe subalterna e àquele que vem da mesma classe que a sua, tanto no sistema penal, como no sistema juvenil. Tal diferenciação ocorre em todos os seus

atos: condenação, absolvição, aplicação de pena, cálculo da pena, suspensão da pena, entre outros. Da mesma forma, atua de modo diferente dependendo de quem é o advogado de defesa. Se for bastante conhecido publicamente terá mais chances de receber provimento em seus argumentos, mesmo que isso não signifique que tenha mais qualidade que os demais (BARATTA, 2011).

No que tange a Socioeducação, a seletividade do Sistema Penal através das decisões judiciais e do Ministério Público pode ser visualizada de forma ainda mais robusta, ao se determinar sanções mais severas, como a de internação, para os adolescentes oriundos das classes subalternas, enquanto que a remissão é mais reservada para aqueles que advém de classes superiores (ROSA; LOPES, 2011). Além disso, considerando que não existe um prazo exato para que uma medida socioeducativa seja aplicada, somente o limite de três anos, muitas vezes ocorre um efeito prejudicial, pois o adolescente poderá vir a ficar mais tempo privado de sua liberdade do que aquele previsto no Código Penal e nas leis esparsas para o ato infracional correspondente, tendo em vista que o fator determinante da aplicação da medida acaba sendo os estereótipos carregados pelo adolescente, e não o ato cometido em si.

A seletividade opera em destaque sobre os desvios relacionados a entorpecentes, pois quando raramente chegar ao Sistema Penal ou Infracional um indivíduo que pertence as classes mais elevadas, será considerado como usuário, e assim, digno de tratamento, não de pena. O mesmo dificilmente ocorre com o pobre, que será diretamente rotulado como alguém envolvido com o tráfico (ZAFFARONI, et. al ,2003).

Essas situações não acontecem por acaso. De acordo com Dahrendorf e o conceito de Sociedade Dividida, os juízes advêm apenas da parte da sociedade formada pelas camadas médias e superiores, sendo que em seu trabalho geralmente lidam com pessoas pertencentes à outra parte da sociedade, a classe proletária. Esse dado fez surgir até entre os sociólogos de cunho liberal a questão do "pressuposto de uma justiça de classe, segundo a clássica definição de Karl Liebknecht" (BARATTA, 2011, p. 177).

Ou seja, a disparidade de classes atua até no processo judicial, pela decisão do magistrado. Isso ocorre pelo distanciamento na comunicação linguística entre juiz e indivíduo, falta de abertura a este para uma postura ativa no processo e pela parte não apresentar defensores com notoriedade social. A diferenciação de acordo com a posição econômica dos investigados ocorre até em desvios que tem maior tendência de serem cometidos por todas as classes, como por exemplo, os crimes de trânsito (BARATTA, 2011).

Baratta (2011, p. 177) afirma que:

> Também o insuficiente conhecimento e capacidade de penetração no mundo do acusado, por parte do juiz, é desfavorável aos indivíduos provenientes dos estratos inferiores da população. Isto não só pela ação exercida pelos estereótipos e por preconceitos, mas também por uma série das chamadas "teorias de todos os dias", que o juiz tende a aplicar na reconstrução da verdade judicial.

Pesquisas sobre o tema mostram que os juízes apresentam diferenças emotivas e valorativas de acordo com a classe social dos indivíduos, inconscientemente, através da diferenciação na aplicação da pena, quando da análise de existência de dolo ou culpa no Desvio e da personalidade. A suspenção condicional da pena ocorrerá de acordo com a situação familiar e profissional, favorecendo sempre as pessoas das camadas superiores (BARATTA, 2011).

A disparidade também é nítida na aplicação de sanções pecuniárias ou detentivas. A primeira é usada para as classes superiores e a segunda para as mais baixas porque entende-se que a prisão não irá abalar tanto seu status social já baixo, pois é "normal" nessa classe. "Assim, as sanções que mais incidem sobre o status social são usadas, com preferência, contra aqueles cujo status social é mais baixo" (BARATTA, 2011, p. 178).

Em relação as crianças e adolescentes dos estratos sociais mais altos, a família e as demais Agências Informais de Controle trabalham em prol de resolver as questões que envolvem seus Desvios dentro das Instâncias

Informais, tratando muitas vezes o caso como algo inerente a fase da adolescência, ou como a também chamada "crise da adolescência", evitando que estes jovens sejam submetidos as Instâncias Formais de Controle Social e sofram algum estigma. O mesmo não ocorre com a criança e o adolescente que é de um estrato social baixo (BARATTA, 2011).

Baratta (2011, p. 181) esclarece que:

> De fato, a cada sucessiva recomendação do menor às instâncias oficiais de assistência e de controle social, a cada sucessiva ação desta sobre o menor, corresponde um aumento, em lugar de uma diminuição, das chances de ser selecionado para uma carreira criminosa.

Percebe-se com clareza, através da Criminologia Crítica, que a pessoa que será controlada pelo sistema penal é aquela que é pobre e pertence ao subproletariado, ou não está na relação de trabalho. Em síntese, quem não segue a moral burguesa e protestante do trabalho e não consome (BARATTA, 2002). "Afinal de contas é preciso dar um destino aos futuros não-consumidores e a saída é a exclusão, em entidades de internação, se for o caso privadas, gerando lucro" (ROSA; LOPES, 2011, p. 27).

A pobreza não necessariamente vai refletir em criminalidade, mas em criminalização, por ser esse um dos grupos sociais vulneráveis ao Sistema de Controle. Ao se afirmar essa condição, não significa dizer que o pobre não comete crimes, mas sim que o rico também comete, não sendo, no entanto, tão vulnerável ao Sistema de Controle (ANDRADE, 2003, a).

Desmistifica-se o conceito da Criminologia Moderna de que é o pobre, o desempregado, o desqualificado profissionalmente, o que teve uma família e escola desestruturada que mais comete crimes. Na verdade, são estas as pessoas sobre as quais o Sistema Penal irá operar (BUDÓ, 2013, b).

Por esse motivo é inadequado o uso do termo Criminalidade, pois é impossível mensurar todos os crimes que acontecem na sociedade. O que se pode avaliar, porém, é a Criminalização, ou seja, sobre quais Desvios houve a Reação Social. O que faz com que um país aumente o número de

encarceramento não é o número de Crimes, mas a amplitude do Controle Social e das Políticas Criminais, sendo que essas, não raras vezes, tomam o espaço das Políticas Públicas (ANDRADE, 2003, a).

Na Reação Social, o apoio da opinião pública e da classe operária é relevante para a perpetuação do Sistema Penal e do Sistema de Controle de forma geral. Isso porque, muitos oprimidos apresentam o mesmo discurso dos opressores, como o machismo, o patriarcado, o racismo, o punitivismo e o classismo (BUDÓ, 2013, b).

A função ressocializadora da pena é desconstruída por meio da "Carreira Criminosa" das pessoas recrutadas pelo Sistema Penal. Esta se dá:

> [...] mediante os efeitos da estigmatização penal sobre a identidade social do indivíduo, ou seja, sobre a definição que ele dá para si mesmo e que os outros dão dele. A drástica mudança de identidade social como efeito das sanções estigmatizantes tem sido posta em evidência [...] por Lemert e por Schur (BARATTA, 2011, p. 179).

A teoria destes autores demonstra que a reincidência, chamada de Desvio Secundário ocorre pelos efeitos que a primeira condenação, ou seja, o Desvio Primário, geram na identidade social do indivíduo (BARATTA, 2011).

Todas as pessoas são desviantes, mas quem é controlado pelo Sistema tende a cometer mais desvios, ou seja, o Sistema Penal, e nessa esteira, o Direito Penal Juvenil, apresentam o discurso de prevenção e ressocialização, quando na verdade não realizam isso (ANDRADE, 2003 a).

Ao se colocar uma "etiqueta" de criminoso no indivíduo, tem-se como efeito a estigmatização, que leva a outros desvios e consequentemente ao reforço da seletividade e rotulação do Sistema Penal aplicada ao Sistema Socioeducativo. Por isso, o etiquetado é mais vulnerável ao Sistema de Controle, tanto de adultos, como de adolescentes (ANDRADE, 2003 a). A criação da ideia de criminalidade e a formação de estereótipos referentes à figura do adolescente infrator acarretam a problemática de que o indivíduo estereotipado, ao assumir o papel imposto a ele, colabora com a ilusão do Sistema (ZAFFARONI, 2001).

O Desvio Primário e o Desvio Secundário se dão pela "Profecia que se Autorrealiza", operante nas Agências de Controle Social Formal e Informal. Nesse fenômeno, as Agências exercitam sua perseguição em cima dos mesmos sujeitos e das mesmas classes sociais. Consequentemente, se os "binóculos" do Sistema Penal estão sempre voltados para os mesmos sujeitos e para os mesmos grupos sociais, obviamente que apenas estes serão criminalizados (BUDÓ, 2013, a).

Isso significa dizer que existe uma parcela de pessoas que são imunizadas pelo Controle Social, e suas condutas muitas vezes sequer serão consideradas crimes pela Lei embora possam ser extremamente danosas. "Desse modo, a aplicação seletiva do direito penal tem como resultado colateral a cobertura ideológica desta mesma seletividade" (BARATTA, 2011, p. 166).

O Sistema Penal conserva, produz e reproduz a realidade social, que é desigual. A aplicação seletiva das penalidades, principalmente a de privação de liberdade, torna as pessoas estigmatizadas, o que faz com que permaneçam em posição subalterna na sociedade (ZAFFARONI, 2011).

3 A ineficácia da privação da liberdade como resposta estatal ao cometimento de desvios

O cárcere não tem condições estruturais de reeducação e ressocialização do preso. A prisão já nasceu falida e jamais irá funcionar de acordo com o discurso declarado pelo Sistema Penal. O indivíduo que é preso terá para sempre o estigma de criminoso, de perigoso e não conseguirá se inserir dentro do padrão estabelecido pela sociedade, pois não é aceito por ela. O pensamento de que uma reforma no Sistema Penal é a solução para os problemas por ele gerados está destinado ao fracasso (ZAFFARONI, 2011).

Doutrinadores dogmáticos do Direito Penal, contudo, defendem a ideia de que este é um direito de garantias por excelência e a reforma no

Sistema é suficiente para a solução de seus problemas. Da mesma forma se comporta o Poder Legislativo.

Um exemplo do fracasso do Sistema é que no Brasil criou-se a Lei de Execuções Penais - LEP, muito embora se saiba que ela jamais será cumprida e que não apagará o estigma de criminoso da pessoa após ela sair da prisão. A afirmação de que a ressocialização pela prisão é uma ilusão é o que Baratta denomina de Elemento Cético (BARATTA, 2011).

Além do Elemento Cético, há um segundo elemento de preocupação sobre a ideia da manutenção do Sistema Penal e a defesa de uma mera reforma: o Elemento Realista. Esse consiste na compreensão de que as pessoas que estão encarceradas já pertenciam à classe que sofre as desigualdades sociais, já eram estigmatizadas quando estavam sob o controle das outras Agências de Controle Social Informal e Formal e ao sair da cadeia, voltarão a esse mesmo cenário, tendo mais um estigma. Para se ressocializar uma pessoa, se faria necessário que em um momento pretérito ela estivesse inserida na sociedade, o que não ocorre com quem é perseguido pelo Sistema Penal. (BARATTA, 2011).

Os Elementos Cético e Realista contribuem para a compreensão de que:

> O cárcere representa, em suma, a ponta do iceberg que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social, etc. O cárcere representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminosa (BARATTA, 2011, p. 167).

Assim os sistemas de controle não agem de forma separada, mas atuam em conjunto, realizando um ciclo vicioso (BARATTA, 2011).

A prisão não resolve o conflito existente, apenas o suspende. Ao se aplicar uma pena de privação de liberdade o indivíduo não se sente responsável pelo dano causou. Isso porque o Estado age de forma impositiva e o desviante é infantilizado, pois lhe é atribuído um castigo ao invés da participação de um processo de conscientização, como se ele não tivesse

capacidade de compreender as condutas erradas que comete. O indivíduo apenas "paga" para o Estado uma pena, sem se comprometer em nada com a vítima (HULSMAN; CELIS, 1997).

Embora a Criminologia Crítica tenha desconstruído todo o Paradigma Etiológico este permanece no senso comum, no qual os juristas estão incluídos, porque mesmo que de forma não declarada, ele é funcional como Ciência do Controle Socio-Penal e assim para a manutenção do "*status quo* social" (ANDRADE, 2003, b).

Ao propor a análise da Reação Social, a Criminologia Crítica entende que o desviante não é um ser anormal e irracional, se opondo ao que acredita a Criminologia Moderna, que com base no argumento da anormalidade do criminoso, justifica a existência da prisão como mecanismo de incapacitação e ressocialização da pessoa. Para essa Escola o direito deve agir no criminoso e não no dano (BUDÓ, 2013, a). Já o Paradigma da Reação Social propõe a análise sequencial dos processos sociais, diversamente ao estudo estático proposto pelos criminólogos positivistas (TAYLOR, WALTON E YOUNG, 1997).

Como observado, o Sistema Penal não tem possibilidade de cumprir com as suas promessas, pois sua estrutura não é feita pra isso. No entanto, o Discurso Jurídico Penal é tão convincente, que mesmo punindo apenas 1% dos crimes, acredita-se que é ele que assegura a estrutura social, quando na verdade a maioria dos conflitos e dos problemas são resolvidos fora do Sistema Penal (HULSMAN; CELIS, 1997).

O conceito de Criminalidade permanece atualmente "porque confere sustentação ideológica ao modelo positivista de 'combate à criminalidade' através do sistema, que chega ao século XXI, por motivos evidentemente políticos e não científicos, mais fortalecido do que nunca" (ANDRADE, 2003, b, p. 34). Isso muito se deve a Criminologia Moderna, que consolidou uma visão estereotipada do criminoso, que na verdade é a figura das classes mais desfavorecidas, por serem estas as que se encontram dentro das prisões, promovendo o "(pre)conceito" sobre a criminalidade (ANDRADE, 2003, b).

Para uma mudança paradigmática a Criminologia Crítica entende necessário iniciar pela mudança da linguagem. Dessa forma, substitui o conceito de crime, utilizado pelas escolas Clássica e Moderna, pela concepção de Desvio (BECKER, 2008).

Os Desvios são as regras definidas pelos grupos sociais, de acordo com suas concepções acerca do que são ações corretas e o que são ações erradas que devem ser proibidas O senso comum entende que o Crime é um ato diferente dos outros e que gera danos diferentes das outras condutas danosas que não são tratadas dentro do Direito Penal. É necessária uma mudança de percepção do que é Crime, pois ele se trata de uma construção social realizado a partir de um processo de definição. Seu dano tem o mesmo peso que aquele que não é tipificado como tal (BECKER, 2008).

Nessa linha, apesar de a Teoria da Proteção Integral ter também simbolizado a mudança de paradigmas por meio da alteração de nomenclaturas, algumas ainda parecem deter um tom pejorativo. Nesse sentido propõe-se o avanço ainda maior de modificação de alguns termos. Ao tratar sobre a temática em audiência pública ocorrida na Comissão Especial para a criação da Lei do SINASE, o então Procurador Geral Olympio Maior Neto afirmou que os termos “adolescente infrator” e “adolescente em conflito com a lei” são inadequados e explicou:

> O adolescente, por um fato episódico de sua vida, adequou seu comportamento, às vezes, a uma figura típica penal irrelevante, mas até completar 21 anos será chamado de "adolescente em conflito com a lei". Mesmo inserido num programa de profissionalização, de aprendizado, poderá ser taxado de "adolescente em conflito com a lei". Precisamos encontrar uma indicação melhor para esse adolescente que esteve em conflito com a lei, e não permanentemente etiquetá-lo como alguém que esteja em conflito com a lei (BRASIL, 2008, b, p. 19).

Mais inadequado ainda, como defendido por Maior Neto, é a atribuição do rótulo de “alta periculosidade” voltado ao adolescente, pois o uso de etiquetas estigmatizantes decorre não necessariamente da gravidade do ato praticado, mas da cultura de se separar os adolescentes entre

"o outro" (o adolescente pobre) e o "nosso jovem" (aquele que vive em melhores condições sociais) (BRASIL, 2008, b).

Apesar dos inúmeros problemas de cunho prático, o avanço proporcionado pelo texto positivado do ECA ao implantar o sistema socioeducativo, serve como exemplo a ser considerado no aprimoramento da lei penal, diversamente do que o senso comum aponta, de que deveria ser esta a servir de modelo ao sistema juvenil. Entende-se que tanto a remissão, como a substituição a qualquer tempo de medida socioeducativa por outra que se configure mais adequada, entre outros avanços trazidos pelo ECA corrigem "equívocos e injustiças do direito penal" (BRASIL, 2009, p.3), conforme defendido pela então Deputada Federal Rita Camata, em seu parecer como relatora do Projeto de Lei que culminou na criação da Lei do SINASE.

Contudo, verifica-se que a medida socioeducativa de internação vem sendo largamente utilizada em várias comarcas, desrespeitando-se o preceito legal de que deve ser empregada como *ultima racio*, o que é grave, visto que a privação de liberdade no sistema socioeducativo, assim como no Sistema Penal, não tem condições de efetivar o seu discurso declarado, mas somente de gerar sofrimento ao adolescente, o qual não acarreta em nenhum benefício a este ou à sociedade. Nesse diapasão Karina Sposato afirma que a unidade de internação é um lugar certo para a ocorrência de violação de Direitos Humanos do Adolescente e que esse problema tem como grande fator a prevalência da imposição da privação de liberdade por parte do magistrado (BRASIL, 2008, a).

As medidas em meio aberto devem ser privilegiadas, pois são mais benéficas para o Adolescente, tanto em termos de responsabilização, como de contensão a violação de seus direitos. A punição não gera a responsabilização do Adolescente, mas tão somente a sua vulnerabilidade ao Sistema de Controle e o Desvio Secundário, levando a carreira criminosa. Já a responsabilização ocorrida pelas medidas em meio aberto devidamente executadas vai ao encontro da Teoria da Proteção Integral. É necessário

demonstrar ao Adolescente que ele errou, dar voz para a vítima e proporcionar a reparação de danos, bem como o restabelecimento de vínculos.

Além do investimento nas medidas socioeducativas em meio aberto já previstas no ECA, outro importante instrumento de verdadeira responsabilização do adolescente seria a Justiça Restaurativa, conforme referido por Lélio Siqueira Neto, enquanto Promotor de Justiça convidado para uma das audiências públicas que antecederam a criação da Lei do SINASE. Entende-se que esta trata a conduta não somente como uma infração a lei, mas a um ato que violou uma relação, de forma que a vítima precisa se sentir ouvida. Apesar de Siqueira Neto não defender a abolição da medida socioeducativa de internação, ele aponta que esse procedimento seria mais proveitoso do que as próprias medidas em meio aberto, pois tem como proposta lidar com o conflito, restaurar relações, reparar o dano, envolver a família, a comunidade, planejar o futuro e fazer com que o Adolescente entenda e se responsabilize pelo que fez, sem receber estereótipos por isso (BRASIL, 2008, c).

A previsão legal de um sistema de Justiça Restaurativa aplicada a Socioeducação seria de grande valia ao Direito da Criança e do Adolescente. De qualquer modo, verifica-se que, em termos legais a ideia da responsabilização em detrimento a punição é existente diante da previsão de medidas socioeducativas em meio aberto e de que a internação ocorrerá em último caso. O Estatuto da Criança e do Adolescente caracteriza-se por ser uma norma que apresenta alternativas na resolução de problemas sociais, que não a Lei Penal. Porém a crítica a ser feita decorre da falha de sua aplicação na Socioeducação, principalmente pela amplificação da aplicação da medida de internação.

Desse modo observa-se a ilegitimidade da privação de liberdade no Sistema Socioeducativo. As críticas à medida socioeducativa de internação ocorrem porque se reconhece que esta, assim como o Sistema Penal, não tem condições de efetivar o seu discurso declarado, não diminuindo a violência e tão pouco combatendo a reincidência. Ao se reconhecer que os aspectos aflitivos e retributivos do sistema penal não são eficazes, o que se

propõe é a construção de uma autonomia emancipatória do adolescente autor do dano, através da aplicação de medidas em meio aberto. Essa postura é identificada por Cappi, em seu estudo já citado, como o "Discurso do Protagonismo Emancipador" (CAPPI, 2013).

O Discurso do Protagonismo Emancipador compreende que o Estado não deve tratar o adolescente de forma benevolente e assistencialista, mas enquanto sujeito de direito e capaz de compreender os malefícios que causou, de forma que deve ser responsabilizado pelos atos que cometeu. Contudo, responsabilizar é diferente de punir. O sistema de punição acaba por se tornar ineficaz, seletivo e estigmatizador, bem como trata os indivíduos de forma paternalista, como se estes fossem incapazes de compreender os danos que cometeram e que a única resposta viável diante disso seria o castigo. Já a responsabilização acarreta na reparação de danos à vítima ou à sociedade, o que somente as medidas em meio aberto são capazes de promover.

Nesta senda, se reconhece que a violência é um problema estrutural da sociedade e que para sua resolução a educação não é um mero complemento à punição, mas sim uma substituta desta. Para tanto, uma ruptura paradigmática deve ocorrer nas Agências de Controle Social Formal e Informal (CAPPI, 2013).

Conclusão

Tanto para a sociedade, como sobretudo, ao estudioso do Direito, a compreensão das problemáticas que envolvem o cometimento de desvios e a reação estatal dada a eles são um grande desafio. Diante disso, o presente artigo buscou responder o seguinte problema de pesquisa: como o Sistema Penal e o Sistema Socioducativo estão imergidos no Paradigma da Reação Social e como as medidas voltadas a privação de liberdade são ineficazes em suas promessas, gerando a necessidade de investimento naquelas executadas em meio aberto?

Ao se responder essa pergunta, percebe-se que o Paradigma da Reação Social faz total sentido em relação as interações sociais e estatais e as escolhas feitas para a resposta dada aos indivíduos rotulados como desviantes das normas sociais e legais. Em relação ao adolescente, tal dinâmica pode ser intensificada, gerando o efeito inverso ao que, ao menos teoricamente, se espera, com a inserção do mesmo na dita "carreira criminosa". Verifica-se assim, que todas as hipóteses formuladas para as possíveis respostas ao problema de pesquisa, acabaram sendo confirmadas.

Desse modo, pôde se observar que todo o aparato do Paradigma da Reação Social aplica-se não somente ao Sistema Penal para os adultos, mas também ao Sistema Socioeducativo dos Adolescentes, interferindo nas relações sociais desde a infância. Ou seja, os sistemas acabam sendo seletivos, distribuindo benefícios para os indivíduos de classes sociais mais elevadas e agindo rigorosamente sobre aqueles oriundos das classes mais subalternas. Isto ocorre devido a grande articulação existente entre as Agências de Controle Social Formal e Informal, responsáveis pela estigmatização e rotulação daqueles que serão seus alvos em detrimento aos que sairão ilesos a sua atuação.

Confirmou-se também que as funções reais do Sistema Penal promovem o punitivismo e a falta de investimento em políticas públicas se estende ao Sistema Socioeducativo. O Estado não investe na formulação de Políticas Públicas para a responsabilização dos indivíduos que cometem desvios previstos em lei, o que seria atribuição do Poder Executivo, o qual, movido pelo clamor público e interesses econômicos, dedica-se a intensificação dos métodos punitivistas. O Poder Judiciário, por sua vez, tendo em vista que é composto por magistrados oriundos de posições sociais totalmente afastadas das classes populares, reproduz uma "teoria de todos os dias" e pautado no discurso da periculosidade do agente, promove o encarceramento em massa e na transformação do Sistema Socioeducativo em uma verdadeira prisão de adolescentes. Tendo em vista que todo esse cenário somente é possível porque é impulsionado pelos interesses daqueles que detém poder social e econômico, os oprimidos por estes

acabam em sua grande parcela sendo induzidos a reproduzir suas narrativas, sem poderem compreender as engrenagens de um sistema que acaba lhes prejudicando.

Assim, confirma-se também que na prática, a medida socioeducativa de internação, a qual deveria ser a exceção, torna-se a regra, independentemente da gravidade no ato infracional, pois o que se leva em consideração são os estigmas do adolescente, independentemente da gravidade do ato infracional. Com isso, o Sistema Socioeducativo acaba se tornando uma ramificação do Sistema Penal, captando todos os seus problemas. Ou seja, o que acaba sendo determinante para a restrição da liberdade, tanto de adultos, como de adolescentes, não é o ato cometido em si, mas sim a que classe econômica e social pertence esse indivíduo, qual a sua cor e a posição geográfica em que está inserido, se é no bairro nobre, ou na vila popular. Desse modo, verifica-se a dificuldade na implementação da Proteção Integral, decorrente sobretudo, da percepção punitiva em relação ao ato infracional, que provém tanto da sociedade, como do Parlamento e do Sistema de Justiça Juvenil.

Mas o que se observa também é que a construção do texto legal voltado ao Sistema Socioeducativo, tanto no ECA quanto na Lei do SINASE, encontra-se majoritariamente amparado na Teoria da Proteção Integral e nos ideais da Criminologia Crítica. Essa construção normativa somente foi possível porque tais leis são fruto de um trabalho conjunto entre parlamentares que militam pelos direitos da criança e do adolescente, por um corpo de juristas e operadores do Direito com amplo conhecimento teórico e experiência na área, bem como pela sociedade civil organizada, por meio de ONG'S, associações, organizações religiosas e familiares de crianças e adolescentes institucionalizados. Isso demonstra, que a consolidação dos Direitos da Criança e do Adolescente está intimamente ligada a uma democracia participativa.

Deste modo verifica-se que é verdadeira a hipótese levantada de que o Sistema Socioeducativo, na forma em que foi previsto legalmente, deveria ser um modelo para o Sistema Penal, e não o oposto, visto que são as

diretrizes do Sistema Socioeducativo que se efetivadas detêm o potencial de melhorar as relações sociais e não as do Sistema penal, pois como visto, neste há um proposital contraste entre suas funções declaradas e suas reais pretensões, que visam a exclusão, a seletividade, o lucro e até mesmo a eliminação de quem é marcado por ele.

Por fim, se confirma que o Estado, por meio das decisões dos magistrados e da criação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, deveria investir nas medidas socioeducativas em meio aberto, pois elas são mais eficazes na responsabilização do adolescente e no amparo as vítimas. Isto porquê, as medidas socioeducativas em meio aberto colocam em evidência a figura da vítima e do adolescente e não a do poder do Estado sobre os indivíduos, como ocorre no sistema punitivo. Assim, a vítima e o adolescente passam a ter um papel de protagonismo no processo, visto que a primeira merece ser reparada pelo mal que sofreu e o adolescente deve ser responsabilizado, passando a ter consciência do malefício que causou, recebendo opções para alcançar uma mudança de postura e consertando ou ressarcindo o dano cometido.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência a violência do controle penal. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do (pre)conceito positivista a um novo conceito de criminalidade: pela mudança do senso comum sobre a criminalidade e o sistema penal. *In*: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo versus cidadania mínima**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 33-62.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do direito penal**: introdução a sociologia penal. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ICC, 2002. p. 159-182.

BARATTA, Alessandro. **Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica de "reintegração social" do sentenciado.** (Universidade de Saarland,RFA) Alemanha Federal, 2004. Disponível em: <http://www.eap.sp.gov.br/pdf/ressocializacao.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2014.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal**.** 6º ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011

BECKER, Howard. **Outsiders***:* studies in the sociology of deviance. New York: The Free Press, 2008.

BRASIL. Audiência Pública Nº: 1523/08, de 12 de novembro de2008. **Comissão especial – PL 1627/07 – atendimento socioeducativo.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=360092>>. Acesso em: 18 de mar. de 2015.

BRASIL. Audiência Pública Nº: 1199/08, de 13 de agosto de 2008. **Comissão especial – PL 1627/07 – atendimento socioeducativo.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=360092>>. Acesso em: 20 de mar. de 2015.

BRASIL. Audiência Pública Nº: 1218/08, de 20 de agosto de 2008. **Comissão especial – PL 1627/07 – atendimento socioeducativo.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/sessoes_e_reunioes?idProposicao=360092>>. Acesso em 02 de jul. 2015.

BRASIL. **Parecer ao Projeto de Lei nº 1.627, de 2007, do Poder Executivo**, que "dispõe sobre os sistemas de atendimento socioeducativo, regulamenta a execução das medidas destinadas ao adolescente, em razão de ato infracional, altera dispositivos da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências". Deputada Federal Rita Camata, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=652051&filename=Tramitacao-PL+1627/2007>>. Acesso em 01 de jul. 2015.

BUDÓ, Marilia De Nardin. Vulnerabilidade, exclusão, seletividade: o menorismo vivo nas decisões do STJ sobre o ato infracional. In: **Encontro Nacional do Conpedi**, 22, 2013, Curitiba (Anais). Curitiba: Boiteux, 2013.

BUDÓ, Marilia De Nardin. **Mídia e controle social***:* da construção da criminalidade dos movimentos sociais à reprodução da violência estrutural. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

CAPPI, Riccardo. O controle social penal e suas diversas "racionalidades": uma análise dos discursos parlamentares brasileiros sobre a redução da maioridade penal. **Congresso da Associação Brasileira da Sociologia do Direito: as racionalidades penais e seus olhares**, 4, 2013, Recife (Anais).

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da criança e do adolescente**. Criciúma-SC: Unesc. 2009.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir***:* nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 37 ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Infancia, ley y democracia: una cuestion de justicia. *In* FUNDODAS NACÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. **Justicia y derechos del niñ,.9,** Santiago de Chile, 1999. Disponível em: << https://www.unicef.cl/archivos_documento/236/justcia%20_y_derechos_9.pdf>>. Acesso em: 12 fev. de 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. Perfil inquisitorial do CPP e das práticas judiciárias. *In* **Seminário Acadêmico do Direito**, 9, 2014, Passo Fundo-RS (Palestra).

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. 2 ed. Niterói: Luam, 1997.

MARTINS, Gilberto de Andrade; THEÓPHILO, Carlos Renato. **Metodologia da investigação científica para ciências sociais aplicadas**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional***:* princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. **La nueva criminología**: contribucion a una teoria social de la conducta desviada. Buenos Aires: Amorrortu, 1997.

VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral da criança e do adolescente no direito brasileiro. *In* **Revista do TST**. v. 79. n. 1. Brasília: TST, jan/mar 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. v. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

2

Natureza jurídica e funções das medidas socioeducativas: a busca por respostas na construção da Lei do SINASE

Aline Taiane Kirch [1]

Introdução

Ao serem sujeitos de direitos, os adolescentes também são sujeitos de responsabilidades. O Estatuto da Criança e do Adolescente define que, pelo conceito de Responsabilidade oriundo da Teoria da Proteção Integral, o Adolescente deve ser responsabilizado pelo cometimento de ato equiparado a crime ou contravenção penal, o qual é denominado como ato infracional, mediante o cumprimento de uma medida socioeducativa.

A responsabilidade voltada ao adolescente, porém, gera divisão entre os militantes dos Direitos da Criança e do Adolescente. Assim, a partir da necessidade que houve pela regulação do Sistema Socioeducativo, em razão das lacunas sobre o tema que limitam os direitos dos adolescentes, tem-se como problema de pesquisa a seguinte indagação: quais foram os posicionamentos produzidos na construção da Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE, no que tange a natureza jurídica e funções da medida socioeducativa?

O método de abordagem utilizado é o da Teorização Enraizada, em virtude da finalidade do trabalho, de buscar a constatação dos posicionamentos dos profissionais convidados para as audiências públicas que

[1] Mestre em Direito, Democracia e Sustentabilidade pelo Programa de Pós-Graduação do Complexo de Ensino Superior Meridional - IMED. Graduada pela Escola de Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional - IMED. Advogada inscrita na OAB/PR sob nº. 99.636. Email: aline-kirch@hotmail.com.

culminaram no texto da Lei do SINASE em relação a natureza jurídica e funções da medida socioeducativa. O emprego deste método ocorre por meio da análise de todos os documentos oficiais referentes à tramitação do Projeto de Lei que originou SINASE, como pareceres, relatórios e transcrições de audiências públicas.

Uma vez que se pretende analisar qualitativamente a interação entre as falas dos atores envolvidos na criação da Lei de implementação do SINASE, utiliza-se a metodologia da Teorização Enraizada, criado por Glaser e Strauss. Nesse método as teorias são criadas a partir da realidade empírica, por meio da análise dos fenômenos sociais. O que ocorre, contudo, não é uma mera descrição dos casos observados, pois não são considerados em si mesmos, mas "como instâncias do fenômeno social observado" (LAPERRIÉRE, 2008, p. 354). A Teorização Enraizada permite a produção de análises válidas, refletindo a riqueza social (LAPERRIÉRE, 2008).

Os métodos de procedimento utilizados foram o histórico, ao se reportar a tramitação do projeto de lei 1627/2007; e o comparativo, uma vez que o estudo propõe uma análise da interação entre os participantes das audiências públicas a respeito do adolescente rotulado como infrator, na elaboração da Lei do SINASE. Importante salientar que, apesar de muitos dos atores citados no trabalho não desempenharem mais as funções exercidas na época da tramitação do projeto de lei, serão apontados como tal, visto que suas respectivas participações e pontos de vista expressados decorreram justamente das atividades que haviam desenvolvido até aquele momento.

As técnicas de pesquisa utilizadas foram a empírica documental e a bibliográfica. A técnica de pesquisa empírica documental tem como base a análise de documentos oficiais, como projetos de lei, pareceres, relatórios e transcrições de audiências públicas na busca da constatação dos discursos proferidos na criação da Lei do SINASE. A técnica de pesquisa bibliográfica será baseada nas obras referentes ao direito da criança e do adolescente e à criminologia crítica.

Para a elaboração da estrutura do trabalh110 será utilizado o Sistema Francês, de modo a evitar as divisões intuitivas que os temas costumam ter pelos métodos tradicionais. O Plano Francês permite a facilitação da leitura, por meio de um fio condutor que liga todos os tópicos do trabalho, sendo realizada a construção, a assimilação e o raciocínio pelo autor e não a encargo exclusivamente do leitor (VENTURA, 2000). Por esse motivo a pesquisa será dividida em dois capítulos, os quais são divididos em dois subcapítulos.

No primeiro será inicialmente apresentado ao leitor uma contextualização acerca da produção da Lei do SINASE, para em seguida se demonstrar a dificuldade de se chegar a uma conclusão acerca do tema da natureza jurídica e funções das medidas socioeducativas. Já no segundo capítulo serão apresentados os posicionamentos adotados pelos convidados das audiências públicas e pela Relatora do Projeto de Lei, os quais foram fundamentais para a construção da Lei do SINASE, tecendo-se, ainda, considerações críticas a respeito do tema.

1 A contrução de uma lei para o SINASE e a dificuldade de se chegar a uma conclusão acerca da natureza jurídica das medidas socioeducativas

No presente capítulo será realizado um breve aporte histórico a fim de elucidar como se desenvolveu a tramitação do projeto de lei 1627/2007, que culminou na Lei 12.594/2012, a qual institui o SINASE. Em seguida, se demonstrará como durante a tramitação não havia um consenso, mas sim uma pluralidade de posicionamentos e incertezas acerca da natureza jurídica e as funções das medidas socioeducativas.

1.1 A construção da Lei do SINASE: um trabalho coletivo

O debate acerca da necessidade de regulamentação da execução das medidas socioeducativas de modo a não prejudicar os avanços trazidos

pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA existia desde o início da década de 1990, de forma que sempre esteve presente nos diálogos sobre o Direito da Criança e do Adolescente. De 1991 a 1993, o Fórum Nacional Permanente de Organizações Não-Governamentais de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente – Fórum DCA já debatia o tema, entendendo oportuna a regulamentação. Posteriormente, em 1999 o tema voltou a ser debatido, de sendo constante nos discursos da área da socioeducação (BRASIL, 2009 a).

As contribuições oriundas desses debates resultaram na criação, em 2006, da Resolução 119 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE. A Resolução traz princípios e define parâmetros de gestão dos programas e das partes pedagógica, financeira e arquitetônica (BRASIL, 2006). A Resolução representa um avanço significativo na área, porém entendeu-se conveniente a positivação do SINASE via Poder Legislativo, para que tivesse uma força vinculativa maior sobre os atores da Socioeducação.

Por esse motivo, criou-se o Projeto de Lei 1627/2007 de autoria do Poder Executivo, sendo escrito por Paulo Vannuchi, então Secretário Especial dos Direitos Humanos (BRASIL, 2007 a). O Projeto foi proposto em 2007, tendo tramitado em regime de urgência na Câmara dos Deputados e no Senado Federal até o ano de 2011. Para se chegar à consolidação da Lei do SINASE, houve além do projeto de lei original, dois substitutivos e veto parcial.

O SINASE tem por objetivos a criação de um Sistema de Atendimento Socioeducativo, a regulamentação da execução das medidas socioeducativas e a alteração da competência para a execução das medidas do Poder Judiciário para o Poder Executivo (BRASIL, 2007 a).

O projeto de lei do Executivo foi fruto de uma aspiração de várias organizações públicas e da sociedade civil. Até se chegar à confecção do texto do projeto houve seminários regionais e nacionais, reuniões e oficinas técnicas que foram coordenados pela Secretaria Especial dos Direitos

Humanos da Presidência da República - SDH, pelo CONANDA, pela Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância - ABMP e pelo Fórum Nacional de Organizações Governamentais de Atendimento à Criança e ao Adolescente – FONACRIAD (BRASIL, 2007 a).

Surpreendentemente, o SINASE foi constituído em meio a um período de forte discurso punitivo da sociedade e do Parlamento, motivado principalmente pelo homicídio do menino João Hélio, em 2007, em virtude do envolvimento de um adolescente no caso. No mesmo ano de proposição do projeto do SINASE, outros dezoito projetos de lei foram propostos na Câmara dos Deputados com o objetivo de aumentar o prazo de internação de adolescentes, na sua maioria com forte discurso punitivista (BUDÓ, 2013, a).

Além de trazer direitos específicos ao adolescente que cumpre medida socioeducativa, a Lei do SINASE regulamenta os programas para as medidas, os quais são divididos entre programas de meio aberto e de privação de liberdade e "[...] fixa preceitos estritamente relacionados às entidades governamentais e não-governamentais que pretendam executar medidas socioeducativas" (BRASIL, 2007 a, p. 16). Outros avanços significativos são a criação do Plano Individual de Atendimento - PIA, que deve levar em conta as particularidades de cada adolescente e a definição da lei de quais são os objetivos das medidas socioeducativas.

A Comissão de Segurança Pública e de Combate ao Crime Organizado designou como relatora a deputada Rita Camata (PMDB/ES). Em julho de 2008, foi instalada a Comissão Especial, destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei, sob a Presidência do deputado Givaldo Carimbão (PSB/AL) (BRASIL, 2007 b).

Foram realizadas doze reuniões sobre o Projeto de lei (sendo que oito delas trataram-se de audiências públicas) para que fossem ouvidos, além dos membros da Comissão Especial, deputados, magistrados, defensores, promotores, organizações da sociedade civil, a Pastoral do Menor, mães de adolescentes institucionalizados, conselho tutelar, ministérios do Poder

Executivo, profissionais da saúde, docentes da área do direito, bem como organismos internacionais de proteção à infância e à adolescência.

O parecer da Relatora foi aprovado em 29 de abril de 2009. No Plenário, os únicos deputados a serem contra o projeto de lei foram Paes Lira (PTC/SP) e Jair Bolsonaro (PP/RJ) (BRASIL, 2009 b).

Em 2012, após ser recebido e aprovado no Senado Federal, o Projeto de Lei foi para a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados e em 18 de janeiro de 2012 o projeto tornou-se lei, com veto parcial da Presidência da República.

Apresentada sucintamente a trajetória do projeto de lei que culminou na Lei do Sinase, parte-se agora para a exposição dos debates ocorridos em audiências públicas acompanhados de uma análise crítica.

1.2 A dificuldade de se chegar a uma conclusão sobre a natureza jurídica e função das medidas socioeducativas

Direitos e deveres estabelecem uma relação de reciprocidade entre si. A responsabilização do adolescente apresentada pelo ECA é necessária, pois decorre de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que em termos físicos, emocionais e cognitivos se dividem em dois aspectos: ele não se trata mais de uma criança, mas também não é adulto. Dessa forma, deve receber um tratamento adequado especificamente a sua condição, que não se enquadra em nenhuma das demais (COSTA, 2006).

Um dos temas mais polêmicos tratados nas audiências públicas foi o da natureza jurídica das medidas socioeducativas: trata-se de uma sanção penal ou de uma resposta estatal diferente da penal?

A definição da natureza jurídica das medidas socioeducativas e das posturas a serem tomadas a partir disso foram algumas das grandes preocupações da Relatora do projeto de lei nas audiências públicas. Em virtude disso, procurou-se investigar quais eram as contribuições dos participantes a respeito do tema. Diante desse questionamento, foram duas as principais posições defendidas: a) a medida socioeducativa é um subtipo

de sanção penal; b) a medida socioeducativa possui natureza jurídica diferente de sanção, sendo um tipo de responsabilização não penal.

Essas posturas, contudo, influenciam uma à outra, de modo que, mesmo os defensores da natureza sancionatória entendiam que isso é em si pedagógico. Dependendo da posição adotada, o autor do discurso também se posicionava em relação à sua função: punição e/ou educação.

Os debatedores Olympio de Sá Sotto Maior Neto (então Procurador-Geral de Justiça), João Batista Saraiva (então Juiz de Direito no Rio Grande do Sul) e o Presidente da Comissão foram unânimes em referir que, apesar de muito se falar na proposta pedagógica da medida socioeducativa, esta não tinha uma definição desde a criação do ECA (BRASIL, 2008, a; BRASIL, 2008, d).

Na visão do então Representante da Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente, Fábio Silvestre, na verdade, a América Latina não definiu qual é a natureza jurídica das medidas socioeducativas e a sua finalidade. Devido essa falta de definição é que existiriam apenas filiações a posicionamentos sobre o tema no Direito, que ou atribuem à medida socioeducativa um aspecto penal, ou defendem que a responsabilidade da medida é oriunda dos princípios constitucionais (BRASIL, 2008, b).

Em verdade, a proposta pedagógica se visualiza de forma lúcida nas medidas em meio aberto, na qual se evidencia a responsabilização pelo dano, por meio da sua reparação e na integração comunitária do adolescente, com vistas a despertar nele o respeito e a valorização do Outro. É nas medidas de privação de liberdade que, de acordo com Maior Neto, não se define a proposta pedagógica de cada uma (BRASIL, 2008, d).

Essa questão em vários momentos foi difícil de ser definida, pois, apesar do amplo conhecimento dos participantes das audiências públicas, surgiram dúvidas em relação ao discurso declarado e a realidade.

No CONANDA, não havia também um posicionamento fixo sobre a questão. Mas para a representante do Conselho nas audiências públicas,

Daniele Fermiano dos Santos Gruneich, a natureza jurídica da medida socioeducativa não é penal, porém os atores envolvidos no sistema é que fazem com que se torne uma pena para os adolescentes. Gruneich exemplifica a sua posição com o fato de que em uma unidade de internação em Santa Catarina não haviam portas nem privadas no local destinado a ser o banheiro dos adolescentes (BRASIL, 2008, b).

Para o representante da Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente, Fábio Silvestre, a indeterminação sobre o tema levava a compreensão de que a medida socioeducativa em seu início era sancionatória, por ser o motivo pelo qual leva-se à intervenção do Estado, mas, principalmente, pedagógica, para demonstrar ao adolescente as regras da convivência social. Silvestre pondera que o investimento do SINASE é claramente na finalidade pedagógica da medida, reconhecendo, porém, que há dificuldade de implementação nos estados (BRASIL, 2008, b).

Desse modo, assim como existe uma pluralidade de posicionamentos entre os profissionais e militantes dos Direitos da Criança e do Adolescente em outros aspectos, verifica-se que, ao se abordar a natureza jurídica e as funções das medidas socioeducativas na tramitação do projeto de lei que culminou na positivação do SINASE também haviam muitas incertezas, bem como a defesa de algumas vertentes, as quais serão verificadas a seguir.

2 Em busca de uma definição: sanção penal e o garantismo penal juvenil x responsabilização em um direito autônomo

Assim como foram levantadas muitas dúvidas em relação a temática, verificou-se que em relação àqueles atores que se posicionaram, foram levantadas duas vertentes: a de que a medida socioeducativa possui um cunho de sanção penal e a de que a medida não é voltada a punição, mas sim a responsabilização do adolescente. Os fundamentos apresentados para tanto são os demonstrados adiante.

2.1 A medida socioeducativa de internação como sanção penal específica para adolescentes: garantismo penal juvenil

Na falta de uma dimensão bem definida, assim como de sua aplicação prática, sobretudo de uma leitura descritiva da realidade das instituições de internação, não foram poucos os participantes das audiências públicas a optarem pela definição da medida como sanção.

A principal questão que motivou os participantes das audiências públicas a definirem a natureza jurídica da medida como sanção foi a tentativa de rompimento com a perspectiva tutelar que, a pretexto de ser um bem ao adolescente, fere seus direitos e garantias. O resultado disso tem sido historicamente o tratamento destinado aos adolescentes, por vezes, muito mais gravoso do que aquele destinado aos adultos.

Nas audiências públicas, o então Juiz de Direito João Batista Saraiva, defendeu que a medida socioeducativa detinha natureza penal. Para ele, a medida é sancionatória e é o programa de atendimento que tem caráter pedagógico. Por esse motivo o termo adequado a ser utilizado não seria "socioeducativo", mas "penalidade juvenil com finalidade pedagógica" (BRASIL, 2008, a).

Saraiva, entende que a medida socioeducativa ontologicamente é uma penalidade, ainda que de forma diversa àquela voltada ao adulto. Explica que para o adolescente que cumpre medida socioeducativa em meio fechado, ele encontra-se preso, está privado de sua liberdade. O Adolescente não vive na instituição por vontade própria, para a satisfação do seu interesse ou sua proteção, mas por interesse da sociedade. Por esse motivo, para o Direito Penal Juvenil é um equívoco não tratar essa área do Direito da Criança e do Adolescente sob um viés penal, uma vez que não estaria se considerando a real finalidade da medida socioeducativa (BRASIL, 2008, a).

A mesma vinculação da medida socioeducativa é observada em outro magistrado, o então Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Amaral e Silva. Na sua opinião é pedagógico adotar o termo

"sentenciado" para se referir ao adolescente infracionalizado, bem como lhe deixar explicitamente claro que o Ministério Público representa a sociedade que está lhe acusando e que ele está sendo condenado pelo ato reprovável que cometeu, dentro das condições que seu caráter de pessoa em desenvolvimento permite (BRASIL, 2008, a).

A visão do Direito Penal Juvenil também foi demonstrada quando o desembargador sugeriu que o termo "programas de atendimento", usado na proposta do SINASE, deveria ser substituído por "processo de execução". Para Amaral e Silva, o primeiro termo remete a um resquício da Doutrina da Situação Irregular, quando na verdade o adolescente está submetido ao processo de execução de uma sentença condenatória, em uma instituição para cumprimento de medida socioeducativa e não de atendimento (BRASIL, 2008, a).

A ideia de execução, em seu ponto de vista, é pedagógica e educativa ao adolescente, que, como pessoa humana e portador de proteção especial, tem direitos e responsabilidades. Apesar de se filiar ao Direito Penal Juvenil, a previsão do PIA para Amaral e Silva, surge para apresentar a proposta pedagógica existente na socioeducação (BRASIL, 2008, a). Ele refere que o plano individual deve ser voltado, entre outras funções, a desenvolver a responsabilidade e o respeito às pessoas no adolescente, ao proporcionar a consciência de que sua conduta foi reprovada, danosa e que recebe uma punição por isso (BRASIL, 2008, a).

Para Amaral e Silva, assim como na formação dada pela família, que ocorre por meio de castigos e recompensas, a privação de liberdade é um castigo e trata-la de outra forma é um eufemismo. Deve-se indicar ao adolescente que este agiu errado e que será castigado. Nessa perspectiva, a medida socioeducativa tem o caráter punitivo, uma vez que a educação, embora importante aqui, pertença essencialmente ao primeiro Sistema do ECA, voltado as políticas públicas em geral e não ao Sistema do Ato Infracional (BRASIL, 2008, a).

A postura do Desembargador Amaral e Silva se justifica pelo fato de que elaborou, em 1998, um anteprojeto de lei para regulamentação da execução das medidas socioeducativas, a pedido do Secretário de Direitos Humanos da época, José Gregori (BRASIL, 2008, a). O anteprojeto pretendia regulamentar os procedimentos tomados dentro das entidades de socioatendimento, a forma de execução das medidas socioeducativas e apresentar direitos e deveres dos adolescentes infracionalizados (SILVA, 2015).

Apesar de tratarem do mesmo assunto, qual seja, a regulamentação da aplicação das medidas socioeducativas, a abordagem do anteprojeto difere totalmente do projeto de lei e do substitutivo que se transformou no texto legal do SINASE. O anteprojeto foi escrito nos moldes de uma lei de execução penal, enquanto que os demais realizam sua abordagem a partir da concepção de rede de proteção aos Direitos do Adolescente e responsabilização pedagógica.

Em todas as vezes que o anteprojeto do Desembargador Amaral e Silva se refere ao adolescente infracionalizado o termo utilizado é "o sentenciado". O autor justificou, na audiência pública que participou, que houve essa opção pelo fato de o adolescente estar submetido a uma sentença condenatória, e por essa razão, se entender que o uso do termo é pedagógico, para que entenda que sua conduta foi reprovada pela sociedade e que por isso está sofrendo uma intervenção estatal (BRASIL, 2008, a).

A partir das terminologias utilizadas, das metodologias propostas e da previsão de que na execução das medidas socioeducativas poderia ser utilizado de forma subsidiaria o Código de Processo Penal e a Lei de Execuções Penais, se verifica que o anteprojeto proposto por Amaral e Silva se filiava ao Direito Penal Juvenil.

Por intermédio dos defensores do Direito Penal Juvenil, as audiências públicas também cumpriram a função de esclarecer os equívocos existentes no discurso da necessidade de redução da maioridade penal no

Brasil, com base nas experiências dos países centrais, para se colocar adolescentes em presídios, com as mesmas penas dos adultos.

Em que pese nesses países a imputabilidade penal ocorra mais cedo do que no Brasil, os adolescentes são julgados em um sistema próprio, separado dos adultos, ou seja, por meio de uma lei penal juvenil. Esse sistema penal é semelhante às medidas socioeducativas do Brasil e pode inclusive ser aplicado em pessoas de 18 até 21 anos, salvo em casos de crimes hediondos (BRASIL, 2008, a).

Assim, mesmo sendo imputáveis, os adolescentes nos países centrais não cumprem pena da mesma forma que os adultos, como se propaga e se pretende realizar no Brasil. Por esse motivo, o Direito Penal Juvenil entende que esses adolescentes estão muito mais amparados nos seus direitos do que os que vivem no Brasil, pois, por meio desse sistema todas as garantias dadas aos adultos pela lei penal são voltadas também ao Adolescente, o que não ocorre amplamente na socioeducação (BRASIL, 2008, a).

Ademais, os estudiosos do Direito Penal Juvenil entendem que o sistema brasileiro se mostra ainda mais coercitivo do que o dos países centrais, pois enquanto que no Brasil a privação do direito à liberdade pode ocorrer a partir dos 12 anos de idade, pela medida socioeducativa de internação, nos países centrais essa privação pode ocorrer somente a partir dos quatorze ou dezesseis anos, pela da lei penal juvenil (BRASIL, 2008, a).

Em outras palavras, o Direito Penal Juvenil esclarece que, na prática, no Brasil uma pessoa pode ser presa ao se tornar adolescente, pois apesar de a maioridade penal iniciar aos 18 anos, a responsabilidade penal começa aos doze anos. O mesmo, no entanto, não ocorre nos países centrais, onde a responsabilidade penal e a maioridade penal surgem na mesma idade (BRASIL, 2008, a).

O Direito Penal Juvenil tem como o maior de seus seguidores Emílio García Mendez. Para o autor, o ECA significou a primeira inovação na América Latina, em contraponto ao modelo tutelar, aplicado e reformado

no continente desde o início do século XX, apresentando nas medidas socioeducativas a responsabilidade penal dos adolescentes (GARCÍA MÉNDEZ, 2003).

O ECA apresenta as garantias e os direitos do adolescente, e ao mesmo tempo "estabelece uma responsabilidade adequada à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento" (BRASIL, 2008, a, p. 11). Para o Direito Penal Juvenil, a natureza jurídica dessa responsabilidade é penal, porém não igual a dos adultos, mas adequada a condição deste sujeito de direito, como referido acima (BRASIL, 2008, a).

Os defensores do Direito Penal Juvenil entendem que sua implementação poderia produzir e aplicar leis mais garantistas voltadas ao Adolescente infracionalizado, assim como promover o minimalismo do Sistema Penal na área da Infância e Juventude, combatendo arbitrariedades, como por exemplo, a indeterminação da medida socioeducativa, a qual faz com que adolescentes que tenham cometidos condutas diversas permaneçam o mesmo tempo internados, ferindo o princípio da proporcionalidade (BRASIL, 2008, a).

Uma situação utilizada pelo Direito Penal Juvenil para reiterar a sua existência dentro do Direito da Criança e do Adolescente é a Súmula 338 baixada pelo Superior Tribunal de Justiça que reconhece o instituto da prescrição para ato infracional cometido por adolescente. Os estudiosos da área entendem que a decisão reconhece o caráter sancionatório das medidas socioeducativas. Saraiva aduz que a Súmula deve ser recepcionada por todos os atores, pois reconhece uma garantia que estava sendo violada, bem como por ser necessário um trabalho em conjunto, considerando que os Três Poderes são independentes, mas harmônicos entre si (BRASIL, 2008, a).

Dentro do discurso do Direito Penal Juvenil apresentado nas audiências públicas, é possível visualizar, em alguns momentos, a presença do discurso do Direito Penal Liberal.

Para o então Juiz de Direito, João Batista Saraiva, tratar o Direito Penal como política de repressão é um equívoco, pois na verdade ele seria

uma "salvaguarda da cidadania frente ao Estado policial" (BRASIL, 2008, a, p. 19). Na defesa do Direito Penal, Saraiva aduz que este tem o princípio ético de justiça, o qual apresenta limites, enquanto que as Doutrinas Menoristas trabalhavam com a ideia de amor, princípio utilizado para justificar o cometimento de graves erros contra a humanidade, como as guerras.

Saraiva também apresenta a postura do Direito Penal Liberal pela forma de sustentar a necessidade da presença do defensor nos procedimentos da socioeducação. Ele refere que o Ministério Público é o órgão acusatório e cabe a ele defender os interesses da sociedade por ter compromisso com a Justiça, e não os interesses do adolescente, função pertencente apenas ao defensor, sendo imprescindível em todos os momentos.

Além disso, Saraiva defende que é necessário um Sistema Penal Juvenil para proporcionar a segurança reivindicada pela sociedade e para que não se confunda a intervenção do Estado na liberdade do indivíduo – que é um mal para este – como uma forma de proteção estatal ao Adolescente. Isso porque, sob o discurso da tutela do adolescente infracionalizado, as maiores arbitrariedades são cometidas contra ele (BRASIL, 2008, a).

Ao defender que o ECA apresenta a responsabilidade penal juvenil, Saraiva referiu que este é um modelo de garantias e de proteção da cidadania (BRASIL, 2008, a). A mesma postura foi adotada pelo representante da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude - ABMP, Anderson Andrade, que alega ser o Direito Penal aquele que mais concede garantias ao sujeito no ramo do Direito, ocorrendo o mesmo em relação ao adolescente. O Direito Penal traria ao adolescente responsabilidade e garantias constitucionais (BRSIL, 2008, a).

Nessa mesma linha, o então Coordenador da Escola de Capacitação de Conselheiros Tutelares e Conselheiros Municipais e Estaduais dos Direitos da Criança do Adolescente, Antônio José Ângelo Motti, referiu que, ao conter a responsabilidade penal dos adolescentes, o ECA rompe tanto com o modelo tutelar, como com o Modelo Penal Indiferenciado, defendido

na proposta de redução da maioridade penal. Para Miotti, "o modelo da responsabilidade penal dos adolescentes é o modelo da justiça de garantias" (BRASIL, 2008, e, p. 7).

Por fim, Amaral e Silva também refletiu a corrente do Direito Penal Liberal no Direito Penal Juvenil, entendendo que esse está introduzido na área da Criança e do Adolescente e que deve ser reconhecido para demonstrar à família, à sociedade e ao adolescente que há punição para sua conduta por meio da medida socioeducativa, que é a resposta pelo cometimento de um ato infracional. Nessa linha, ele defendeu que a punição é pedagógica, enquanto que tratar a medida socioeducativa como uma forma de educação e proteção é um equívoco, que gera inclusive represálias ao Direito da Criança e do Adolescente, como a proposta de redução da maioridade penal (BRASIL, 2008, a).

O representante da ABMP, Anderson Pereira de Andrade, que também se filia ao Direito Penal Juvenil referiu que, na ótica a que se vincula, o ECA estabeleceu um sistema de responsabilidade penal juvenil porque define que o ato infracional corresponde a crime ou contravenção penal. Nessa linha, as medidas socioeducativas são sanções estatais, podendo ser restritivas de liberdade, ou restritivas de direito. Destacou ainda que o processo judicial voltado ao ato infracional é semelhante ao processo penal. A peculiaridade existente no Brasil seria que a pena ao adolescente é mais curta e tem caráter pedagógico (BRASIL, 2008, a).

Contudo, Andrade entende que a discussão sobre a existência ou não de um sistema penal juvenil no ECA não deveria ser feita no espaço de construção da lei do SINASE, mas no meio acadêmico. Para ele, o tema é delicado e apesar das divergências, ambas as posições defendem a Doutrina da Proteção Integral (BRASIL, 2008, a).

Para Andrade, a partir da ideia de medida socioeducativa como sanção do Estado, põe-se fim ao discurso de que o adolescente não é responsabilizado por seus atos no Brasil. Nesse sentido, o Promotor de Justiça afirmou que somente quem nunca entrou em uma instituição de internação e não conhece o sistema socioeducativo profere esse discurso,

pois o que ocorre nesses locais é a privação de liberdade. A lei deveria definir a natureza jurídica da medida socioeducativa como de sanção estatal, mas sem entrar no mérito sobre se ela é punitiva ou socioeducativa (BRASIL, 2008, b).

Nesse interim, embora a representante da UNICEF, Karyna Sposato também se filie ao Direito Penal Juvenil, reconhece que o texto do projeto de lei do SINASE não se enquadra ao de uma lei de execução penal juvenil, em virtude de que tais leis se restringem a regulamentar a pena. Sposato afirma que a redação do SINASE é muito mais ampla, se referindo a formas de organização, atribuições aos entes federados, entre outros temas, indo "[...] além da execução da medida como procedimento jurisdicional" (BRASIL, 2008, c, p. 45), sendo mais acertada do que uma lei de execução juvenil (BRASIL, 2008, c).

Na análise das audiências públicas pôde se observar que, quem defendeu de forma incisiva o Direito Penal Juvenil, entre os que sustentaram a responsabilidade penal da medida socioeducativa, foram dois magistrados (João Batista Costa Saraiva e Antonio Fernando Amaral e Silva) e um Promotor de Justiça (Anderson Pereira de Andrade), ou seja, integrantes das agências de controle social formal, que atuam no processo de criminalização secundária.

Esse fato pode ter ocorrido em virtude da cultura inserida nas profissões que exercem, tanto pela responsabilidade de acusação, como de definição de condenações, bem como pela crença de que o Direito Penal é um direito de garantias por excelência e que é apto a resolver os problemas da sociedade.

A visão da Responsabilidade Penal das medidas socioeducativas, pretende em seu discurso a caracterização do Direito Penal Juvenil. O objetivo é a expressa previsão de normas garantistas ao Adolescente, com vistas a uma intervenção mínima do Estado e o reconhecimento de que a medida socioeducativa tem caráter punitivo - e num segundo momento, educativo (SPOSATO, 2006).

Para os partidários do Direito Penal Juvenil, a responsabilidade penal é existente, porém a falta de definição expressa dessa natureza da medida socioeducativa e, por conseguinte, a autoafirmação e aplicação das normas tocantes ao ato infracional como de Direito Penal Juvenil, abrem margem para arbitrariedades. Ao se manter essa situação, o Estatuto da Criança e do Adolescente se trataria de uma lei eufemística em relação ao ato infracional e mantenedora da Doutrina da Situação Irregular (COSTA, 2005; SILVA, 2008).

O fundamento basilar dos defensores do Direito Penal Juvenil é o do ato infracional se tratar de Direito Público, assim como o Direito Penal. Em razão do binômio Pressupostos da Intervenção Estatal – Consequências da Intervenção, o Estado intervirá na vida do adolescente nas mesmas circunstâncias que na do adulto, em virtude de o ato infracional coincidir com a conduta tipificada como crime. Os pressupostos de intervenção são os mesmos que os destinados aos adultos, enquanto que as consequências também são as restrições de direitos, inclusive da liberdade (SPOSATO, 2006).

Apesar do Direito Penal Juvenil se pautar no Garantismo Penal e na intervenção minimalista do Direito Penal na vida do indivíduo, ainda se filia a ideia de retribuição e reeducação, vinculadas as Criminologias Clássica e Moderna. Pode-se observar, ainda, que alguns partidários do Direito Penal Juvenil, como Costa (2005) e Saraiva (2013), por exemplo, entendem que a punição é um direito fundamental, como forma de expiação e justiça pelo erro cometido.

Um dos argumentos referidos sobre a defesa da existência do Direito Penal Juvenil no Brasil é o de que a definição de ato infracional coincide com a de crime e contravenção penal. De fato, é o que determina o artigo 103 de Estatuto da Criança e do Adolescente, porém esse fator não faz com que automaticamente o Sistema do Ato Infracional pertença ao Sistema Penal (ROSA; LOPES, 2011).

Na verdade, somente significa que, a partir da construção social, a sociedade, e por conseguinte, a Lei, determinam como ato infracional os

mesmos desvios utilizados na definição do que é crime e contravenção penal, que porém, serão tratados de forma diversa - o primeiro pela responsabilização e os demais pela punição - a partir do critério etário.

Ainda que Saraiva (2013) argumente que o texto do art. 1º, §2º, inciso III do SINASE remete à ideia de punir o adolescente, não é esse o cenário. A redação do inciso se refere à reprovação pelo ato infracional cometido e a sua devida responsabilização por meio do PIA, que deve ser orientado pela sentença e observar os limites da lei (BRASIL, 2012). Desapreciar a conduta do indivíduo não significa retribuição por meio de um castigo, como é a aplicação de uma pena, mas sim, a demonstração de que sociedade não compactua com o seu ato e a incidência de consequências que responsabilizam a pessoa pela ação danosa.

Ademais, o próprio Direito Penal Juvenil também apresenta nas entrelinhas de seu discurso, o caráter tutelar menorista na sua pretensão de atuação e a ideologia da Defesa Social, presente na organização do Direito Penal Brasileiro, mediante a união dos primados da Criminologia Clássica e da Criminologia Moderna (ROSA; LOPES, 2011).

Para Ramidoff (2011), o reconhecimento discursivo do Direito Penal Juvenil significaria rechaçar toda a Rede de Proteção e Garantias dos Direitos da Criança e do Adolescente, formada por Conselhos, Poder Judiciário, Ministério Público e equipes técnicas, que o ECA inaugurou (RAMIDOFF, 2011). A ofensa à Rede de Proteção ocorreria:

> [...]pois rompe\cinde o núcleo irredutível que sustenta a ideia de sistematização organizacional, estrutural e funcional para o asseguramento de direitos individuais e de garantias fundamentais - principalmente, procedimentais e processuais para apuração da prática de atos infracionais e a adoção de resoluções adequadas, por vezes, com a aplicação e cumprimento de medidas socioeducativas -, haja vista que, debruça estudos descritivos - mas, não analíticos, e sequer explicativos (críticos) -, acerca tão somente da dimensão comportamental do ato infracional praticado e, não diversamente acerca das reais condições pessoais e sociais do adolescente dito em conflitante com a lei, esquecendo-se das demais medidas legais e protetivas que se operam, de forma integrada, no Estatuto da Criança e do Adolescente (RAMIDOFF, 2011, p. 47)

Apesar da pretensão de trazer garantias processuais e intervenções mínimas do Estado, na prática, adotar o Discurso do Direito Penal Juvenil traria o enfraquecimento da Rede de Proteção, por meio da submissão dos institutos do Direito da Criança e do Adolescente ao Direito Penal, realizando maior estigmatização do adolescente infracionalizado e ocasionando todos os danos gerados pelo Sistema Penal, que vão além da privação de liberdade (RAMIDOFF, 2011).

2.2 A medida de internação como alternativa à pena: foco na responsabilização

Além da visão da medida socioedicativa como uma sanção penal, as reuniões do projeto de lei que culminou na Lei 12.594/2012 também foram marcadas pelo discurso da responsabilização, defendido tanto pela Relatora Rita Camata, como por outros atores.

Para tanto, a Relatora Rita Camata, a qual participou da Frente Parlamentar Constituinte em defesa da Criança e do Adolescente e foi Relatora do ECA, analisou que em razão do momento histórico vivenciado no Brasil na época da Constituinte e da criação do ECA, que era de ausência de políticas públicas, havia uma grande sede de garantias de direitos, de forma que o texto do Estatuto acabou por não ser específico quanto os deveres e responsabilidades da família, da criança e do adolescente, principalmente na situação do cometimento de desvios (BRASIL, 2008, a).

A Relatora afirma que os militantes do Direito da Criança e do Adolescente têm medo de reconhecer a aplicação de uma pena ao adolescente infracionalizado:

> [...] “Muito pelo ranço que nós tínhamos da sede pela democracia plena, e ainda temos, porque democracia plena só vai acontecer quando forem assegurados os direitos básicos a todo cidadão de contribuir com o processo de sociedade que nós queremos” (BRASIL, 2008, a, p. 52).

A Relatora demonstrou nas audiências públicas que seu entendimento é de que, considerando o processo de compreensão da adolescência, as medidas socioeducativas devem possuir caráter eminentemente pedagógico e educativo, de forma que ao se analisar sob o ponto de vista da sanção, o caráter prisional é um grande equívoco (BRASIL, 2008, b).

A prevalência da função pedagógica da medida socioeducativa, ocorre em virtude do reconhecimento do adolescente como ser humano em desenvolvimento e que, consequentemente, a intervenção estatal pedagógica traz mais resultados positivos para a mudança de trajetória na vida do Adolescente e para a sociedade (BRASIL, 2008; BRASIL, 2008, c).

O então Promotor de Justiça Munyr Cury, o qual também participou da criação do texto do ECA, comentou ao participar das audiências públicas, que a existência de um plano individual de atendimento demonstra a inaplicabilidade do Direito Penal Juvenil no sistema brasileiro (BRASIL, 2008 c). Em verdade, o Direito Penal Juvenil tem a pretensão apenas de contribuir com o adolescente para lhe garantir mais direitos, porém, a criação do PIA realmente não se vincula ao Direito Penal, pois permite a participação do adolescente desviante na construção do planejamento para a melhor forma de sua responsabilização. Como o desviante trata-se de uma pessoa em desenvolvimento, garante também a participação de seus familiares para ser ainda mais eficaz no alcance dos objetivos da medida socioeducativa.

Essa característica em nada se assemelha ao Direito Penal, que se mostra impositivo ao desviante, não o reconhecendo como sujeito autônomo e tampouco buscando seu desenvolvimento pessoal e a redução de danos sobre ele e o meio em que vive. Não fosse pela medida de internação, e toda a prática abusiva do Estado que ela gera, todos os resquícios de Direito Penal estariam abolidos do Sistema Socioeducativo.

Há necessidade de se reforçar na *praxis* que a medida socioeducativa de internação se trata da mais grave e a última opção a ser aplicada no Sistema Infracional, pois embora a lei tenha um condão minimalista, na prática há o uso indiscriminado da privação da liberdade, como se ela fosse

a solução para todos os problemas, inclusive àqueles que extrapolam o fato desviante, como o mau comportamento e a drogadição.

A então Coordenadora da Área da Saúde do Adolescente e do Jovem, do Ministério da Saúde, Thereza de Lamare Franco Netto afirmou que para que a proposta pedagógica das medidas socioafetivas possa ser efetivamente concretizada é preciso a inserção de atividades diárias aos adolescentes infracionalizados, não somente voltadas a profissionalização, mas também para as "atividades que favoreçam a vivência, a discussão e a reflexão coletiva pelos adolescentes sobre diversos temas relacionados à experiência de vida deles" (BRASIL, 2008, b, p. 20).

Após todos os debates acerca da natureza jurídica da medida socioeducativa, a Relatora do projeto de lei pôde chegar a uma conclusão em seu Parecer, apresentado na Comissão Especial: "a medida socioeducativa apresenta um caráter eminentemente pedagógico, com vistas a interferir no processo de desenvolvimento do adolescente autor do ato infracional, objetivando melhor compreensão da realidade e efetiva integração social" (BRASIL, 2009, p. 4).

Os objetivos das medidas socioeducativas formam o tripé Responsabilização – Integração Social – Desaprovação da Conduta Infracional, previstos da seguinte forma na Lei do SINASE:

> Art. 1o Esta Lei institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e regulamenta a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional.
> [...]
> § 2o Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos:
> I - a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação;
> II - a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e

> III - a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei (BRASIL, 2012, s. p.).

A lei acaba com a lacuna existente desde a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente a respeito da natureza jurídica das medidas socioeducativas, demonstrando que essas não têm caráter punitivo nem tutelar, mas de responsabilização do adolescente pelo dano que causou. Apesar de o discurso pedagógico ser preponderante nas falas analisadas, as expressões "educação" e "pedagogia/pedagógico" não foram utilizadas no dispositivo colado acima. Em parte, esse fator é resultado dos debates empreendidos e da polêmica quanto ao caráter intervencionista do Estado na subjetividade do adolescente.

A definição dos objetivos da medida socioeducativa foi uma grande contribuição do substitutivo ao projeto de lei original do SINASE. Demonstrou-se que as medidas socioeducativas não pretendem serem usadas como um artifício para a imunização do adolescente sobre as consequências de seus atos e tampouco um mecanismo de aplicação de penas, as quais demonstram serem ineficazes para a solução de danos e conflitos na sociedade.

Para a Relatora, o caráter pedagógico é vislumbrado em um valor social, que é a responsabilidade:

> Não acreditamos que possa haver desenvolvimento humano, em uma sociedade democrática, sem a promoção de valores que consideramos de supremo compromisso com nossos semelhantes e o profundo respeito à dignidade da pessoa humana, além dos princípios da igualdade e fraternidade.
> Devemos assumir que, ao lado da proteção, também é necessário estabelecer limites para nossos adolescentes por meio de uma responsabilização adequada à sua especial condição de pessoa em desenvolvimento, sem desconhecer que os atos infracionais causam danos, por vezes irreparáveis, a outros seres humanos (BRASIL, 2009, p.7).

A responsabilização está vinculada à ideia de autonomia do sujeito de direito, que, por conseguinte, é sujeito de deveres. Diferente da punição,

ela contribui para o desenvolvimento do ser humano, pois responsabilizar tem como essência o fato de que o indivíduo não é um sujeito passivo, mas que deve agir como protagonista assumindo as consequências de seus atos (BUDÓ, 2013, b).

Por esse motivo a responsabilização transcende a punição, pois proporciona o amadurecimento. O amadurecimento objetivado é o que pretende:

> [...] assumir a experiência mais profunda do "ser-sendo-com-o-outro", que se dá na relação de conjugalidade, implica em descobrir-se enquanto dom e falta. O processo de educação deve garantir à criança e ao adolescente o acesso à consciência dessa condição do ser humano – pois somos dom e falta (DIAS, 2009, p. 61).

Completamente diferente é a lógica da punição, a qual é recebida de forma vertical e externa. Pela punição, o Estado trata o indivíduo como alguém incapaz de compreender os danos que causa, e consequentemente, incapaz de ser responsabilizado por isso. Assim atribui-se ao sujeito o cumprimento de uma pena, situação que não gerará nem a reparação da vítima pelo dano sofrido, nem o desenvolvimento do sujeito que a sofre (HULSMAN; CELIS, 1997). Todavia, diferente do Direito Penal Juvenil, a Teoria da Proteção Integral entende que a atribuição de medida socioeducativa é no sentido de responsabilidade pelos atos do adolescente como sujeito autônomo, e não com caráter punitivo.

Punir é diferente de responsabilizar: a punição está ligada a ideia de vingança, retribuição, enquanto que responsabilizar é fazer com que o sujeito se torne comprometido com o dano causado, a fim de repara-lo (HULSMAN, CELIS, 1997).

O Direito Infracional é uma área autônoma, que não se confunde com o Direito externo, como por exemplo, o Direito Penal, e nem mesmo com os demais Sistemas do Direito da Criança e do Adolescente, quais sejam, o Sistema de Políticas Públicas e o Sistema de Proteção (ROSA; LOPES, 2011). Silva elucida que a Constituição Federal define como cláusula pétrea

que crianças e adolescentes são penalmente inimputáveis e que esta categoria é submetida a legislação específica. Aplicar o Direito Penal a um ramo autônomo como o Direito da Criança e do Adolescente significaria a inserção de um vício em um Sistema novo (SILVA, 2008).

Uma vez que a ideia da aprovação de um Direito Penal Juvenil é afastada - porém sem deixar de se reconhecer as contribuições desse discurso para a ampliação do reconhecimento dos direitos do adolescente infracionalizado - faz-se necessário frisar que a posição Protetiva e a Posição Abolicionista não são equivalentes.

O posicionamento Protetivo, bastante empregado entre parte dos defensores dos Direitos da Criança e do Adolescente, como políticos e juristas, se opõe as propostas punitivistas presentes no Poder Legislativo. Nessa visão, interpreta-se que o ato infracional é cometido por adolescentes que sofreram omissão do Estado no oferecimento de políticas públicas, e que a partir da aplicação da medida socioeducativa, a intervenção estatal deve promover os direitos do adolescente e protegê-lo.

Já a posição vinculada ao Abolicionismo Penal, compreende que a responsabilidade não tem cunho punitivo, mas que pretende pedagogicamente demostrar ao Adolescente que sua conduta foi reprovada pela sociedade, de forma que se deve buscar a reparação do dano cometido e a resolução de conflitos (RAMIDOFF, 2011).

O primeiro posicionamento (Protetivo) acaba por não satisfazer as demandas do Adolescente e da sociedade, pois mesmo que afirme que é o jovem pobre e sem acesso aos direitos que irá sofrer as medidas socioeducativas, o faz por entender que somente este comete desvios as normas legais. Não se reconhece que, o que ocorre em verdade, é que somente esse perfil de Adolescente, na gama de todos que cometem desvios às normas legais e sociais, será alvo da seletividade do Sistema Socioeducativo. Desse modo, o posicionamento Protetivo visualiza a ação do Estado na execução de medidas socioeducativas como uma forma de promoção de direitos, por ter sido omisso antes do Adolescente cometer do desvio. Ocorre que essa interpretação em muitos casos leva o Estado a intervir além do devido na

liberdade do Adolescente, podendo se assemelhar na prática, com o caráter tutelar menorista.

Embora a confusão realizada, ou até mesmo a abordagem simplista sobre o tema, a posição Abolicionista e a Protetiva não se fundem. O que se propõe no Abolicionismo Penal é afastar a característica do Direito Penal na Socioeducação, bem como a seletividade empregada atualmente por este sistema, que é favorecida tanto pelo posicionamento Protetivo (que na prática implica em uma tutela menorista) como o do Direito Penal Juvenil, mas compreendendo a missão da responsabilização do sujeito pelo ato danoso cometido, sem infringir os seus direitos (HULSMAN; CELIS, 1997). Em outras palavras, o que se pretende é a efetivação plena da Teoria da Proteção Integral.

Pautado na Proteção Integral, o Estatuto da Criança e do Adolescente apresenta maturidade e lucidez afastando a visão tutelar e primando pelo garantismo, ao prever as medidas socioeducativas, as quais não possuem o condão de proteger o adolescente, mas sim de responsabilizá-lo pelo dano que causou.

Assim não cabe a defesa do argumento de que a medida socioeducativa serve para a proteção do adolescente como muito se visualiza em jurisprudências. O Estatuto da Criança e do Adolescente conceitua o Adolescente como um ser completo, que assim como detentor de direitos é também detentor de deveres e de responsabilidade, afastando a concepção de que a este falta consciência sobre seus atos (BUDÓ, 2013, b).

As medidas socioeducativas têm o condão de levar a *ultima ratio* a privação de liberdade e resultam de um processo judicial com as mesmas garantias processuais que o processo penal. É nesse sentido que o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE foi criado, como auxílio ao Estatuto da Criança e do Adolescente para a quebra de paradigma, para que esta premissa existente no campo teórico também seja aplicada na prática (BUDÓ, 2013, b).

A implementação do SINASE, em janeiro de 2012, vem confirmar a necessidade de respeito a esse novo paradigma na leitura das medidas socioeducativas: "tudo o que implicar em redução de direitos não pode ser encarado como um bem para a criança e o adolescente" (BUDÓ, 2013, b, p. 9). Dessa forma, a privação da liberdade não pode ser utilizada, sob qualquer argumento, para justificar a proteção do adolescente, como ocorria no período da situação irregular. Para tal proteção é que existem as medidas protetivas, previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (BUDÓ, 2013, b).

A Teoria da Proteção Integral e o Estatuto da Criança e do Adolescente compreendem que a punição não é o método adequado para a resolução e diminuição dos conflitos sociais e do cometimento de desvios às regras. Por esse motivo, faz uso da responsabilização, que trata o sujeito que cometeu o desvio como ser autônomo e racional, capaz de compreender que errou e de como reparar este erro (BUDÓ, 2013, a).

A visão empregada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente não é nem de compaixão e negligência, como frequentemente acusa a parte conservadora da sociedade e da política, e nem de retribuição/castigo, como este mesmo grupo clama, mas sim de responsabilização do adolescente pelas suas condutas (BUDÓ, 2013, a).

O Estatuto separa adolescentes do sistema de justiça penal dos adultos. Trabalha com a lógica de soluções alternativas à reação estatal punitiva. A privação da liberdade é uma sanção alternativa e excepcional, ou seja, a regra é a aplicação das demais medidas socioeducativas, devendo a privação de liberdade ser aplicada somente e eventualmente em casos de cometimento de danos muito graves. Essa medida deve ser limitada e breve (BELOFF, 2001).

Diante de todo o exposto e ao se considerar que o Direito da Criança e do Adolescente possui autonomia, é possível afirmar que o Estatuto da Criança e do Adolescente é uma lei de cunho abolicionista do Direito Penal. A Teoria da Proteção Integral e o Abolicionismo Penal são elementares um ao outro. No entanto, [...] "isso não implica que se possa confiar que esse

sistema não será utilizado no sentido oposto, através das práticas que rançosamente desenterram a doutrina da situação irregular" (BUDÓ, 2015, s/p). Por esse motivo há necessidade de mudança de linguagem e de cultura sobre o ato infracional (BUDÓ, 2015).

Conclusão

Durante anos a sociedade organizada se preocupou com o fato de que, embora a Proteção Integral esteja prevista na Carta Magna, o Estatuto da Criança e do Adolescente não definia como o Sistema Socioeducativo deveria ser organizado, de forma que foi necessária a criação da Resolução 119 do CONANDA para sanar o problema. No entanto, entendeu-se que ainda era necessário mais para garantir os direitos do adolescente infracionalizado: a criação de uma Lei que regulasse o SINASE.

A Lei do SINASE regulamenta a execução das formas de responsabilização de Adolescentes em virtude do cometimento de desvios à Lei Penal, as quais são denominadas de medidas socioeducativas, que estão previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Entre essas, encontra-se a de internação, a qual pela Lei deve ser aplicada como última opção e em casos específicos.

Os debates em torno da criação do SINASE trouxeram uma série de questões controversas, destacando-se a percepção social sobre a natureza da medida socioeducativa.

Constatou-se que houve uma representação paritária de debatedores do Direito Penal Juvenil e do Direito da Criança e do Adolescente autônomo que reivindicaram a limitação da intervenção do Estado na aplicação de privação de liberdade.

As leis que tutelam o Direito da Criança e do Adolescente caracterizam-se por serem normas que apresentam alternativas na resolução de problemas sociais, que não a Lei Penal. Porém é possível realizar críticas no que tange a suas aplicações, principalmente no que se refere a medida socioeducativa de internação.

Há ainda dificuldades na implementação da Proteção Integral, decorrentes, sobretudo, da percepção punitiva em relação ao ato infracional, proveniente tanto das organizações sociais, quanto do Parlamento e do Sistema de Justiça Juvenil.

Para além da previsão legal que afasta a ideia de punição e de proteção do Adolescente, atribuindo um caráter de responsabilização às medidas socioeducativas, a sua prática perante o Poder Judiciário e no momento de execução deve considerar que a responsabilização do indivíduo por suas ações faz com que a compreensão acerca do dano produzido realmente ocorra, enquanto que a punição se trata de uma intervenção autoritária e externa, que não gera a evolução e o protagonismo das partes envolvidas. Por esse motivo é que o Sistema Penal, voltado aos adultos, deve ser substituído pelo Sistema de Responsabilização atuante em relação aos adolescentes, e não o contrário.

A lei do SINASE deixou a desejar em vários aspectos que trariam ou reafirmariam a garantia de direitos do adolescente. Contudo, também apresentou inúmeros avanços para a socioeducação. Cabe aos militantes da área e juristas atuarem incansavelmente para a concretização dessas garantias.

Referências

BELOFF, Mary. Algunas confusiones en torno a las consecuencias juridicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia latinoamericanos. *In*: UNICEF. **Justicia y derechos del niño**, n. 3. Buenos Aires: 2001. p. 9-37. Disponível em: << https://www.unicef.cl/archivos_documento/70/Justicia%20y%20derechos%203.pdf>>. Acesso em 15 jul. de 2015.

BRASIL. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nos 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e

a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm.>> Acesso em: 03 de mar. de 2015.

BRASIL. **Resolução nº 119, de 11 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre o sistema nacional de atendimento socioeducativo e dá outras providencias. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/download/resolucao_119_conanda_sinase.pdf.>> Acesso em: 10 de mar. de 2015.

BRASIL. **Projeto de Lei 1627 de 13 de julho de 2007**. Dispõe sobre os sistemas de atendimento socioeducativo, regulamenta a execução das medidas destinadas ao adolescente, em razão de ato infracional, altera dispositivos da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=741CA744609FF2945C093A593F1C375A.proposicoesWebExterno2?codteor=483743&filename=PL+1627/2007>>. Acesso em: 10 de mar. de 2015.

BRASIL. **Ficha de tramitação do Projeto de Lei 1627 de 13 de julho de 2007.** Disponível em:<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=360092>>. Acesso em: 10 de mar. de 2015.

BRASIL. Audiência Pública Nº 1256/08, de 03 de setembro de 2008. **Comissão especial – PL 1627/07 – atendimento socioeducativo.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=360092>>. Acesso em: 15 de mar. de 2015.

BRASIL. Audiência Pública Nº: 1291/08, de 07 de outubro de 2008. **Comissão especial – PL 1627/07 – atendimento socioeducativo.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=360092>>. Acesso em: 10 de mar. de 2015.

BRASIL. Audiência Pública Nº: 1523/08, de 12 de novembro de2008. **Comissão especial – PL 1627/07 – atendimento socioeducativo.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=360092>>. Acesso em: 18 de mar. de 2015.

BRASIL. Audiência Pública N°: 1199/08, de 13 de agosto de 2008. **Comissão especial – PL 1627/07 – atendimento socioeducativo.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=360092>>. Acesso em: 20 de mar. de 2015.

BRASIL. Audiência Pública N°: 1587/08, de 19 de novembro de 2008. **Comissão especial – PL 1627/07 – atendimento socioeducativo.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=360092>>. Acesso em: 25 de mar. de 2015.

BRASIL. **Sessão Deliberativa em Plenário PL 1627/07** – atendimento socioeducativo de 19 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/sessoes_e_reunioes?idProposicao=360092>>. Acesso em 02 de jul. 2015.

BRASIL. **Parecer** ao Projeto de Lei nº 1.627, de 2007, do Poder Executivo, que "dispõe sobre os sistemas de atendimento socioeducativo, regulamenta a execução das medidas destinadas ao adolescente, em razão de ato infracional, altera dispositivos da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências". Deputada Federal Rita Camata. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=652051&filename=Tramitacao-PL+1627/2007>>. Acesso em 01 de jul. 2015.

BUDÓ, Marilia De Nardin. **Mídias e discursos do poder***:* a legitimação discursiva do processo de encarceramento da juventude pobre no Brasil. Curitiba: UFPR. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2013. Disponível em: << https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/34641/R%20-%20T%20-%20MARILIA%20DE%20NARDIN%20BUDO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 17 nov. de 2014.

BUDÓ, Marilia De Nardin. Vulnerabilidade, exclusão, seletividade: o menorismo vivo nas decisões do STJ sobre o ato infracional. In: **Encontro Nacional do Conpedi.** (Anais), 22, 2013, Curitiba. Curitiba: Boiteux, 2013.

BUDÓ, Marilia De Nardin. Do anormal ao perigoso: a psiquiatrização da medida socioeducativa de internação e a prisão perpétua à brasileira. *in* **Revista de estudos criminais**. v. 13. n. 57. Brasília: ITEC, 2015. Disponível em: << http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_

biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC_57_miolo%5B1%5D.pdf>>. Acesso em 05 ago. de 2015.

COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o direito penal juvenil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. Reflexões sobre criança e o adolescente: um desafio ao direito neste trânsito para a pós-modernidade. *In:* DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Motta (Org.). **Política jurídica e pós-modernidade.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 49-70.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Adolescentes y responsabilidad penal: un debate latino-americano. *In* **Congreso Internacional de Derecho Penal**. Ciudad de México: Centro de Investigaciones jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11 566s.pdf>>Acesso em: 10 fev. 2015.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. 2 ed. Niterói: Luam, 1997.

LAPERRIÉRE, Anne. A teorização enraizada (grounded theory): procedimento analítico e comparação com outras abordagens similares. In: POUPART, J; DESLAURIERS, J. P.; GROULX, L. H.; LAPERRIÈRE, A.; MAYER, R.; PIRES, A. P.; (org.). **A pesquisa qualitativa:** enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis: Vozes, 2008.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de direito da criança e do adolescente***:* ato infracional e medidas socioeducativas. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional:** princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARAIVA, Joao Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei***:* da indiferença à proteção integral. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, Antonio Fernando Amaral e. **Anteprojeto de lei de execução de medidas socioeducativas.** Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5547->>. Acesso em 09 de jun 2015.

SILVA, Marcelo Gomes. **Ato infracional e garantias***:* uma crítica ao direito. Florianópolis: 2008.

SPOSATO, Karyna Batista. **O direito penal juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

VENTURA, Deisy. **Monografia jurídica***:* uma visão prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

3

Violência de gênero e os impasses enfrentados no âmbito jurídico: aspectos da Lei Maria da Penha

Maria Alice Lodi Palage [1]
Luís Guilherme Bonfada de Mattos [2]
Amanda Brum Porto [3]

Introdução

Durante muito tempo as mulheres vêm sofrendo com uma discriminação de gênero ocasionando diversas violências e complicações para suas vidas, estas, interferem diretamente em suas vidas, seus corpos, seus pensamentos, suas ideologias, sua moral, suas condições, financeiramente, psicologicamente, fisicamente, sexualmente e simbolicamente. Todas as mulheres, e, quando afirmamos neste sentido, todas, é porque seja independente, da sua cor, da sua etnia, do gênero, da condição/orientação sexual. Sejam elas pretas, brancas, lésbicas, bissexuais, transexuais,

[1]Bacharela em Direito pela Faculdade Meridional – IMED (2018). Graduanda em Psicologia (IMED). Endereço eletrônico: mariaalice.lodi@gmail.com.

[2]Bacharel em Direito pela Faculdade Meridional – IMED (2016). Pós-graduado em Ciências Criminais e Advocacia pela Universidade de Passo Fundo – UPF (2019). Endereço eletrônico: bonfadaguilherme@gmail.com.

[3]Mestranda no Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional – IMED, em sua área de concentração em Direito, Democracia e Sustentabilidade, linha de pesquisa Fundamentos do Direito, da Democracia e da Sustentabilidade – IMED (2020). Beneficiária da taxa PROSUP/CAPES (2020). Bacharela em Direito pela Faculdade Meridional -IMED (2018). Participa do Projeto de Pesquisa e Extensão Cinema, Direito Humanos e Sociedade: Vias para o empoderamento (CINELAW/IMED), desde 2017. Participa do Projeto de Pesquisa Biopolítica, Gênero e Direito (CNPq/IMED). Pesquisa na área de direitos humanos, gênero e educação. Endereço eletrônico: amandaportob@hotmail.com.

transgêneros, travestis, hétero, magras, gordas, ricas, pobres, de qualquer religião ou não, sejam brasileiras ou não, a violência de gênero ela perpassa qualquer âmbito e está presente em todos os lugares, e nem por isso quer dizer que nenhuma mulher perpetuam violência contra outras mas muitas vezes nem percebem que também são violadas ou foram, culturalmente há uma herança patriarcal, cultura e negativa, e violenta, que se reproduziu durante as gerações.

Essa violência age de todas as formas, ainda que em "pequenas" palavras, esta presente nos locais de trabalho, das academias, nos esportes, nas festas, nos bares, na praia, nas igrejas, nas casas, etc., as pessoas, estruturam, perpetuam, e institucionalizam em palavras ou atitudes que menosprezam, desprezam, desmerecem ou diminuem, qualquer mulher, que passa ou já passou por essa situação. Sendo assim, o objetivo dessa pesquisa é sensibilizar os operadores do direito, caracterizando a problemática e demonstrando a necessidade de trabalhar com o assunto de violência de gênero e seus danos psicológicos de forma mais sensível. Para isso, o trabalho foi divido em três etapas, e, dentro destas, serão trabalhados os aspectos do gênero e da violência de gênero com uma abertura da Lei Maria da Penha; A lei Maria da Penha e os impasses que as mulheres enfrentam no âmbito jurídico e seus danos psicológicos/moral; e, ações preventivas e meios de combate da violência de gênero.

A pesquisa teve como problema: Tendo em vista a violência de gênero e a dificuldade enfrentada pelas mulheres em processos judicias, além de, todo o sofrimento já vivenciado, de que formas o poder judiciário poderia promover maneiras de facilitar o acesso destas mulher em vias judicias para que estas não passem por mais danos, constrangimento e impasses, utilizando ferramentas como ações preventivas e sensibilizar os operadores do direito frente a esta problemática ? O método usado para esta pesquisa foi o método hipotético-dedutivo e como métodos de procedimento foram usados o bibliográfico e o jurisprudencial.

Aspectos de gênero e a violência contra as mulheres no Brasil: Uma análise histórica e feminista.

A violência de gênero[4] vaga por vários meios, pelo esporte, no trabalho, nas escolas, nas academias, nos bares, nas festas, nos lares nas famílias, nas relações afetivas e sexuais, a violência agride psicologicamente, fisicamente, verbalmente e simbolicamente, e, infelizmente mantem-se estruturada na sociedade como uma herança cultural negativa, objetivando os corpos, vulnerabilizam, agridem, excluem e ainda, determinam o que é um corpo "certo" ou "errado", o que vestir, o que não vestir, como se comportar, como não se comportar. Institucionalizados o corpo da mulher pertence a política, ao homem, a medicina, a lei, pertence a tudo, menos a ela mesma, onde é seu devido lugar.

> A ordem social funciona como uma imensa máquina simbólica que tende a ratificar a dominação masculina sobre a qual se alicerça: é a divisão social do trabalho, distribuição bastante estrita das atividades atribuídas a cada um dos dois sexos, de seu local, seu momento, seus instrumentos; é a estrutura do espaço, opondo o lugar de assembléia ou de mercado, reservados aos homens, e a casa, reservada às mulheres; ou, no interior desta, entre a parte masculina, com o salão, e a parte feminina, com o estábulo, a água e os vegetais; é a estrutura do tempo, a jornada, o ano agrário, ou o ciclo de vida, com momentos de ruptura, masculinos, e longos períodos de gestação, femininos. (BOURDIEU,2012 p.18)

O controle institucional pelo corpo da mulher e da mulher[5], para tudo e todos, como se fosse objeto ou propriedade, onde lhes possam dizer o

[4]Mais recentemente – recentemente demais para que possa encontrar seu caminho nos dicionários ou na enciclopédia das ciências sociais – as feministas começaram a utilizar a palavra "gênero" mais seriamente, no sentido mais literal, como uma maneira de referir-se à organização social da relação entre os sexos.[...] Explícita, porque o uso gramatical implica em regras formais que decorrem da designação de masculino ou feminino; cheia de possibilidades inexploradas, porque em vários idiomas indoeuropeus existe uma terceira categoria – o sexo indefinido ou neutro. Na gramática, gênero é compreendido como um meio de classificar fenômenos, um sistema de distinções socialmente acordado mais do que uma descrição objetiva de traços inerentes. Além disso, as classificações sugerem uma relação entre categorias que permite distinções ou agrupamentos separados. No seu uso mais recente, o "gênero" parece ter aparecido primeiro entre as feministas americanas que queriam insistir no caráter fundamentalmente social das distinções baseadas no sexo. (SCOTT,1989, p. 2-3)

[5] Quando feministas do século XIX apresentaram a reivindicação pela "maternidade voluntária", nasceu a campanha pelo controle de natalidade. Suas proponentes foram chamadas de radicais e submetidas à mesma zombaria que

que bem entendem, fazer o que bem queiram, seja domesticamente, seja sexualmente ou profissionalmente, exploram seus corpos, seus sentimentos, seu psicológico.[6] Nessa categoria analisa-se como uma base de linha de tempo o que Foucault explicita em seu capítulo I "Nós vitorianos" da obra "História da sexualidade I" (1988), onde ele explica que no início do século XVII, onde a sexualidade não era reprimida, e logo após com a ascensão do capitalismo e da sociedade burguesa todo o discurso muda, a sexualidade passa a ser interrompida, guardada e reservado incluindo o sexo. Então passa a ser tratado como algo controlado, encarcerado dentro das famílias, que consideravam apenas aquelas "tradicionais" os "bons costumes", o sexo passa a se tornar um "segredo", e evidentemente heteronormativo, tendo como o casal formado por um homem e uma mulher o único e legítimo titular da sexualidade, e este cenário passa a ser "normalizado", o casal procriador, torna-se modelo e cala tudo aquilo que não condiz com as normas estruturadas e normatizadas a partir deste ponto. O papel principal do sexo agora é a reprodução e a partir desse marco, assim como os homossexuais, as mulheres[7], passam a ser indivíduos dominados e controlados, por poder e institucionalizados, podendo ter como um principal marco histórico ao início do abuso e controle sobre o corpo da mulher desencadeando outros aspectos de poder que levam a violência.

---

recaiu sobre as primeiras defensoras do sufrágio feminino. A "maternidade voluntária" era considerada uma audácia, uma afronta e uma excentricidade por pessoas que insistiam que a esposa não tinha o direito de recusar-se a satisfazer os anseios sexuais do marido. (DAVIS,2016, p. 226)

[6] As dimensões críticas da violência sexual constituem uma das facetas de uma profunda e contínua crise do capitalismo. Como lado violento do sexismo, a ameaça de estupro persistirá enquanto a opressão generalizada contra as mulheres continuar a ser uma muleta essencial para o capitalismo. (DAVIS, 2016, p. 222)

[7] Em primeira análise, parece possível distinguir, a partir do século XVIII, quatro grandes conjuntos estratégicos, que desenvolvem dispositivos específicos de saber e poder a respeito do sexo. [...] assumiram, então, coerência, e atingiram certa eficácia na ordem do poder e produtividade na ordem do saber que permitem descrevê-los em sua relativa autonomia. *Histerização do corpo da mulher*: Tríplice processo pelo qual o corpo da mulher foi analisado -qualificado e desqualificado – como corpo integralmente saturado de sexualidade; pelo qual, este corpo foi integrado, sob efeito de uma patologia que lhe seria intrínseca, ao campo das práticas médicas; pelo qual, enfim, foi posto em comunicação orgânica com o corpo social (cuja fecundidade regulada deve assegurar), com o espaço familiar (do qual deve ser elemento substancial e funcional) e com a vida das crianças (que produz e deve garantir, através de uma responsabilidade biológico-moral que dura todo o período da educação): a Mãe, com sua imagem em negativo que é a "mulher nervosa", constitui a forma mais visível desta histerização. (FOUCAULT,1988, p. 99)

Essa breve análise histórica, pode indicar marcos teóricos e históricos dos meios de controles e poder sobre a mulher, e as maneiras de vulnerabilização e violências ainda que simbólicas na época fossem simbólicas, por poder, hoje se perpetuam não só dessa maneira, mas de muitas outras. Pois assim, se reproduziram culturas hetero-patriarcais, dominantes que incentivaram a violência dos corpos e a superioridade do homem sobre o feminino, e tudo que demonstra a delicadezas foi associado ao feminino por isso, menosprezo, como definições do que é "coisa de homem" ou coisa de mulher".

> "Nós somos homens; deixemos aí essas mulheres", disse-lhe. Persuadem a criança de que é por causa da superioridade dos meninos que exigem mais dela; para encorajá-la no caminho difícil que é o seu, insuflam-lhe o orgulho da virilidade; essa noção abstrata reveste para êle um aspecto concreto: encarna-se no pênis; não é espontaneamente que sente orgulho de seu pequeno sexo indolente; sente-o através da atitude dos que o cercam. Mães e amas perpetuam a tradição que assimila o falo à idéia de macho; seja porque lhe reconhecem o prestígio na gratidão amorosa ou na submissão, seja porque constitua para elas um revide reencontrá-lo na criança sob uma forma humilhada, o fato é que tratam o pênis infantil com uma complacência singular.(BEAUVOIR, 1980 p. 13)

Segundo Beauvoir, (1980, p.13) uma criança, com idade de três anos que ainda urinava sentado como contou seu pai, este era cercado de irmãs e primas, seu pai um dia o levou ao banheiro e disse-lhe que iria ensiná-lo a urinar em pé com a seguinte frase, "vou te mostrar como fazem os homens." Após o menino sentiu-se orgulhoso em urinar em pé, vindo a desprezar as meninas "que mijam por um buraco", o que por consequência ocasionou desprezo e como diz a autora não pelo fato de "carecerem de um órgão", mas por não terem sido distinguidos inicialmente por este pai.

A criança nasce dentro de uma distinção binária de gênero e vinculada à ideia de "sexo biológico". Entende-se, nesse sentido, que ao nascer com o sexo biológico masculino, por exemplo, a pessoa seria um homem (gênero enquanto conceito social), com atribuições sociais, culturais e comportamentais próprias do gênero social e sexo de nascimento. Como

Jesus (2012, p. 7) afirma, “Crescemos sendo ensinados que “homens são assim e mulheres são assado”, porque “é da sua natureza”, e costumamos realmente observar isso na sociedade.” Ainda a autora esclarece que é notável a grande diferença que é construída socialmente entre homens e mulheres desde o nascimento, quando os seres são ensinados agir de acordo e a ter um papel específico.

> [...], mas é principalmente aos meninos que se recusam pouco a pouco beijos e carícias; quanto à menina, continuam a acariciada, permitem-lhe que viva grudada às saias da mãe, no colo do pai que lhe faz festas; vestem-na com roupas macias como beijos, são indulgentes com suas lágrimas e caprichos, penteiam-na com cuidado, divertem-se com seus trejeitos e seus coquetismos: contatos carnais e olhares complacentes protegem-na contra a angústia da solidão. Ao menino, ao contrário, proíbe-se até o coquetismo; suas manobras sedutoras, suas comédias aborrecem. 'Um homem não pede beijos. . . um homem não se olha no espelho. . .Um homem não chora", dizem-lhe. Querem que êle seja "um homenzinho”; [...] (BEAUVOIR, 1980, p. 12)

As diferenças constituídas entre homens e mulheres, é e sempre foi baseada pelo sexo, ou seja, é construída uma ideia de que o homem, o falo, e pelo simples fato de tê-lo, detém o poder se reafirmando como superior, inferiorizando o corpo feminino e tornando ele uma espécie de objeto tanto para satisfaze-lo, como reproduzi-lo ou controla-lo, só que essa construção que foi reproduzida e ainda é até hoje um dos gatilhos que podem violar direitos das mulheres e violá-los. “Não sente essa ausência como uma falha; seu corpo é evidentemente uma plenitude para ela, mas ela se acha situada no mundo de um modo diferente do menino e um conjunto de fatores pode transformar a seus olhos a diferença em inferioridade.” (BEAUVOIR, 1980, p. 14)

Dramática, controladora, ou descontrolada, marginalizada, e ainda, piora se o corpo não é cis, ou se o corpo é negro, ou se o corpo é LGBTQI+[8] e preto, a violência contra a mulher é cada dia, ainda, pior. Umas estão dentro dessa estrutura, estruturam e fazem parte dessa violência, outras

[8] Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgenero, Travestis, Queer, Intersexuais +.

lutam contra ela, outras apanham dentro dela, outras ainda que privilegiadas tem a empatia de se colocar no lugar de todas, sejam elas quem forem. E isso não retira o fato de que existem mulheres que abusam de outras, seja de forma passiva ou não, seja verbalmente, seja estruturalmente, fisicamente, lutar pelo direito da mulher e faze-la que no século XXI se sinta só dela mesma, pertencente a ela mesma, é um ato político também, é uma busca por direitos iguais, ou melhor usufruir dos seus direitos.

> Antes do fim do século XIX, mulheres negras pioneiras do movimento associativo orquestraram um dos primeiros protestos públicos organizados contra o abuso sexual. Sua tradição de oitenta anos na luta organizada contra o estupro reflete como as mulheres negras têm sofrido, de modo amplo e exagerado, a ameaça de violência sexual. Uma das características históricas marcantes do racismo sempre foi a concepção de que os homens brancos – especialmente aqueles com poder econômico – possuiriam um direito incontestável de acesso ao corpo das mulheres negras. (DAVIS, 2016, p. 200)

E nisso se baseiam as lutas democráticas por direito iguais das mulheres, do poder, político, para quebrar e barrar a estrutura da violência de gênero. A ideia de luta pelo que mulheres que são violentadas, que são assediadas, estupradas, é por direitos da liberdade dos corpos, de poder vestir o que quer, amar quem quer, trabalhar onde quer, e receber o que lhe é devido, pela condição de ser mulher e de ter sua liberdade que lhe é devida e usufruir dos seus direitos, sem ser espancada, morta, humilhada, abusada. Essa busca não é para se tornar um ser superior, como foi "dito" aos homens, mas como seres igualitários, a valorização no mercado de trabalho, no esporte, na tv e onde quer que estejam. O feminismo[9] branco e negro hoje trans também na luta pelos direitos das mulheres a emancipação e a equidade destes.[10]

[9] [...] Afinal, gerações de mulheres lutaram para que a gente usasse calça, votasse, pudesse se divorciar. E se você é uma mulher branca, lutaram também para que você trabalhasse fora de casa, porque esse papo de luta pelo trabalho é luta de mulher branca. As mulheres negras lutaram por sua liberdade diante da escravidão e seguem lutando para que o Estado as enxergue. (D'AVILLA, 2019, p. 18)

[10] Depois da aguardada vitória do sufrágio feminino, as mulheres negras do Sul foram violentamente impedidas de exercer seu direito recentemente adquirido. A erupção da violência da Ku Klux Klan em locais como Orange County,

O IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, destaca que houve um crescimento de "homicídio feminino no Brasil em 2017, com cerca de 13 assassinatos por dia", somando 4.936 assassinatos, sendo que o maior número foi em 2007. Ainda destacam que houve um crescimento de 30,7% no número de homicídios de mulheres durante os anos de 2007 a 2017. Segue abaixo a porcentagem referente aos Estados do Brasil:

> [...] Rio Grande do Norte apresentou o maior crescimento, com variação de 214,4% entre 2007 e 2017, seguido por Ceará (176,9%) e Sergipe (107,0%). Já no ano de 2017, o estado de Roraima respondeu pela maior taxa, com 10,6 mulheres vítimas de homicídio por grupo de 100 mil mulheres, índice mais de duas vezes superior à média nacional (4,7). A lista das unidades federativas onde houve mais violência letal contra as mulheres é seguida por Acre, com taxa de 8,3 para cada 100 mil mulheres, Rio Grande do Norte, também com taxa de 8,3, Ceará, com taxa de 8,1, Goiás, com taxa de 7,6, Pará e Espírito Santo com taxas de 7,5. (IPEA, 2019, p. 35) Disponível em https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34784 (Acesso em 18 de agosto de 2020).

Um dos gráficos que o IPEA traz, também mostra uma desigualdade racial a partir da comparação entre mulheres negras e brancas vítimas de homicídio, a taxa de homicídios de mulheres brancas teve crescimento de 4,5% nos anos de 2007 e 2017, já a taxa de homicídios de mulheres negras cresceu em 29,9%. (p. 38)

> Tendo em vista a centralidade que a violência contra a mulher assumiu no debate público da sociedade brasileira, bem como os desafios para implementar políticas públicas consistentes para reduzir este enorme problema, causa preocupação a flexibilização em curso da posse e porte de armas de fogo no Brasil. Apenas em 2017, mais de 221 mil mulheres procuraram delegacias de polícia para registrar episódios de agressão (lesão corporal dolosa) em decorrência de violência doméstica31, número que pode estar em muito subestimado dado que muitas vítimas têm medo ou vergonha de denunciar.

---

na Flórida, causou ferimentos e mortes de mulheres e crianças negras. Em outros lugares, elas foram proibidas de exercer o novo direito de forma mais pacífica. (DAVIS, 2016, p. 173)

> (IPEA, 2019, p. 42) Disponível em https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34784 Acesso em 18 de agosto de 2020.

No dia 07 de agosto de 2006 foi sancionada a "Lei Maria da Penha" no Brasil, com seus 46 artigos elaborados e distribuídos por sete títulos, foi criado com objetivo de prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra mulheres, segundo o Instituto Maria da Penha, em conformidade com o art. 226 da Constituição Federal e os tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro.

> É importante que se diga que a Lei Maria da Penha não pode ser tratada apenas como uma via jurídica para se punir os agressores. Isso porque ela também traz em seu texto o conceito de todos os tipos de violência doméstica e familiar; insere a criação de políticas públicas de prevenção, assistência e proteção às vítimas; prevê a instituição de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; institui as medidas protetivas de urgência; e estabelece a promoção de programas educacionais com perspectiva de gênero, raça e etnia, entre outras propostas. Todos esses dispositivos intensificam uma rede integrada de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher, além de atenderem às recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para o caso Maria da Penha Maia Fernandes. Mais do que uma alteração da legislação penal, a Lei n. 11.340/2006 representa um importante instrumento legal de proteção aos direitos humanos das mulheres para uma vida livre de violência. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/lei-11340/lei-maria-da-penha-na-integra-e-comentada.html>(Acesso em: 18 de agosto de 2020)

Ainda que exista o amparo desta lei, é perceptível que ainda no âmbito jurídico existem dificuldades que as mulheres enfrentam para levar adiante essa situação de violência, tendo em vista que outras muitas circunstâncias as levam ainda, antes de chegarem em todo esse momento burocrático as fazem "desistir". A dificuldade de acesso à justiça, os impasses que as mulheres enfrentam em âmbito jurídico, depois de conseguirem tomar a frente de uma luta constante dentro de suas casas, ou outros lugares, em questões jurídicas, tornando uma barreira, e,

contudo aos operadores do direito de certo modo também, que encontram dificuldades que serão elencadas em seguida.

Sendo assim, muitas e feministas e ativistas até hoje vem tentando mudar essa "cultura", e com isso muitas discussões foram feitas a respeito dos direitos das mulheres, que a alguns anos atrás não nem direito ao voto, as mulheres negras, que até hoje, ainda lutam por muitos direitos e sofrem ainda de muitas outras violências e de muitas outras formas.

> [...]Ou seja, nosso feminismo precisa ser popular. [...] Afinal, é justo que a gente fale sobre corpos livres, cabelos e pelos, Se isso não servir para que possamos enfrentar o racismo e a gordofobia disfarçados nas plaquinhas de "boa aparência "das ofertas de emprego, não serve. É necessário defender teu direito de escolher não ser mãe porque não está pronta ou não quer. Se teu direito não for estendido até aquela mulher que não pode criar mais um filho em um ambiente sem comida, escola, saneamento básico e vai tomar um remédio e sangrar até morrer, sem assistência médica, ele não é real. O feminismo tem que dar voz para as atrizes que se uniram contra o assédio e também descobrir como dar voz para todas as empregadas domésticas que foram violentadas naquele quartinho sem banheiro e sem janela lá atrás do duplex no Leblon. E que calaram. Por quê? Ué? Nem direitos trabalhistas elas tinham até bem pouco tempo atrás, muitas viviam como quase escravas. Por que alguém as ouviria, não é mesmo? Você as ouviu? O machismo, afinal, é como uma piscina, todas as pessoas estão se molhando. Algumas, apenas a sola dos pés, outras quase morrendo afogadas. (D'AVILLA, 2019, p. 29-30)

Por isso, a luta dessas mulheres conta com muitos apoios e não podem ser excluídas, devem ser todas incluídas para que essa luta política por direitos iguais, e, quando fala-se em direitos iguais, não fala sobre "ser como um homem", "lutar como um homem", trabalhar" ou qualquer outra coisa, mas ser reconhecida e, lutar como uma mulher, trabalhar como uma mulher, sem pretensão de superioridade acima de qualquer outro gênero ou sexo, mas de ser respeitada e ter seus direitos, a busca da emancipação, liberdade e equidade.[11]

[11] Mas será que sonhamos ser livres como são livres os homens? Ouso dizer que nossa luta é pela reinvenção da ideia de liberdade. E quero falar também sobre isso contigo. Porque nosso ideal de liberdade não pode oprimir o de ninguém, né? Não queremos chegar aos espaços em que eles chegaram da mesma maneira porque conhecemos esse

A Lei Maria da Penha e os impasses enfrentados dentro do âmbito jurídico: Aspecto psicológico e moral.

Mesmo ao deparar-se com legislação especifica que norteia o tratamento legal da violência doméstica, o feminismo ainda trava uma batalha para possuir seu lugar de fala até então não reconhecido pelos juristas tradicionais. Afirmar o direito feminino através de uma legislação específica, soa como ameaça a uma ordem de gênero do direito penal afirmada pelos operadores do direito (MACHADO, 2013).

A dificuldade encontrada perante a Lei Maria da Penha, é que focada em sua leitura resumida na dimensão normativo-penal, deixa de lado a necessidade de estender-se a outras dimensões nas quais permitiriam aos operadores do direito compreender o fenômeno da violência doméstica por um viés não exclusivamente jurídico. A própria concepção de violência psicológica enquanto "crime" e as nuanças do conceito, sob a ótica do Direito Penal e de outras ciências, são capazes de reforçar tal realidade (MACHADO, 2013).

Nesse sentido, embora em um primeiro momento a lei tenha sido divulgada como uma aposta no rigor do campo penal como medida de diminuir a violência doméstica, as respostas previstas vão muito além da aplicação de penas restritivas de liberdade para os agressores e pagamento de multas ou cestas básicas em favor das vítimas, devendo a aplicação do texto legal ser efetuada a partir das peculiaridades de cada caso concreto (MACHADO, 2013).

Se tratando de violência psicológica, o ponto principal a ser debatido neste trabalho, é que esta modalidade, diferentemente dos outros modos de violência, enfrenta grandes obstáculos para obter sua comprovação, pois encontra impasses ao tentar enquadrar-se a um crime específico. A

caminho, ele é marcado por privilégios e opressões. [...] É preciso mudar os espaços. Porque não há como existir um mundo em que algumas sejam livres e outras não. Ou um mundo em que todas as mulheres sejam livres e os homens sigam se imaginando e agindo como donos de mulheres, as objetificando [...] essa talvez seja uma das mais importantes reflexões que necessitamos fazer. A de que nossa liberdade, para ser livre mesmo, pra não oprimir, precisa ser a busca da liberdade da humanidade, a busca da emancipação dela. (D'AVILLA, 2019, p. 28-29)

realidade é que muito se fala em violência psicológica e moral, mas a condenação muitas vezes se dá pela violência física e, ainda, não devem ser confundidas (BERGAMINI, 2017).

Apesar de ocorrerem afirmações distintas, aqui se busca demonstrar, em um primeiro momento, a diferença no que tange violência psicológica e violência moral. Violência moral diz respeito a uma desmoralização feita contra a vítima, configurando calúnia, difamação ou injúria. Segundo a Constituição Federal, é o que atinge o ofendido como pessoa, não causando lesão ao seu patrimônio, incluindo honra, dignidade, intimidade, imagem, nome e que acarrete ao sujeito dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação, vindo a vítima a ser indenizada, na maioria das vezes, de forma pecuniária pelo dano sofrido (BUENO, 2014).

Violência psicológica, por sua vez, diz respeito a toda a conduta omissiva ou comissiva que provoque um dano ao equilíbrio psicoemocional, refletindo de maneira direta na autoestima e autodeterminação da vítima, tendo como meio ameaças, ironias, perseguição, insultos e chantagens, ocasionando na lenta e contínua deterioração da identidade e capacidade de reação e resistência da ofendida, vindo a avançar para quadros de patologias mentais (MACHADO; DEZANOSKI , 2014).

Segundo Bueno (2014), dano psicológico estaria ligado a um malefício causado a psiquê do indivíduo não podendo ser aferido por critérios unicamente objetivos e que, perante uma demanda jurídica, estaria dependente da configuração de uma patologia para fins de comprovação, diferentemente do dano moral, o qual além de não implicar em um adoecimento psíquico, se baseia em critérios objetivos (BUENO, 2014).

Machado (2013) relata que no ano de 1997 a criação da Lei de tortura (Lei nº 9.455/97) deu origem ao conceito de violência psicológica que, apesar de não se tratar de Lei especifica para o caso de violência doméstica, instiga grande discussão sobre possíveis danos sofridos na psiquê da vítima, sendo tratado como marco significativo também para a criação da Lei Maria da Penha. (MACHADO, 2013).

Na esfera jurídica, o dano psicológico está inserido na esfera extrapatrimonial, porém, não necessariamente, esse é de natureza moral. Nesse sentido, um dano psicológico é perfeitamente caracterizável e avaliável, podendo ser objeto de indenização desde que fique claramente demonstrada incapacidade a partir de lesão a identidade, alterações e perturbações significativas do equilíbrio emocional da vítima causando forte abalo na sua integração com o meio social. Aspectos esses que são sujeitos a análise técnica de profissionais da saúde mental (BUENO, 2014).

O artigo 2º da Lei Maria da Penha dispõe:

> Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Ainda, o artigo 7º cita as formas de violência contra a mulher amparadas pela Lei mencionando então, a violência moral e psicológica:

> Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
> I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;
> II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da 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, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;
> III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou

> à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;
> IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;
> V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Nesse sentido, partindo da ideia de que para ser caracterizado dano psicológico é necessária a existência de uma patologia, ao passo que o dano moral necessita da comprovação de ofensa à honra, dignidade, intimidade, imagem, nome e que acarrete ao sujeito dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação, nota-se que, mesmo estando o dano psicológico necessariamente ligado a uma avaliação por profissional devidamente qualificado, ambos estão sujeitos a interpretação por parte do julgador para a conclusão da demanda (BUENO, 2014).

O ponto a ser aqui debatido, se trata de impasses em julgamentos cujas causas solicitam indenizações por danos morais e/ou psicológicos no que se refere o melhor modo de solucionar demandas dessa natureza, a fim de que a vítima seja devidamente indenizada pelos danos sofridos. A subjetividade apontada anteriormente a qual deve ser avaliada pelo julgador, enfrenta desafios ao atingir a valoração e a forma correta a ser realizado sob o prisma jurídico, tornando-se um trabalho complexo que reflete de forma direta na vida da vítima (BUENO, 2014).

O que se tem feito por parte do judiciário, é o enquadramento da violência psicológica como ameaça, nos crime contra a honra, na contravenção penal de constrangimento e lesão corporal a integridade psíquica da vítima, sendo necessário comprovar a extensão do trauma por meio de um laudo realizado por profissional de devidamente habilitado (BERGAMINI, 2017).

Mesmo existindo menção a violência psicológica, tal texto da Lei Maria da Penha ainda está longe de ser devidamente avaliada pelo viés

jurídico como um problema social de alta gravidade (SOUZA; CASSAB, 2010).

Boa parte dos casos de violência doméstica, são findados ou possuem um desfeche a partir do retorno do agressor a moradia e a reconciliação do relacionamento. Assim, muitas mulheres sofrem com violências, independentemente de sua forma, e optam por permanecerem no relacionamento, na mesma residência que o agressor, resultando no fim da ação por parte da própria vítima ou por conclusão do magistrado (FONSECA, 2012).

Porto e Costa (2010), realizaram um estudo documental de sentenças atrelado a oportunidade de obter uma expressão livre dos juízes dedicados a esse tipo de decisões, os quais relataram suas ideias sobre as sentenças apresentadas. No referido estudo, encontra-se posicionamentos baseados em crenças sobre mulheres construídas no sistema patriarcal como fragilidade, inconstância e dependência, sentenças proferidas com base em dizeres do senso comum e suposições, minimização da violência praticada por entender que as ameaças foram feitas "no calor do litigio conjugal", conclusão de que em casos de violência doméstica não caracteriza dolo se o agressor estiver alcoolizado, não podendo, desta forma, haver crime, conclusão de que um agressor tem o direito de invadir a casa da vítima se este estiver inconformado com o termino do relacionamento e, ainda, a reconciliação do casal é vista pelo magistrado como suficiente para negar uma ameaça, considerando situação típica da mulher.

Todas essas afirmações obtidas a partir dos estudos de Porto e Costa (2010) evidenciam o quanto magistrados ainda tomam decisões judiciais baseadas em valores e crenças do senso comum, influenciados por uma sociedade patriarcal, e como a Lei Maria da Penha não serve, em boa parte dos casos, como referência legal para as Decisões.

Conforme estudo realizado por Tavares (2008), vítimas relatam que agressões psicológicas são ainda mais dolorosas do que agressões físicas, uma vez que são cometidas impiedosamente e não deixam marcas denunciáveis perante o olhar das autoridades, o que dificulta o sucesso em uma

demanda judicial. Assim, se dano moral difere de dano psicológico, o modo de tutelar o direito violado não pode ser idêntico, sendo assim, não se pode partir da premissa de que indenizar a vítima com um montante em dinheiro é suficiente para a reparação de um dano psicológico, uma vez que a própria espécie dano moral não tem mais recebido reparação exclusivamente de ordem pecuniária (XAVIER; PUGLIESE, 2018).

A disposição existente na Lei Maria da Penha é: "Art. 17. É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa."

Dessa forma, demandas vinculadas a Lei Maria da Penha não são passiveis de indenização a vítima com pagamento de cesta básica ou demais prestações pecuniárias, cabendo requerimento de danos morais, caso este seja o objetivo. Ainda, deve-se destacar que, mesmo em casos positivos na resolução de demandas judiciais advindas da aplicação da Lei Maria da Penha, resultando na indenização pecuniária da vítima por meio de danos morais, inexiste valor capaz de apagar as repercussões vividas por uma vítima de violência doméstica, uma vez que seus efeitos refletem tanto no plano individual quanto familiar e social, presenciando mudanças drásticas no meio em que vive, resultando na completa fragilização de suas redes de pertencimento (TAVARES, 2008).

Nas palavras de Anderson Schreiber (2011), receber uma reparação pecuniária em casos de indenização por danos morais resulta em reflexos negativos tais como:

> (i) a propagação da lógica de que os danos morais podem ser causados desde que seja possível pagar por eles; (ii) o estímulo ao 'tabelamento' judicial das indenizações; (iii) a crescente 'precificação' dos atributos humanos; (iv) o incentivo a demandas frívolas, propostas de modo aventureiro, por pessoas que pretendem se valer de cada inconveniente ou aborrecimento social para conseguir uma indenização. A fim de evitar todos esses inconvenientes, necessário se faz desenvolver os meios não pecuniários de reparação.

Além disso, se denota que a jurisprudência pátria vem confundindo dano psicológico para com dano moral, em que pese tais institutos, em suas características, não se assemelhem. Sendo assim, a resposta obtida do judiciário é, via de regra, a reparação do dano psicológico, através de fixação de valor a título de dano moral.

Nesse sentido, veja-se, de forma breve, alguns entendimentos jurisprudenciais:

> **Ementa: APELAÇÃO CRIME. LESÃO CORPORAL. ART. 129, § 9º, DO CP. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PALAVRA DA VÍTIMA. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. [...] INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DO QUANTUM. Houve pedido expresso na denúncia, não havendo ofensa ao princípio do contraditório. E trata-se de dano moral in re ipsa, que independe de demonstração, uma vez que o crime foi praticado no ambiente doméstico, tendo a indenização o objetivo de reparar as consequências que a o delito teve na integridade psicológica da vítima. Tese firmada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos recursos repetitivos (tema 983), no julgamento do recurso especial representativo da controvérsia (REsp n. 1.643.051/MS). Quantum de indenização mantido. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Criminal, Nº 70084209956, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Mello Guimarães, Julgado em: 27-07-2020)** <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 05 de setembro de 2020.
>
> PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE AMEAÇA. REPARAÇÃO. DANO MORAL. ART. 387, INC. IV, DO CPP. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte perfilha no sentido de que, havendo pedido expresso e oportunizada a defesa pelo réu, o juiz deve fixar um valor mínimo para reparação dos danos morais ou materiais causados à vítima, nos termos do art. 387, inciso IV, do Código de Processo penal. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1027718/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 12/05/2017) <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 05 de setembro de 2020.
>
> RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. REPARAÇÃO CIVIL DO DANO CAUSADO PELA INFRAÇÃO PENAL. ART. 387, IV, DO CPP. ABRANGÊNCIA. DANO MORAL. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1.

> Considerando que a norma não limitou e nem regulamentou como será quantificado o valor mínimo para a indenização e considerando que a legislação penal sempre priorizou o ressarcimento da vítima em relação aos prejuízos sofridos, o juiz que se sentir apto, diante de um caso concreto, a quantificar, ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima, não poderá ser impedido de faze-lo. 2. Ao fixar o valor de indenização previsto no artigo 387, IV, do CPP, o juiz deverá fundamentar minimamente a opção, indicando o quantum que refere-se ao dano moral. 3. Recurso especial improvido. (REsp 1585684/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016) <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 05 de setembro de 2020.

Já na década de 90, Luiz Guilherme Marinoni (1994) mencionava a tamanha perversidade do procedimento comum, o qual reduz toda e qualquer situação jurídica ao dano moral e ao pagamento de um determinado valor em pecúnia (MARINONI, 1994). Uma saída para tal realidade ainda vivenciada, a qual substitui ou equipara danos psicológicos por danos morais, seria a observância minuciosa de cada caso concreto a fim de obter um direito a ser reparado com imposições de fazer, de não fazer, de entregar determinada coisa ou de prestar determinado serviço/auxílio.

O dano psicológico é reconhecido como uma das mais complexas espécies de dano com que o direito contemporâneo tem de lidar, vez que não se pode mensurar a dor e sofrimento vivenciados pelas vítimas. Dessa forma, é evidente que este tipo de dano não pode ser limitado às amarras do processo tradicional, especialmente se consideradas as diversas evoluções que estão disponíveis para serem aplicadas nos procedimentos judiciais contemporâneos (XAVIER; PUGLIESE, 2018).

A violência psicológica encontra-se como o tipo de violência doméstica mais negligenciado, baseando-se em dois pilares: o primeiro deles refere-se ao que se mostra em notícias de jornais, sendo divulgado apenas fatos os quais ocorrem de forma severa, ocorrendo juntamente com os danos físicos, ou até mesmo quando a vítima vem a óbito. Ainda, ocorre a divulgação de que a violência urbana é superior à violência doméstica, sendo em quantidade e em gravidade (SILVA, et all., 2007).

Ainda, embora não seja possível verificar a existência de violência física sem a presença de violência psicológica, uma vez que violência psicológica se encontra em todos os tipos de violência, é comum que notícias ou até mesmo estudos científicos que sequer mencionam sua existência, sendo este, o segundo pilar anteriormente mencionado (SILVA, et all., 2007).

Apesar da maioria das vítimas considerar a violência psicológica mais cruel do que a violência física, também se mostra grande o número de mulheres que não são capazes de identificar a situação de violência a qual são expostas, quando a violência dirigida a elas são apenas de cunho psicológico, sem a existência de marcas no corpo físico. Por este motivo, mulheres que passam por violência psicológica, tendem a precisar de maior ajuda para conseguir identificar tal agressão, bem como para conseguir superar os traumas adquiridos (BAPTISTA, 2012).

Ainda, é importante destacar a carência jurídica no que tange a proteção da saúde psicológica. Na temática aqui abordada, mulheres possuem o direito de viver sem violência, estando resguardada sua integridade psicofísica, no entanto, a falta de um tipo penal que aborde um preceito primário e secundário com o fim de punir a conduta daquele que infringe a psiquê, deixa vítimas à mercê de tal violência, devendo tal feito ser efetivado já que a mera previsão legal sem realização efetiva no mundo dos fatos reais resta insuficiente, não passando de mera promessa legal solene (RUIZ; PINTO, 2012).

Assim, é possível constatar que as mulheres brasileiras ainda enfrentam grandes desafios quanto ao reconhecimento social do seu pleno direito a justiça, sendo esse interferido com práticas discriminatórias inclusive no âmbito das instituições policiais e judiciais, refletindo a dificuldade que as mulheres brasileiras tem em exercer seu papel dentro da sociedade, mesmo com a existência de dispositivos legais específicos. (PEREIRA, 2006, p.5.).

Investimento nas ações preventivas como solução: Ações preventivas e meios de combate da violência de gênero.

Batista, Medeiros e Macarini (2017), falam da importância da desjudicialização dos conflitos relacionados a violência doméstica e ressaltam a importância de trabalhos que abordem o parceiro da relação conjugal, tendo como objetivo a discussão da construção social da identidade de gênero e a relação da temática com a violência na relação conjugal com ambas as partes. Tais atividades serviriam como um caminho para mudanças mais profundas na cultura e sociedade no que tange violência doméstica.

Falando em violência psicológica, ressalta-se a proposta de uma reeducação e intervenção junto ao agressor, tendo em vista que a forma de violência vivenciada causa danos diretos ao equilíbrio psicoemocional das vítimas, o qual desestrutura não somente a ofendida, mas reflete em todos do seu meio de convívio. Ressalta-se ainda que a violência doméstica deve ser combatida em seus primeiros sinais e em sua totalidade, uma vez que as chances de um resultado prático e concreto em casos não avançados de violência doméstica são significativamente maiores. Reconhecer os danos causados pela violência doméstica é algo complexo, porém, necessário. Precisa-se dar cuidado especial a vítima em sua integralidade através de um conjunto de ações e serviços preventivos e curativos em casos já em andamento. (SOUSA, 2013)

Ainda, a respeito de avanços que possam auxiliar o enfrentamento da violência doméstica, cita-se a necessidade do aperfeiçoamento de redes de prevenção e atendimento as vítimas, revisão e implementação da legislação atual, para que esta seja capaz de garantir o máximo de proteção e prevenção possível nos temas tratados pela Lei Maria da Penha; aprimoramento da sistematização referente a levantamento de dados e informações sobre a temática; capacitação de líderes comunitários e profissionais das áreas de educação, saúde, segurança pública e assistência social para que estes, devidamente instruídos e habilitados, consigam oferecer o maior

apoio e auxilio as vítimas dos crimes de Maria da Penha e, não menos importante, a facilitação ao acesso à justiça e assistência jurídica gratuita (BRASOL, 2011).

Nota-se a importância do debate do tema violência doméstica e Lei Maria da Penha, para que cada vez mais pessoas possam ter acesso ao conhecimento de todos os tipos de violência, passando então a identificalas quando este for o caso e, dessa forma, solicitar ajuda profissional para a interrupção e fortalecimento por um fato que, até então, passava despercebido pela vítima (ANDRADE, 2020).

A identificação precoce é uma forte aliada na prevenção de violências, podendo refletir na diminuição significativa dos casos de feminicídio. Também como intuito, procuramos salientar a importância de campanhas capazes de orientar sobre todos os tipos de violência, uma vez que campanhas publicas focam, em sua maioria, na violência física cujos efeitos são mais visíveis (ANDRADE, 2020).

O combate à violência doméstica não deve ser visto por uma ótica polarizada entre masculino e feminino, e sim pela ótica da conscientização onde homens e mulheres tenham acesso à informação e sejam capazes de perceber quais atitudes caracterizam violência, estar a par dos efeitos advindos de tal prática, a necessidade e possibilidade de obtenção de amparo na dinâmica de mutuo crescimento (ANDRADE, 2020).

Conclusão

Apesar de sancionada no ano de 2006, a Lei Maria da Penha, com o intuito de garantir proteção e amparo as vítimas de violência doméstica, ainda enfrenta grandes desafios no âmbito jurídico, uma vez que se depara com crenças construídas no sistema patriarcal e decisões baseadas em valores e conceitos do senso comum, não servindo, em boa parte, como referência legislativa principal.

Em que pese ocorram respostas dos operadores do direito a tais demandas, é correto afirmar que ainda há uma significativa carência no que

tange reconhecimento social da vítima e seu pleno direito a justiça, resultando em práticas discriminatórias que dificultam o exercício do seu papel até mesmo dentro do dispositivo a elas direcionados.

Se tratando de violência psicológica, tal modalidade se apresenta a mais cruel das violências, bem como, a de mais difícil comprovação e justa reparação, ao encontrar impasses na tentativa de enquadrar-se em um crime específico, ficando dependente de interpretação por parte do julgador e enquadramento em outro delito.

Como meios de melhoria para tais demandas, ressalta-se a necessidade do debate da temática, trabalhos que enquadrem a participação do agressor como um caminho para uma mudança mais profunda, refletindo no modelo cultural e social. Ainda, cita-se a necessidade do aperfeiçoamento das redes de prevenção e atendimento, revisão e implementação da legislação, capacitação de líderes comunitários e profissionais e facilitação ao acesso à justiça e assistência jurídica gratuita.

Sendo assim, nesse fechamento, além da necessidade de sensibilização do poder judiciário e das melhorias, para dar mais apreço e atenção à mulher e a sua vida e proteção. Necessário que estes debates, assim como, as pesquisas, perpassem todos os âmbitos acadêmicos, políticos, escolares, jurídicos, familiares e outros meios, trazendo uma nova perspectiva e pensamento de emancipação, liberdade e equidade, de direitos e respeito entre as pessoas, entre o gênero, a cor, o sexo, e condições, que assim, continuem em busca de um Brasil e um mundo mais libertador e igualitário de direitos para todos.

Referência

ANDRADE, Maritza Franklin Mendes de. **Violência doméstica psicológica – um alerta para mulheres e homens**. 2020. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1525/Violência+doméstica+psicológica+–+um+alerta+para+mulheres+e+homens>. Acesso em: 05 de setembro de 2020.

BAPTISTA, Ana Catarina Costa Chaves. **Estudo de caso de uma mulher sujeita a violência conjugal psicológica, com crenças de amor romântico e uma história de**

violência interparental. ISPA - instituto universitário ciências psicológicas, sociais e da vida**.** 2012.

BATISTA, Aline Pozzolo; MEDEIROS, Juliana Lima; MACARINI, Samira Mafioletti. **Violência conjugal e as delegacias especializadas: as implicações da judicialização dos conflitos. Psicologia e polícia: diálogos possíveis**. Juruá, Curitiba: 2017. p, 103-122.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo II**, a experiência vivida. Trad. Sergio Milliet. 2ª ed, 1980.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Trad: Maria Helena Kuhner. 11ªed. Rio de Janeiro, 2012.

BRANCO, Erika Siebler. **Violência que não deixa marcas visíveis. Justiça e Cidadania.** 2019. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/violencia-que-nao-deixa-marcas-visiveis/>. Acesso em: 05 de setembro de 2020.

BRASIL. **Lei Maria da Penha.** Lei nª 11.340/2006. Coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher. Presidência da República, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1027718/MS**. Agravante: V.P. Agravado: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Joel Ilan Pacionik. Brasília, DF, 27 de abril de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea> ou <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 05 de setembro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1585684/DF**. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: J.G.C. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 09 de agosto de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea> ou <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 05 de setembro de 2020.

BUENO, Nicole Duek Silveira. **Dano moral X dano psicológico**. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/36588/dano-moral-x-dano-psicologicos#_ftnref6>. Acesso em: 05 de setembro de 2020.

CASTRO, Paula Drummond; BERGAMINI, Cristiane. **Violência Psicológica tem difícil diagnóstico e causa danos graves.** Comciência. 2017. Disponível em: <http://www.comciencia.br/violencia-psicologica-causa-danos-graves-ainda-pouco-estudados/>. Acesso em: 05 de setembro de 2020.

D'AVILLA, Manuela. **Por que lutamos?** :Um livro sobre amor e liberdade. 2ª ed. - Editora Planeta do Brasil. São Paulo, 2019.

DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe.** Trad. Heci Regina Candiani. - 1. ed. - São Paulo: Boitempo, 2016.

FONSECA, Denire Holanda da; RIBEIRO, Cristiane Galvão; LEAL, Noêmia Soares Barbosa; **Violência doméstica contra mulher:** Realidades e representações sociais. Rev. Psicologia e sociedade. Belo Horizonte/MG, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/psoc/v24n2/07.pdf>. Acesso em: 05 de setembro de 2020.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 1**: vontade de saber. (Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque). 13 ed. - Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. Disponível em < https://www.institutomariadapenha.org.br/lei-11340/resumo-da-lei-maria-da penha.html> Acesso em: 18 de agosto de 2020

IPEA - INSTITUO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; Atlas da violência 2019. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, Brasília, 2019. Disponível em: < https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34784> Acesso em: 18 de agosto de 2020.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre Identidade de Gênero**: Conceitos e Termos. Guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião. 2ª ed. Brasília, 2012.

MACHADO, Isadora Vier. **Da dor no corpo à dor na alma**: uma leitura do conceito de violência psicológica da Lei Maria da Penha. Prêmio CAPES de Tese. Florianópolis. UFSC: p. 2013. 283. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/107617>. Acesso em: 05 de setembro de 2020.

MACHADO, Isadora Vier; DEZANOSKI, Mayara. Exploração do conceito de violência psicológica na lei 11.340/06. **Revista gênero e direito**, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

PEREIRA, M. A. E. **Protegendo as Mulheres da Violência Doméstica**. Seminário de capacitação para Juízes, procuradores, promotores, advogados e delegados no Brasil. Brasília/DF, 2006. Disponível em: <http://midia.pgr.mpf.gov.br/hotsites/diadamulher/docs/cartilha_violencia_domestica.pdf>. Acesso em: 05 de setembro de 2020.

PORTO, Madge; COSTA, Francisco Pereira. **Lei Maria da Penha**: as representações do judiciário sobre a violência contra as mulheres. **Estudos de Psicologia**. Campinas, vol. 4, nº 27, p. 479-489. outubro - dezembro 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 70084209956. Apelante: R.R.S. Apelado: Ministério Público. Relator: Desembargador Luiz Mello Guimarães. Porto Alegre, RS, 27 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&conteudo_busca=ementa_completa**>. Acesso em: 05 de setembro de 2020.**

RUIZ, Ivan Aparecido; PINTO, Tatiana Coutinho Pitta. **"Dormindo com o inimigo**: da violência psíquica contra a mulher e sua proteção insuficiente na ordem jurídica brasileira." Revista Jurídica Unicuritiba. v. 2, n. 29, pg 285-307. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/524/408>. Acesso em: 05 de setembro de 2020.

SCOTT, Joan. **Gênero: Uma categoria útil para análise histórica.** Trad. Christine Rufino Dabat e Maria Betânia Ávila, 1989.

SILVA, Luciane Lemos da; COELHO, Elza Berger Salema; CAPONI, Sandra Noemi Cucurullo de. Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. **Interface (Botucatu**), Botucatu, v. 11, n. 21, p. 93-103, abr., 2007.

SOUSA, Ane karine Alkmim de; NOGUEIRA, Denismar Alves; GRADIM, Clicia Valim Cortês; Perfil da violência doméstica e familiar contra mulher em um município de Minas Gerais, Brasil. Cad. **Rev.Saúde.** Rio de Janeiro/RJ. 2013.

SOUZA, Hugo Leonardo de; CASSAB, Latif Antônia. Feridas que não se curam: A violência psicológica cometida à mulher pelo companheiro**. Anais do I Simpósio sobre Estudos de Gênero e Políticas Públicas, Universidade Estadual de Londrina -Gênero e Violência**, 2010.

TAVARES, Fabricio André. **Das lagrimas a esperança: o processo de fortalecimento das mulheres em situação de violência doméstica**. Porto Alegre, 2008.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015:** homicídio de mulheres no Brasil. Brasil: FLACSO, 2015.

XAVIER, Luciana Pedroso, PUGLIESE, William Soares. A tutela específica de danos psicológicos pela via de decisões estruturais. **Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2018, vol.10, n. 18, p. 255-277.

4

Violência doméstica e familiar contra a mulher

Ana Paula Coelho Abreu dos Santos [1]
Guilherme Witeck [2]

Introdução

O presente artigo tem como objetivo a discussão a cerca da violência contra a mulher em âmbito doméstico e familiar, em que é amparada pela Lei n 11.340/2006. Para tanto será desenvolvido os aspectos históricos os quais inseriram as mulheres na luta por direitos em diferentes épocas. Sua inserção em movimentos sociais trouxe visibilidade a variadas questões, como o sufrágio feminino, a redemocratização em períodos ditatoriais, bem como deu notoriedade a estrutura social e cultural as quais desfavoreceram as mulheres em detrimento dos homens, dando vazão as mais variadas formas de violência, problemática esta que ainda é recorrente.

Nesse sentido, serão analisados os atores da violência contra a mulher, ou seja, institucionalmente, seja pelo próprio Estado, que por tempos fora resistente em fornecer proteção às mulheres em situação de violência,

[1] Graduada da Faculdade de Direito na Universidade de Passo Fundo. Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Faculdade Damásio Educacional. Mestranda pela Faculdade Meridional – IMED. Advogada inscrita na OAB/RS 110.192. E-mail: anapcas@gmail.com

[2] Graduado da Faculdade de Direito na Universidade de Passo Fundo. Pós- Graduando em advocacia extrajudicial e Direito Empresarial pela Faculdade Legale. E-mail: g.witeck@gmail.com.

* Artigo publicado no ano de 2016, no XIII Seminário Internacional – Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea e IV Mostra Internacional de Trabalhos Científicos, da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

em que a Lei n. 11.340/2006 é fruto da negligência do Brasil ante o assunto; ou pela própria família, sua estrutura social e psicológica as quais subjugam a mulher.

Por fim, será feito o estudo das políticas públicas de uma forma geral e específica, ou seja, como é compreendida a sua estruturação e como está inserida na Lei 11.340/2006. A importância das políticas públicas relacionadas ao atendimento às mulheres em situação de violência, bem como para difundir o assunto e sua reflexão na sociedade, é imprescindível para o sucesso dessa Lei, cujo caráter é transdisciplinar (social, preventivo e assistencialista). Nesse sentido, o presente estudo basear-se-á no método dedutivo, com a utilização de referências bibliográficas.

1 Movimento feminista e o advento da Lei Maria da Penha

A Revolução Industrial, que compreende o período de 1760 a 1825, foi um fator decisivo para a transformação da vida social da Grã-Bretanha, determinando o aparecimento de grandes centros industriais, particularmente no norte da Inglaterra e da Escócia. (BEER, 2006)

Os movimentos sociais, nesse contexto apresentado, faziam parte de uma realidade social que se compunha, ou seja, a industrialização, a consolidação do capitalismo e, como consequência, uma sociedade cunhada na divisão de classes.

Segundo leciona Max Beer (2006), no ano de 1837, surgiu o *cartismo*, um movimento de massas que legou ao proletariado inglês um vasto sistema de cooperativas, fortes sindicatos e um vigoroso espírito internacionalista.

No ano de 1848, ocorreu um dos episódios mais expoentes da história, a publicação do Manifesto Comunista, o qual questionava os padrões e as formas da ordem capitalista-imperialista. Partindo-se da análise das relações de produção do sistema capitalista, entende-se, nesse quadro, a condição da mulher como parte das relações de exploração da sociedade de classes. (ALVES; PITANGUY,1988)

Nesse sentido, percebe-se drásticas mudanças estruturais, como a crescente introdução da mão de obra feminina no mercado de trabalho, a saída da mulher da limitada esfera doméstica e sua inserção nas relações de produção do sistema capitalista, que, para crescer, explorava a sua força produtiva.

Nesse prisma, o século XIX traçou duas linhas fundamentais para o movimento feminista, quais sejam a busca por cidadania e o combate às condições degradantes de trabalho. A primeira é representada pelo sufragismo, ou seja, pelo direito de fazer parte das decisões políticas mediante o voto. A segunda foi uma consequência da inserção da mulher nas indústrias, fábricas e outros meios de produção, que trouxeram a necessidade de a mulher tornar públicas suas reivindicações junto à classe trabalhadora. (ALVES; PITANGUY, 1988)

Todavia, o século XIX ainda era marcado por códigos de conduta que visavam normatizar o comportamento feminino. O argumento utilizado para justificar a barreira imposta às mulheres no que concerne à convivência política e social foi sustentado pela diferenciação biológica, traduzido no ideal de domesticidade. Ou seja, "aos homens, o cérebro (muito mais importante que o falo), a inteligência, a razão lúcida, a capacidade de decisão. Às mulheres, o coração, a sensibilidade, os sentimentos". (COSTA; D'OLIVEIRA, 2012, p.77)

No século XX, os movimentos feministas ganham força, questionando os papéis sociais empregados aos gêneros. Nesse interim, a obra *O Segundo Sexo,* de Simone de Beauvoir, ganhou destaque ao questionar as ideologias que insistiam em atribuir aos gêneros um caráter fatalista. Nesse prisma, a autora, em sua obra, questiona: *o que é uma mulher?* Em resposta, afirma que a identidade da mulher não é algo fatalista, naturalista, e destaca que o *ser mulher* é, na verdade, uma construção social. (COSTA; D'OLIVEIRA, 2012)

Nessa esteira, a fragilidade social, política e doméstica empregada ao papel do feminino passou a sofrer fortes questionamentos e tensões. Nas décadas de 1960 e 1970, os movimentos feministas despontam nos Estados

Unidos e na Europa, alcançando um *status* de movimento de massa. Sendo assim, a noção de gênero nas relações de homens e mulheres em sociedade revelam as características assumidas pelo masculino e pelo feminino em diversas culturas, ou seja, o gênero deixa de ser visto como algo biológico, mas como fruto das relações sociais e culturais. (PRÁ, 2008)

Mundialmente, o feminismo, nas décadas de 1960 e 1970, já era percebido como movimento de massas, trazendo à esfera pública as reivindicações e denúncias das mulheres. No entanto, o Brasil e a América Latina viviam em um forte período ditatorial.

O movimento feminista foi gestado no Brasil sob experiência da ditadura militar. Essas mulheres faziam forte oposição ao autoritarismo político. O caráter de tortura que a mulher sofria era muito específico. Sua sexualidade era atacada, com estupros e outras agressões, e sua maternidade era explorada, eis que o vínculo com seus filhos constituía-se como elemento manipulador. (SARTI, 2004)

No governo Geisel e mais fortemente no governo Figueiredo, o Brasil vivia um momento de luta pela reabertura democrática. Algumas formas de pensar a opressão política foram instauradas, e a condição e a posição da mulher na sociedade entraram, de forma insipiente, nesses movimentos feministas nacionais. O movimento de mulheres ganhou maior amplitude, junto com o processo de redemocratização do país, com atenção voltada à lei da anistia. O desenvolvimento do feminismo avançava conforme o avanço dos espaços democráticos que iam se abrindo no período. (LAVIGNE, 2009)

Os movimentos de mulheres, na década de 1980, obtiveram grandes conquistas e começaram a instalar e organizar os primeiros SOS-Mulher, como alternativa não governamental à indiferença e ao preconceito presentes no atendimento policial às mulheres vítimas de violência. A delegacia da mulher, uma invenção brasileira, foi, então, criada em São Paulo, como resultado desses movimentos, que evidenciavam grande descaso e preconceito por parte das instituições. (HERMANN, 2008)

Outra conquista que proporcionou uma maior tensão nacional foi a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, da qual o Brasil foi signatário. Essa Convenção, até ser assinada, no ano de 1984, passou por longo período de análise e tramitação junto ao Congresso Nacional, eis que tema do Decreto Legislativo n. 107, de 6 de junho de 2002. O Presidente da República consolidou esse tratado por meio do Decreto Presidencial n.4.316, em 30 de julho do mesmo ano.

O Brasil apresentou reservas acerca desse tratado nos respectivos artigos 15, §4º, e 16, §1º, alíneas 'a', 'c', 'g' e 'h' da Convenção. O artigo15 assegura a homens e mulheres o direito de livremente escolher seu domicílio e residência.[3] O artigo 16 estabelece a igualdade de direitos entre homens e mulheres no casamento e nas relações familiares.[4] Em 20 de novembro de 1994, o governo brasileiro notificou o Secretário Geral das Nações Unidas acerca da eliminação das aludidas reservas.

Nesse mesmo sentido, na década de 1980, a mobilização feminista na luta por igualdade, denunciando a opressão física, cultural e psicológica sofrida pela mulher, dentro de uma sociedade extremamente patriarcal foi questionada abertamente.

Essas reivindicações foram um importante passo para o desenvolvimento da democracia, atingindo a Constituição da República no ano de 1988, com a disposição de cláusulas pétreas que asseguram plena igualdade entre homens e mulheres, como aduz o artigo 5º, inciso I[5] e

[3] Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação a Mulher (1979), art.15, § 4º: "Os Estados-partes concederão ao homem e à mulher os mesmo direitos no que respeita à legislação relativa ao direito das pessoas, à liberdade de movimento e à liberdade de escolha de residência e de domicílio".

[4] Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979), art. 16, §1º - "Os Estados-partes adotarão todas as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher em todos os assuntos relativos ao casamento e às relações familiares e, em particular, com base na igualdade entre homens e mulheres, assegurarão: a) o mesmo direito de contrair matrimônio; [...] c) os mesmos direitos e responsabilidades durante o casamento e por ocasião de sua dissolução; [...] g) os mesmos direitos pessoais como marido e mulher, inclusive o direito de escolher o sobrenome, profissão e ocupação; [...] h) os mesmos direitos a ambos os cônjuges, em matéria de propriedade, aquisição, gestão, administração, gozo e disposição dos bens, tanto a título gratuito quanto a título oneroso. [...]".

[5]Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

conferindo proteção aos integrantes das famílias, conforme o *caput* do artigo 226, que dispõe que a família é a base da sociedade, coibindo a violência no seio desta, conforme o parágrafo 8º do mesmo artigo[6].

Todavia, conforme leciona Paulo Marco Ferreira de Lima (2013), o princípio da igualdade elencado nos termos da Constituição não deve limitar-se à igualdade meramente formal, ou seja, "deve existir o reconhecimento de identidades e circunstâncias". (LIMA, 2013 p.128)

Ou seja, o Direito, como ramo que visa à justiça nas relações sociais, tem a função de oferecer um tratamento equivalente para promover a igualdade, garantindo que todos tenham o direito de acesso à Justiça. No entanto, deve também oferecer um tratamento diferenciado, balizando suas ações para alcançar a igualdade sem que se passe por cima da subjetividade de cada ser, a qual é embasada em uma carga histórica e cultural, ou seja, deve-se levar em conta que, no caso concreto, há diferenças nos (des)privilégios econômicos, culturais históricos e sociais de cada indivíduo.

A sociedade, restringindo-se espacialmente à sociedade brasileira, reproduziu e reproduz padrões construídos socialmente. Um forte exemplo disso foi o modo como o próprio Código Penal brasileiro colocava em seu texto a expressão *mulher honesta*[7] nos crimes sexuais, sendo a mulher vista sob o ponto de vista da moral, dos bons costumes e do conservadorismo. Na concepção daquele regramento, *mulher honesta* era aquela que somente experimentaria o sexo no casamento.

Tem-se, portanto, uma situação em que o direito penal serve como um meio para regular a moral subjetiva, como instrumento para preservar os bons costumes e os padrões sociais, tais como o ideal do *dever ser*, contribuindo, inclusive, para a inversão dos papéis no caso de violência sexual, culpando a mulher e não o agressor; ou seja, se ela não se encaixasse na

[6] Art.226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §8ºO Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

[7] Art.215 do Código Penal Brasileiro previa: "Ter conjunção carnal com mulher honesta mediante fraude"; Esse dispositivo vindo a ser alterado a partir da Lei n. 11.106/2005, a redação passando a ser: "Ter conjunção carnal com mulher mediante fraude".

concepção de *mulher honesta,* deveria merecer menos proteção estatal pela violência sofrida, devido ao fato de ter, pela sua forma de ser, participação na falta incorrida.

Assim, a violência institucional contra a mulher a faz refém do descaso e do preconceito de quem deveria proteger seus direitos. Além disso, os casos de violência institucional são muitos e podem ser vistos sob diferentes olhares: o das autoridades policiais, agindo de forma a inibir a mulher na sua queixa; do Estado e de seus representantes, que demonstram esse mesmo preconceito ao formular leis para proteção, mas, na verdade, continuam reproduzindo a opressão (como no caso lei sobre crimes sexuais em cujo texto constava a expressão *mulher honesta,* no código penal); e do tratado internacional supracitado, em que o Brasil, para ser signatário, em um primeiro momento, fez diversas reservas, demonstrando sua resistência a temas referentes à mulher.

A resistência do Brasil em reconhecer direitos humanos específicos às mulheres ficou evidente. A punição do agressor de Maria da Penha ocorreu somente em 1991. Conforme narrativa de Maria Berenice Dias (2012, p.16) sobre o caso:

> Recorreu em liberdade e, um ano depois, o julgamento anulado. Levado a novo julgamento, em 1996, foi-lhe imposta a pena de dez anos e seis meses de prisão. Recorreu em liberdade e somente 19 anos e 6 meses após os fatos é que foi preso. Em 28 de outubro de 2002, foi liberado, depois de cumprir apenas dois anos de prisão. [...] O Brasil foi condenado internacionalmente, em 2001. O Relatório n. 54 da OEA, além de impor o pagamento de indenização no valor de 20 mil dólares, em favor de Maria da Penha, responsabilizou o Estado brasileiro por negligência e omissão frente à violência doméstica.

Em face da inércia do Brasil frente a esse caso, foi formalizado um pedido pelo Centro de Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA), fazendo uma petição contra o Estado brasileiro, relativa ao caso paradigmático de violência doméstica sofrido (caso Maria da Penha n. 12.051).

Sendo assim, houve o reconhecimento da omissão do Estado frente a esse caso específico. Contudo, cabe destacar a omissão de tratados dos quais o país já era signatário, demonstrando a tolerância do Estado às agressões contra as mulheres. A lei n.11.340/2006, então, não foi uma iniciativa do Estado Democrático de Direito, mas, sim, uma forma de retratação na tentativa de efetivar a prevenção, a punição e a erradicação da violência à mulher.

2 Violência doméstica e familiar contra a mulher

A violência, na perspectiva da legislação, é colocada de forma estrita. A instituição, mais precisamente na esfera penal, não utiliza em seus artigos o termo "violência" por si só, recorrendo ao uso de termos específicos. Assim, os atentados à vida humana recebem a nomenclatura de homicídio, estupro, entre outros, por exemplo, e, na esfera cível, são encontradas designações como coação e vício de vontade.

O sentido de violência é, então, colocado sob dois aspectos: as ações humanas que causam danos físicos, psicológicos a outrem e a violência como violação das normas jurídicas. Este último coloca os atores sociais em pé de igualdade, ao passo que as normas positivadas valem para a totalidade da sociedade, podendo, o não cumprimento normativo, gerar uma violência contra o próprio Estado. (MICHAUD,1989)

Já no caso contrário, pode ocorrer a violência estatal contra indivíduos, como o exemplo ocorrido com Maria da Penha Fernandes, caso em que o Brasil foi condenado pela Organização dos Estados Americanos por negligência frente ao ato de violência doméstica ao qual a agredida ficou submetida por anos, conforme aponta o relatório n. 54 da OEA de 2001. (DIAS, 2012)

A lei n.11.340/2006 trata sobre a violência no artigo 5º e incisos, artigo 6º e artigo 7º e incisos. No artigo 5º, expressa a configuração do que é a violência doméstica e familiar; o artigo 6º coloca a violência doméstica e familiar contra a mulher como forma de violação dos direitos humanos

e, por fim, o artigo 7º tece um rol exemplificativo sobre as formas de violência doméstica e familiar.

A violência doméstica contra a mulher enquadra-se nos termos da Lei Maria da Penha quando há um vínculo afetivo, doméstico e familiar entre o autor da violência e a vítima. Esse vínculo não necessariamente precisa ser biológico, podendo ser também afetivo, ou seja, ocorre quando há uma relação de convivência entre os envolvidos (BIANCHINI, 2012).

Nesses termos, de acordo com a Lei Maria da Penha, a agressão à mulher deve ser analisada em seu contexto, ou seja, se há relação doméstica/familiar e/ou a existência de uma relação íntima de afeto, conforme dispõe o artigo 5º desse regramento legal. Para a sua aplicação, deve a violência estar baseada no gênero, como aduz o art. 5º, *caput*: "Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero".

A lei destaca o quesito do gênero feminino ao entender que há uma carga cultural e histórica, reforçando o patriarcado, bem como a dominação do homem sobre a mulher, a qual tem o papel inculcado de submissão àquele, havendo uma padronização de gênero social que desprivilegia a mulher, e que, por estar calcada nas estruturas da sociedade, acaba, ainda, por refletir no comportamento dos atores sociais, com relacionamentos sendo balizados pelo fator hierarquia de um sexo em detrimento de outro.

No ano de 1948, é aprovada, na Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, na qual são definidos princípios morais e éticos que devem ser adotados por todos os países democráticos. Essa Declaração foi redigida com base no impacto das atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, pelo nazismo, que se demonstrou como a forma mais evidente de barbárie contra o ser humano.

O artigo 6º da Lei Maria da Penha prevê que "a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos". Nesse sentido, cabe destacar que os direitos humanos recebem tratamento diferenciado por parte do constituinte originário e devem ser garantidos e respeitados pelo Estado. A Constituição Federal de

1988 coloca como seu fundamento, no artigo 1º, inciso III, "a dignidade da pessoa humana". Sendo assim, "devem ser respeitados e garantidos pelo Estado contra a arbitrariedade de seus próprios representantes, bem como contra as ações de outros elementos externos à sua estrutura" (HELFER; STÜRMER, 2012, p.630).

Convém notar que o ordenamento pátrio assegura e garante não somente os direitos humanos, mas, da mesma forma, os tratados internacionais. O tema dos direitos humanos começa, então, a ser considerado como um objetivo máximo a ser alcançado "pela sociedade internacional em seu conjunto, não sendo poucos os autores que o colocam como questão de *ordre public* internacional direcionada à consolidação das obrigações *erga omnes* de proteção" (MAZZUOLI, 2010, p.19).

O caráter dos tratados internacionais de direitos humanos na Carta da República está expresso no artigo 5º, parágrafo 3º, que foi acrescido pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004. Nesse sentido, o artigo coloca de forma positivada o compromisso, em nível internacional, que o Estado tem para coibir violações aos direitos do homem e do cidadão. "Todos os tratados de direitos humanos devem ter natureza constitucional, seja apenas materialmente [...] ou material e formalmente (ratificados com aprovação especial de emenda constitucional)" (DIAS, 2013, p.37).

O Brasil é signatário da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1995), que ocorreu em Belém, no Pará. Tal documento cuida, particularmente, da violência contra a mulher da América, a partir da percepção e da preocupação a respeito do alto índice de incidência e sua generalização. Essa Convenção é um contraponto para coibir toda essa incidência de violência contra a mulher das Américas.

A Lei Maria da Penha vem atender ao disposto em diversos documentos internacionais, os quais visam coibir a violência contra a mulher, tratando-a como violação da dignidade humana. Baseando-se na Declaração dos Direitos Humanos (1948), está a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Violência contra a Mulher (1979), documento que trata

da questão da (des)igualdade existente entre os sexos, tratando de forma ampla a discriminação contra a mulher, seja no lar, no mercado de trabalho, na escola.

Por fim, o artigo 7º, nos incisos da lei ora tratada, coloca um rol sobre as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher (I. Violência física; II. Violência psicológica; III. Violência sexual; IV. Violência patrimonial; V. Violência moral).

Nesse cenário, a especificidade da Lei Maria da Penha consiste não em se analisar simplesmente a relação de violência, mas, sim, a sensibilidade de seu enquadramento, pois diz respeito à prática de ato violento não por alguém estranho, mas, sim, por alguém que convive com a agredida.

Alice Bianchini (2014, p.78) elenca alguns dados que devem ser ressaltados:

> [...] as mulheres são assassinadas primordialmente no ambiente familiar, isto é, em suas casas (no domicílio), ao passo que os homens, em regra, são mortos na rua, ou seja, em razão da violência perpetrada por pessoas estranhas ao lar, sem vínculo afetivo (Mapa da Violência, 2012); ao todo, 68% das mulheres que procuraram o Sistema Único de Saúde em 2011 para tratar ferimentos disseram que o agressor estava dentro de casa. Em 60% dos casos, quem espanca ou mata é o namorado, o marido ou ex-marido.

Nesse sentido, a autora traz dados concretos, demonstrando a especificidade da violência contra a mulher, ao passo que, como demonstrado, os homicídios de mulheres, diferentemente do que ocorre com os homens, ocorrem no ambiente familiar, e as demais agressões a que ela é submetida, em grande percentual ocorrem como resultado de uma relação íntima, ou seja, namorado, marido, ex-marido, companheiro, como autores da violência a ela.

Existem diversas características comuns nos casos de violência doméstica e familiar, dentre as quais podem ser citadas o ciúmes, a necessidade de poder e o controle, ou, em outros casos, fatores externos, como bebidas alcoólicas e drogas.

Nesse sentido, Huss (2011) aponta características proeminentes e merecedoras de atenção, dentre elas, a expressão de raiva e hostilidade. Alguns fatores que contribuem para tais comportamentos são o uso de drogas e álcool, sendo associados à violência doméstica, tanto em termos de abuso crônico quanto ao uso imediatamente anterior ou durante o episódio de violência. Nas palavras de Huss (2011, p. 255), "o risco também aumenta com o uso imediato e não simplesmente com o uso crônico. Nos dias em que o perpetrador consome álcool, o risco de ele agredir sua parceira é oito vezes mais alto".

Outro fator que pode vir a culminar na expressão de raiva e hostilidade pelo perpetrador da violência é a depressão, a qual pode estar relacionada a uma demonstração de emoção aumentada, que é característica de alguns agressores, podendo apresentar tendências *boderline*, ou seja, marcadas pelo excesso de raiva ou, até mesmo, por comportamentos suicidas (HUSS, 2011).

Ainda, há a presença de dois aspectos nos relacionamentos afetivos que aumentam a violência, um deles é a gravidez. Um número considerável de mulheres começa a ser vitimizada durante a gestação. Outro fator em que se constata a violência ocorre por ocasião do término do relacionamento. O término de um relacionamento afetivo tende a ser um momento perigoso às mulheres, na medida em que seus parceiros sentem-se ameaçados pela possibilidade de mudança ou perda do relacionamento (HUSS, 2011).

Nesse sentido, a violência doméstica pode apresentar-se em diversos graus, formas e situações. O vínculo que há entre agressor e vítima pode ofuscar a tomada de consciência de até que ponto o relacionamento vem a ser uma forma patológica de envolvimento, atingindo o casal, ou, até mesmo, aqueles que testemunham as formas de violência com frequência, por exemplo, os filhos (ZIMERMAN, 2008).

Nota-se, então, a violência como um reflexo de quem está ligado ao agressor e à vítima, ou seja, os filhos, que sofrem ou presenciam as cenas de violência. Os danos psicológicos gerados às crianças durante o seu

desenvolvimento é inimaginável, ainda que nunca venham a ser vítimas diretas da mesma violência (BIANCHINI, 2014).

Quanto à mulher em situação de violência doméstica, um dos principais impactos a ela tem relação com sua autoestima. A autoestima diminuída está relacionada tanto ao abuso físico quanto ao psicológico. A violência psicológica ataca de forma direta a autoestima da vítima. A agressão emocional ocorre quando o perpetrador da violência utiliza-se da ameaça, humilhação, vindo a inferiorizar e amedrontar a mulher em situação de violência. Essa violência, mesmo vindo a ser a mais frequente, é a menos denunciada. Um dos fatores apresentados é o fato de ela não ter um diagnóstico técnico adequado, bem como a própria ciência da vítima que sofre esse tipo de violência, muitas vezes essa sendo uma predição da violência física (DIAS, 2013).

Portanto, a violência contra a mulher dá-se de forma específica, em maior proporção dentro de seus lares, enquanto a violência perpetrada contra o homem está ligada com a violência urbana. Nesse sentido, tem-se a violência contra a mulher como violação de sua dignidade humana, eis que fere sua integridade física e psicológica. As consequências de cunho emocional e/ou psicológicas de tais atos têm proporção imensurável, mas, infelizmente, são pouco identificadas. Muitas vezes, a violência física surge como resultado de tempos de ataque de sua autoestima.

3 Políticas públicas como forma de coibir a violência contra a mulher

As políticas públicas se remetem a problemas públicos, bem como a questões coletivas da *polis,* materializando-se em diretrizes, programas e projetos, a fim de atender às demandas sociais, apontando rumos e linhas estratégicas de atuação governamental (SCHMIDT, 2008). Para falar sobre a natureza das políticas públicas, cabe fazer uma análise de sua tipologia, que se divide em quatro critérios: distribuição; redistribuição; as regulatórias; e as constitutivas ou estruturadoras.

Quanto à distribuição, tem-se sua caracterização como políticas pontuais, que consistem na distribuição de recursos em regiões específicas, como, por exemplo, pavimentação e iluminação de ruas. Quanto às políticas de redistribuição, essas costumam gerar maior resistência de setores mais abastados da sociedade, pois teriam seus recursos deslocados para as camadas mais pobres, por exemplo, programas habitacionais. As políticas regulatórias são ordenamentos, ou seja, elas funcionam por meio de decretos e portarias, podendo atender tanto setores sociais quanto interesses particulares. Tem-se como exemplo o plano diretor urbano, política de uso do solo. E, por fim, as políticas constitutivas ou estruturadoras que tratam da definição dos processos da política, a criação ou modificação das instituições políticas, bem como a distribuição de bens e recursos para os diversos segmentos da sociedade, por exemplo, as emendas individuais dos parlamentares ao Orçamento da União (SHMIDT, 2008).

Nessa última tipologia caracterizada, nota-se, de forma evidente, o clientelismo presente no país, sendo que bens coletivamente produzidos são privativamente consumidos, geralmente por corporações, e os grandes grupos de interesse. Trata-se de uma forma de política emitida e encobertada pela burocracia estatal e legislativa. Assim, tal quadro deve ser criticado duramente, ao passo que se caracteriza pela apropriação privada de bens e valores públicos. Como ressalta João Pedro Schmidt (2008, p. 2315):

> O clientelismo concentrado deita raízes no sistema oligárquico do Brasil pré-moderno, estrutura-se na Era Vargas e acompanhou a modernização do país, adquirindo novas facetas sem perder a força, alimentando-se "da cumplicidade entre burocracias invisíveis, autônomas, poderosas, e núcleos de interesses integrados, de reduzida visibilidade pública".

Nesse sentido, Schmidt (2008) analisa essa problemática de bens coletivos sendo apropriados privativamente como algo enraizado na cultura do país e compreende sua estrutura como característica de um sistema oligárquico que remonta à Era Vargas e que perdura ainda hoje, mantida

pela burocracia estatal. Destaca o autor que a questão é velada, deixando a desejar pelo Poder Legislativo, em suas diversas instâncias.

Para um melhor enquadramento das políticas públicas, devem-se analisar suas fases, ou o modo como estas são tratadas pelas instituições até sua concretização. Tais políticas são divididas por Schmidt (2008) em cinco fases: percepção e definição de problemas; inserção na agenda política; formulação; implementação e avaliação.

Tem-se, na percepção e definição de problemas, a transformação de uma dificuldade em um problema político, sendo essa a primeira condição para que venha a gerar uma política. Depois, tem-se a inserção desses problemas políticos na agenda política, sendo o rol de questões relevantes debatidas pelos agentes públicos e sociais, com forte repercussão pública, como aponta Schmidt (2008, p. 2317), que aduz que "a agenda governamental é um processo constante de disputa política, que envolve governo, congresso, partidos políticos e atores sociais".

Em um terceiro momento, tem-se a formulação, caracterizando-se como a escolha de alternativas para solucionar os problemas, estabelecendo-se diretrizes, objetivos, metas, bem como a delegação de responsáveis pela concretude dessas políticas. Após essa fase de formulação, ocorre a implementação, que se configura na concretização da fase anterior, através de ações e atividades que materializem essas diretrizes formuladas anteriormente.

Por fim, depois de passar pela fase da definição – na qual dificuldades tornam-se problemas políticos, que, depois, são inseridos na agenda política de forma a pensar em alternativas para solucionar essas questões -, passa pela implementação dessas diretrizes. Desse modo, pertinente, então, avaliar todas essas fases, o que consiste no estudo dos êxitos e das falhas. No entanto, a principal característica de avaliação das estruturas dá-se por meio eleitoral, sendo insuficiente para uma prática regular e continuada das políticas. Dessa forma, ainda sob a égide dos estudos de Schmidt (2008, p.2320), ressalta-se:

> [...] o planejamento e a avaliação constante são indispensáveis, não apenas para o êxito das políticas públicas, mas do próprio exercício do poder. Um governante que não tem mecanismos apropriados de acompanhamento das ações do seu governo, capazes de detectar até que ponto sua energia política está sendo canalizada para a resolução de problemas importantes da sociedade, está fadado ao fracasso.

Nesse prisma, a fase de avaliação das estruturas até a implementação das políticas públicas é imprescindível para a eficácia destas, ao passo que é o acompanhamento e a fiscalização das ações governamentais que irão detectar até que ponto a "energia política" está em conformidade com a resolução de problemas importantes na sociedade. Os governos devem estar calcados em mecanismos apropriados para esse serviço, caso contrário, a ineficácia de suas funções é fatídica.

As políticas públicas enquadrada na lei n. 11.340/2006 prevê, em seu texto, no artigo 3º, parágrafo 1º, o compromisso do poder público de desenvolver políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres. Nesse mesmo sentido, há os artigos 8º e 9º dessa lei, que preveem políticas de coibição à violência doméstica e familiar, bem como formas de assistência a mulheres sob essa situação.

Nesse cenário, analisando-se o artigo 8º da Lei Maria da Penha, é possível perceber formas de prevenção e coibição da discriminação à mulher, como bem retrata Maria Berenice Dias (2012, p. 41):

> Entre as diretrizes das políticas públicas a serem adotadas no âmbito federal, estadual e municipal e nas ações não governamentais, destaque especial é dado aos direitos humanos femininos na esfera educacional. É determinada (art. 8º, V): a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres.

A utilização de espaços públicos, bem como o (re)arranjo de espaços privados, para a promoção de campanhas elucidativas, como forma de

prevenção à violência de gênero, conscientizando sobre a percepção da violência à mulher, desnaturalizando comportamentos que venham a oprimi-la nos diversos meios, é de grande relevância para o combate eficaz do patriarcado arraigado na sociedade, que submeteu/submete a mulher a situações que ferem seus direitos como ser partícipe de uma sociedade democrática.

Com base nisso, o artigo 8º da Lei Maria da Penha coloca que a política pública voltada para a inibição da violência contra a mulher será realizada por um conjunto articulado entre União, estados, Distrito Federal e municípios e ações não governamentais. Em conformidade com essa tratativa, ressalta Alice Bianchini (2014, p. 87):

> Na presente diretriz, preocupou-se o legislador com a comunicação entre os setores governamentais (Judiciário, Ministério Público e Defensoria) e suas interfaces com as áreas de segurança, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação, demonstrando quanto o tema é transdisciplinar.

Dessa forma, a lei traz em seu bojo a responsabilidade para o combate à violência contra a mulher de forma compartilhada, ou seja, há uma parceria entre Estado-sociedade, sendo esse um fator essencial para o sucesso da coibição da violência de gênero, não só verticalmente, mas, também, de forma horizontal.

Nesse sentido, as políticas públicas têm um papel importante para a aplicação dos mecanismos da Lei Maria da Penha, ao passo que o conjunto de ações é que produzirá efeitos a um longo prazo, por intermédio de políticas educacionais para estudos de gênero, para a desconstrução das formas de opressão arraigadas nas estruturas da sociedade, ou seja, de uma maior conscientização social e, com esta, a busca por uma maior igualdade entre os gêneros de forma efetiva.

Ainda, tomando-se o artigo 8º da Lei Maria da Penha como base, cabe elencar a tratativa prevista em seu inciso VII, o qual prevê a capacitação permanente das polícias civil e militar, da guarda municipal, do corpo de

bombeiros e dos profissionais pertencentes aos órgãos e às áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação, como forma de garantir que as mulheres submetidas à violência doméstica e familiar, ao recorrer a essas instâncias, não venham a sofrer juízos de valor que impeçam o acolhimento e o atendimento qualificados necessários (BIANCHINNI, 2014).

Ainda, com relação à eficácia das políticas públicas, o artigo 8º, em seu inciso IV, dispõe que a coibição da violência contra a mulher dar-se-á através das seguintes diretrizes: "a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher". Nota-se que há uma falha quanto à avaliação das estruturas de implementação, pois não há acompanhamento ou fiscalização dessas políticas de combate à violência doméstica e familiar à mulher, tornando-as deficitária.

Destaca, sobre a temática, Leda Maria Hermann (2008, p.131):

> A carência mais importante, historicamente, tem sido a falta de capacitação específica dos agentes. As academias de polícia, responsáveis pela preparação e formação de todos os policiais que ingressam na carreira, não incluem qualquer tipo de abordagem específica sobre violência de gênero. Até o advento da Lei Maria da Penha nenhuma legislação dispôs sobre formação ou capacitação de policiais titulares dessas delegacias. As iniciativas isoladas neste sentido têm sido comumente impulsionadas pelo interesse pessoal de delegadas e outros agentes, em parceria com entidades não-governamentais atuantes no combate contra a violência à mulher.

Quanto aos mecanismos assistenciais previstos no artigo 9º da Lei Maria da Penha, no que concerne às formas de atender as mulheres em situação de violência doméstica e familiar, destacam-se as políticas públicas de proteção no âmbito da assistência social, saúde, segurança, bem como a proteção no trabalho.

Nesse prisma, as políticas referentes à assistência social são um mecanismo implementado na Lei 11.340/2006, que visa garantir que

mulheres de baixa renda em situação de violência doméstica e familiar recebam apoio financeiro do governo, possibilitando-lhe a ruptura com possível vínculo econômico com o agressor (BIANCHINI, 2014).

No que tangem às políticas para a proteção da saúde da mulher submetida à violência doméstica e familiar, no §3º do artigo 9º da Lei ora em análise, faz-se alusão especial ao caso de mulheres sujeitas à violência sexual, pois esse tipo de violência pode causar, além de danos psicológicos, um risco físico decorrente de gravidez ou de doenças sexualmente transmissíveis. (BIANCHINI, 2014)

No § 2º, do artigo 9º, a Lei Maria da Penha contempla a proteção no trabalho, estando, no inciso II, prevista "a manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses". No entanto, demonstra-se uma questão controversa pelo fato de não haver qualquer referência à manutenção do pagamento do salário, não especificando quem arcaria com o ônus no caso de continuar a mulher a receber no período de afastamento, se o empregador ou a previdência social.

Nota-se, então, uma lacuna quanto a essa questão, pois a privação do recebimento de salário da mulher em situação de violência doméstica e familiar aumentaria ainda mais o seu estado de vulnerabilidade, o que iria de encontro ao que prevê o artigo 226, parágrafo 8º, da Constituição Federal, que dispõe: "o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integra, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações".

Devem-se levar em conta os atores envolvidos no contexto de violência doméstica e familiar, os quais têm, com a vítima, um laço afetivo (pais e filhas, irmãos, namorados, cônjuges), ou seja, não basta que esse tipo de violência seja visto como mera natureza criminal e que receba tão somente ações coercitivas do Estado. Deve haver uma sensibilização com a situação daquelas que recorrem aos espaços de atendimento, para que não venham a sofrer uma segunda violência, fruto do despreparo dos órgãos que devem prestá-las proteção.

Portanto, as diretrizes colocadas na lei n.11.340/2006, o compromisso de ações articuladas entre União, Estados, Municípios e órgãos não governamentais ao combate da violência contra a mulher, devem estar em constante processo de avaliação e fiscalização. Deve ocorrer um trabalho contínuo para a desconstrução de culturas que visem à opressão à mulher, desde programas e campanhas educacionais, bem como a coibição da violação da dignidade da mulher.

Conclusão

Este artigo voltou-se a suscitar o debate sobre a violência contra a mulher, partindo-se do pressuposto da organização das mulheres nos movimentos sociais, nos mais variados momentos históricos, em nível nacional e internacional. Nesse sentido, a consciência da mulher partícipe dos meios de produção da sociedade foi culminante para a mudança estrutural, ou seja, sua mão de obra, como parte dos meios de produção social, não mais estará limitada à seara doméstica e familiar, mas será partícipe de uma sociedade que desenvolvia-se econômica, democrática e culturalmente.

Todavia, a participação da mulher nos meios sociais sempre teve resistência dos entes públicos. Tais resistências ficam ainda mais evidentes quando relacionadas às garantias de proteção de sua dignidade, frente a violências que essas eram sujeitas. Nesse universo, contudo, o Brasil tem uma cultura histórica de omissão relacionada à problemática das mulheres, colocando a questão em um segundo plano. No ano de 2001, foi sujeito a uma condenação por parte da OEA, por negligência ao caso de Maria da Penha Fernandes, a qual deu nome à lei 11.340/2006, instrumento jurídico que serve como mecanismo de proteção da dignidade da mulher frente à violência a qual é sujeita em seu lar, em suas relações afetivas.

As Convenções para Prevenir Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1980) e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1995) foram eventos que ajudaram a firmar, em nível internacional, a violência contra a mulher como forma de violação dos Direitos Humanos, servindo de base à própria Lei Maria da Penha, como indica o Art.1º dessa.

As diretrizes colocadas na lei n. 11.340/2006 preveem ações articuladas entre União, estados, municípios e órgãos não governamentais ao combate da violência contra a mulher, as quais devem estar em constante processo de avaliação e fiscalização de seus mecanismos. Assim, deve ocorrer um trabalho contínuo para a desconstrução de culturas que visem à opressão à mulher, desde programas e campanhas educacionais, bem como a coibição da violação da dignidade da mulher.

Nesse prisma, aferiu-se sobre a relevância das políticas públicas para a aplicação dos mecanismos da lei n.11.340/2006, sendo que o artigo 8º dispõe que a política pública voltada para a inibição da violência contra a mulher será realizada por um conjunto articulado entre União, estados, Distrito Federal e municípios, além de ações não governamentais e, também, mecanismos assistenciais previstos no artigo 9º, como forma de atender às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Destacaram-se as políticas públicas de proteção no âmbito da assistência social, saúde, segurança, bem como a proteção no trabalho.

Resta evidente, portanto, que é de extrema importância destacar o caráter transdisciplinar da lei em questão, ao passo que a psicologia, a assistência social e a educação, como um todo, também são searas que devem andar de mãos dadas com o Direito, para atender aos casos de violência contra a mulher em ambiente doméstico e familiar, a fim de dar plenitude às garantias de seus direitos como pessoa humana.

Sendo assim, as políticas públicas têm um papel importante para a aplicação dos mecanismos da Lei Maria da Penha, ao passo que o conjunto de ações é que produzirá efeitos a um longo prazo, por intermédio de políticas educacionais para estudos de gênero, para a desconstrução das

formas de opressão arraigadas nas estruturas da sociedade, ou seja, a partir de uma maior conscientização social e, com esta, da busca por uma maior igualdade entre os gêneros de forma efetiva.

Referências

ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jaqueline. *O que é feminismo*. São Paulo – Brasiliense, 1998.

BEER, Max. *História do Socialismo e das Lutas Sociais*. São Paulo – Editora Expressão Popular,2006.

BIANCHINI, Alice. Lei Maria da Penha. São Paulo – Editora Saraiva, 2014.

BRASIL, Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 27 de abril de 2015.

BRASIL, Decreto Presidencial n. 4.316, de 30 de julho de 2002. Congresso Nacional. Brasília – DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4316.htm>Acesso em: 27 de abril de 2015.

BRASIL, Lei n. 11.106/2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2011.106%2C%20DE%2028,Altera%20os%20arts.&text=231%2DA%20ao%20Decreto%2DLei,Art.> Acesso em: 27 de abril de 2015.

BRASIL, Lei n. 11.340/2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 27 de abril de 2015.

BRASIL. Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em: 27 de abril de 2015.

CUNHA, José Ricardo. *Direitos Humanos e Poder Judiciário no Brasil – Federalização. Lei Maria da Penha e Juizados Especiais Federais*. Rio de Janeiro – FGV, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha – A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo – Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GONÇALVES, Andréa Lisly. *História & gênero*. Belo Horizonte – Editora Autêntica, 2006.

GORCZEVSKI, Clovis. *Direitos Humanos e Participação Política*. Vol. III. Porto Alegre - Editora Imprensa Livre, 2012.

GUERRA, Viviane N. de A.; AZEVEDO, Maria Amélia. *Infância e violência Doméstica: Fronteiras do Conhecimento*. São Paulo – Cortez Editora, 2009.

HERMANN, Leda Maria. *Lei Maria da Penha: violência doméstica e familiar: considerações a Lei 11.340/2006*. São Paulo - Editora Servanda, 2008.

HUSS, Matthew T. *Psicologia Forense: Pesquisa, prática e aplicações*. Porto Alegre – Artmed, 2011.

LIMA, Paulo Marco Ferreira. *Violência contra a mulher*. São Paulo - Editora Atlas S.A., 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MICHAUD, Yves. *A violência*. São Paulo: Editora Ática, 1989.

OEA. Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Relatório n. 54 de 4 de abril de 2001 da Organização Estados Americanos. Disponível em : <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf> Acesso em: 27 de abril de 2015.

PRÁ, Jussara Reis. Cidadania e feminismo no reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. Porto Alegre: UFRGS, 2012.

REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Sociais e Políticas: Desafios Contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Editora EDUNISC, 2008a.

_____, Jorge Renato dos; _____, Rogério Gesta. *Direitos Sociais e Políticas: Desafios Contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Editora EDUNISC, 2010b.

SARTI, Cynthia Andersen. *O Feminismo Brasileiro desde os anos 1970: Revisitando uma trajetória.* Florianópolis: UFSC, 2004

SCHERER-WARREN, Ilse. *O caráter dos novos movimentos sociais*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica*. Campinas: Editora Millenium, 2008.

5

A contribuição do feminismo na garantia dos direitos fundamentais da mulher e no combate à violência de gênero na internet

Ana Paula Zarth [1]
Lenise da Silva Zanato [2]

Introdução

Os movimentos feministas surgiram no século XIX em busca da luta pela ampliação dos direitos individuais e coletivos da mulher. Após uma estruturação histórica as mulheres passaram a organizar-se em movimentos, com a finalidade de suas demandas tornarem-se mais robustas perante a sociedade. Mesmo diante de diversas dificuldades, as mulheres enfrentaram a sociedade que pertenciam, conquistando pouco a pouco a efetivação e positivação de seus direitos, conquistando seu direito a voto, direito a representação política e sobretudo, direito de igualdade entre homens e mulheres. Diversos documentos e organizações surgiram ao longo da história como forma de ratificação destes direitos, tendo como principais destaques as proteções no tocante ao direito à sua não discriminação e seu direito de igualdade entre homens e mulheres.

Entretanto, mesmo estas positivações tendo representado um grande avanço, algumas discriminações e formas de violência contra a mulher ainda permeiam a sociedade. A forma como ocorre a violência de gênero

[1] Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional – IMED.

[2] Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional – IMED.

na internet é o resultado de um conjunto de fatores históricos que levaram a construção deste estereótipo de comportamento adequado exigido pela sociedade, e acaba afetando as mulheres tanto em suas relações sociais quanto na garantia de seus direitos fundamentais.

A presente pesquisa está estruturada em duas partes, tendo a primeira o intuito de apresentar as conquistas das lutas feministas na positivação e garantia de seus direitos, bem como, apresentar fatores históricos que ratificam estereótipos de gênero que afetam as principais formas de violência de gênero na internet.

Na segunda parte, apresenta-se a conceituação de violência de gênero no Brasil em especial ao "*revenge porn*", analisando dados disponibilizados pela plataforma *safernet* Brasil sobre violência na internet e algumas decisões jurisprudenciais que demonstram as principais dificuldades das mulheres em buscar a reparação de seu dano causados por violências na internet. Para desenvolver a análise foi utilizado o método dedutivo, o procedimento foi o monográfico empregando a técnica de documentação indireta por meio da pesquisa bibliográfica, principalmente em ambientes online que versam sobre a discriminação de gênero na internet, análise de dados e análise de jurisprudências.

Em suma conclui-se que o movimento feminista contribuiu para uma efetiva positivação dos direitos e garantias da mulher na legislação brasileira e por meio de iniciativas privadas contribui para o combate à violência de gênero na internet, entretanto, diante do grande número de casos de violência ainda reportados, se faz de grande relevância a contínua implementação de ferramentas e canais disponibilizados às mulheres para garantir a redução da violência de gênero na internet no país.

1. A contribuição do feminismo na garantia dos direitos fundamentais da mulher

Tão complexo quanto conhecido nos dias de hoje, o termo feminismo "foi primeiro empregado nos Estados Unidos por volta de 1911, quando

escritores começaram a usá-lo no lugar das expressões utilizadas no século XIX" (GARCIA, 2001, p. 13), tratando-se de uma nova forma de manifestação social que atendeu as demandas das mulheres na luta por seus direitos individuais e coletivos.

> O feminismo pode ser definido como a tomada de consciência das mulheres como coletivo humano, da opressão, dominação e exploração de que foram e são objeto por parte do coletivo de homens no seio do patriarcado sob suas diferentes fases históricas, que as move em busca da liberdade de seu sexo e de todas as transformações da sociedade que sejam necessárias para este fim. Partindo desse princípio, o feminismo se articula como filosofia política e, ao mesmo tempo, como movimento social. (GARCIA, 2001, p. 13).

Em sua estruturação o feminismo foi de encontro às formas de organizações tradicionais, imbuído pela assimetria e pelo autoritarismo, deixando de se impor a todas as militantes de forma centralizada (ALVES; PITANGUY, 1991, p. 08). Diante disso, notam-se diversas vertentes e linhas feministas, cada um com uma pauta própria e diversificada, atendendo suas necessidades distintivas. Para compreender o surgimento do feminismo, se faz necessária uma reconstrução histórica do que levou as mulheres a organizarem-se na forma de movimento.

Desde a antiguidade as mulheres foram desconsideradas pela história, tendo pouquíssimas obras atribuídas a elas, deixando uma lacuna quanto aos seus pensamentos e ações (SCRUPP, 2019, p. 6). "Ao afirmar que 'os Deuses' criaram a mulher para as funções doméstica e 'o homem para todas as outras' Xenofonte, no século IV a.C., exprimia um tipo de argumentação que ainda hoje demarca espaços para os sexos. (ALVES; PITANGUY, 1991, p. 12). A concepção de que as mulheres naturalmente existiam para servir e cuidar da subsistência dos homens, bem como para a reprodução, é algo que permeia a civilização desde o seu início.

Na idade média, com forte influência do cristianismo, aumentou ainda mais a percepção da mulher como hierarquicamente inferior ao homem, podendo ser identificada como uma espécie de propriedade do homem nos textos bíblicos, inclusive nos 10 mandamentos onde coloca-se

a regra de não se desejar a mulher que pertence ao próximo e como responsável por todo o mal da humanidade na figura de Eva. "Esse estigma de Eva, que se propaga por todo o sexo feminino, vem a se traduzir na perseguição implacável ao corpo da mulher, tido como fonte de malefício" (ALVES; PINTAGUY, 1991, p. 20). Toda essa demonização da mulher levaria a um dos períodos mais árduos vivido pelas mulheres na idade média: a chamada "caça às bruxas".

Sendo um dos principais ataques já realizados pelo homem contra a mulher, a caça às bruxas se tratou de "um verdadeiro genocídio perpetrado contra o sexo feminino na Europa e nas Américas, que se iniciou na Idade Média, exacerbando-se no século XVI" (ALVES; PINTAGUY, 1991, p. 21). Acusadas de bruxaria, em sua grande maioria camponesas, eram julgadas por acontecimentos ocorridos havia várias décadas e a prática da bruxaria foi caracterizada como um crime punível inclusive na ausência de qualquer dano comprovado a pessoas e coisas (FEDERICI, 2017, p. 306). Restou clara a existência de uma motivação oculta nesta grande investida do estado em relação às mulheres.

> Se considerarmos o contexto histórico no qual se produziu a caça às bruxas, o gênero e a classe das acusadas, bem como os efeitos da perseguição, podemos concluir que a caça às bruxas na Europa foi um ataque à resistência que as mulheres apresentaram contra a difusão das relações capitalistas e contra o poder que obtiveram em virtude de sua sexualidade, de seu controle sobre a reprodução e de sua capacidade de cura (FEDERICI, 2017, p. 305).

Como resultado deste genocídio, as mulheres passaram a ser vistas como inferiores e impuras, não apenas pelas instituições da Inquisição, mas também por intelectuais e humanistas, contribuindo para a justificação ideológica de sua desvalorização (ALVES; PITANGUY, 1991, p. 25). "Neste período foi criada uma estreita correspondência entre a imagem da mulher degradada e a imagem da feminilidade, o que efetivamente servia para justificar o controle masculino sobre as mulheres e a nova ordem patriarcal" (FEDERICI, 2017, p. 335). Surge o estereótipo das mulheres, onde

são segregadas de acordo com suas crenças e atitudes, perante a visão do estado e da sociedade.

Neste sentido "na idade moderna as concepções cristãs foram aos poucos sendo suplantadas por ideias do Estado nacional, do sistema jurídico e da ciência" (SCRUPP, 2019, p. 14), e é neste período também que a mulher acaba por ter sua atuação profissional reduzida, construindo-se toda uma teoria de desvalorização da mulher trabalhadora (ALVEZ; PITANGUY, 1991, p.26).

Despontam então as primeiras figuras femininas na luta da mulher em relação aos seus direitos civis, tendo como destaque neste marco histórico a escritora inglesa e defensora dos direitos das mulheres Mary Wollstonecraft, que escreveu em 1792 um livro intitulado "Defesa dos Direitos da Mulher", contestando primordialmente as diferenças apontadas por Rousseau como "naturais" entre homens e mulheres e evidenciando que o que tornava a mulher inferior ao homem não eram questões biológicas e sim advinda de sua restrita educação (ALVES; PITANGUY, 1991, p. 36). Nos Estados Unidos, "as mulheres, que já haviam lutado ao lado dos homens pela independência, se organizaram para abolir a escravidão. Essa atividade lhes trouxe experiência na luta civil e lhes serviu para tomar consciência de sua própria condição" (GARCIA, 2001, p. 52). Através de uma luta constante por seus direitos, mulheres trabalhadoras romperam o silêncio e projetaram suas reivindicações na esfera pública (ALVES; PITANGUY, 1991, p. 41). Estes são os primeiros passos para o surgimento do movimento sufragista:

> Destacam-se aqui duas dessas delegadas pela importância de suas ações no desenvolvimento do movimento feminista norte-americano: Lucretia Mott, fundadora da primeira sociedade feminina contra a escravidão e cuja casa utilizava como rota de fuga para os escravos, e Elizabeth Stanton, sua discípula, que se tornou a intelectual mais destacada desse movimento pela organização do encontro que culminaria na redação da Declaração de Seneca Falis ou a Declaração dos Sentimentos: texto que funda o movimento sufragista estadunidense em 1848 (GARCIA, 2001, p. 53).

A luta pelo direito ao voto universal prolongou-se nos Estados Unidos e na Inglaterra por sete décadas e, no Brasil, por quarenta anos (a contar da Constituinte de 1891), mobilizando até dois milhões de mulheres no ápice de sua campanha (ALVES; PITANGUY, 1991, p. 44). "O sufragismo foi um movimento de agitação internacional, presente em todas as sociedades industriais que tinha dois objetivos centrais: o direito ao voto e os direitos educativos" (GARCIA, 2001, p. 57). Para as teorias feministas era necessário que fossem constituídas formas de representação adequada da mulher, com a finalidade de promover uma visibilidade política destas (BUTLER, 2003, p. 18). Tal representação era indispensável na luta de conquistas às mulheres direitos de igualdade, representação política e o direito ao voto.

Durante a luta sufragista, emerge também a busca pelos direitos de igualdade das mulheres negras, marcado pelo mote do discurso de Sojourner Truth[3] durante uma convenção de mulheres em Akron, Ohio, em 1851: "Não sou eu uma mulher?", contribuindo para a campanha pelos direitos das mulheres de forma excepcional (DAVIS, 2016, p.70 – 74). Após 70 anos de luta, por meio da 19ª Emenda, em setembro de 1920, foi concedido o direito ao voto às mulheres norte americanas. A conquista pelas lutas feministas do sufrágio universal foi o início da concretização de uma série de direitos às mulheres, os quais foram positivados nos principais documentos de garantias de direitos fundamentais imbuindo o princípio da igualdade de gênero. No Brasil, a luta pelo voto feminino iniciou-se em 1910 e foi alcançado paulatinamente nos Estados, tendo sido promulgado por decreto-lei por Getúlio Vargas, no ano de 1932 (ALVES; PITANGUY, 1991, p. 48).

Nos anos seguintes à conquista do direito ao voto, foram promulgados diversos documentos que ratificavam o direito de igualdade entre homens e mulheres. "A Carta das Nações Unidas foi assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, após o término da Conferência das Nações

[3] Nascida como escrava em Nova Iorque, pregadora pentecostal, ativa abolicionista e defensora dos direitos das mulheres (GELEDES, 2014).

Unidas sobre Organização Internacional, entrando em vigor a 24 de outubro daquele mesmo ano" (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945). Em seu preâmbulo reafirma a fé nos direitos fundamentais do homem e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, positivando tanto a igualdade de oportunidades sem distinção de gênero na participação dos órgãos das Nações Unidas, quanto a cooperação internacional no progresso da educação de todos os habitantes, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião. (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945)[4]. Estes direitos foram ratificados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, que apresenta ainda a proteção contra qualquer discriminação (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948)[5].

Dez anos após a publicação destes documentos, foi assinada por 74 países a convenção mais detalhada no tocante à igualdade de gênero: a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW – 1979), sendo atribuído a este documento o "instrumento que simboliza o resultado de inúmeros avanços principiológicos, normativos e políticos construídos nas últimas décadas, em um grande esforço global de edificação de uma ordem internacional de respeito à dignidade de todo e qualquer ser humano" (ONU MULHERES, 1979, p. 15). Estas positivações contribuíram para uma mudança significativa de perspectivas quanto à relevância da diferença de gênero no projeto de ampliação do escopo dos direitos humanos das mulheres (CRENSHAW, 2002, p. 172), principalmente na positivação de Direitos Fundamentais nas Constituições Federais do mundo, incluindo a brasileira de 1988.

---

[4] "Artigo 8º: As Nações Unidas não farão restrições quanto à elegibilidade de homens e mulheres destinados a participar em qualquer caráter e em condições de igualdade em seus órgãos principais e subsidiários; Artigo 13, "b": Promover cooperação internacional nos terrenos econômico, social, cultural, educacional e sanitário e favorecer o pleno gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, por parte de todos os povos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; Artigo 76. "b": fomentar o progresso político, econômico, social e educacional dos habitantes dos territórios tutelados" (ONU, 1945).

[5] "Artigo VII: Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação" (ONU, 1948).

A Constituição Federal Brasileira tem o princípio da igualdade como norteador de seu texto, apresentando como direito e garantia fundamental a igualdade entre homens e mulheres (artigo 5º, I), sendo esta conquista fruto do Conselho Nacional da Condição da Mulher (CNDM), criado em 1984, que por meio de uma campanha nacional mobilizou a população para manifestar-se em favor da inclusão dos direitos das mulheres na nova carta constitucional. Seguindo a denominação presente na Constituição Federal, utiliza-se na presente pesquisa o termo "direitos fundamentais" (MARTINS; DIMOULIS, 2011, p. 47) que retratam o ideal liberal-burguês do século XVIII, com uma forte característica individualista e figurados como direitos de defesa, delimitando a extensão da não intervenção Estatal e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 323).

> Os direitos fundamentais integram ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização da organização do poder, a essência do Estado Constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição Formal, mas também elemento nuclear da Constituição material (SARLET, 2012, p. 58).

Os direitos fundamentais estão previstos na Constituição Federal (BRASIL,1988), tratando-se- de uma série de posições subjetivadas consideradas essenciais consideradas essenciais para todo ser humano[6]. Esta Constituição de 1988 "foi a primeira a utilizar as expressões Direitos e Garantias Fundamentais como abrangendo diversas espécies de direitos" (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 312). "A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados 'naturais' e 'inalienáveis' do indivíduo."

[6] "As expressões 'direitos humanos' e 'direitos fundamentais' são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poder-se-ia distingui-las da seguinte maneira: **direitos humanos** são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos humanos arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta" (CANOTILHO, 2003, p. 393). [grifo no original]

(CANOTILHO, 2003, p. 377). Esta positivação na Constituição se faz fundamental para garantir a proteção e efetivação dos direitos humanos abrangidos pelos direitos fundamentais[7], no sentido de extirpar quaisquer dúvidas quanto à fundamentalidade formal desses direitos[8], algo que se torna de extrema importância na garantia dos direitos de igualdade de gênero e no combate à violência de gênero em todos os sentidos, inclusive, na internet.

> As violências de gênero na internet não estão descoladas do 'mundo real'. Também estão calcadas no desrespeito em relação às decisões das mulheres e em expectativas sobre o que seria um "comportamento feminino adequado", os espaços virtuais reproduzem discriminações construídas socialmente e podem ser componentes para reforçar violências contra as mulheres como a violência sexual, quando, por exemplo, um estupro é gravado e a ameaça de divulgação do conteúdo vira chantagem para que não haja denúncia. (GALVÃO, 2020).

Mesmo diante desta consumação dos direitos fundamentais nos principais documentos legais internacionais e nacionais, um conjunto de distanciamentos ainda permeia a sociedade. A forma como ocorre a violência de gênero na internet é o resultado de um conjunto de fatores históricos que levaram a construção deste estereótipo de comportamento adequado exigido pela sociedade, e acaba afetando as mulheres tanto em suas relações sociais quanto na garantia de seus direitos fundamentais, conforme explanado no próximo item.

---

[7]Importa deixar aqui devidamente consignado o sentido que se atribui às expressões "direitos humanos", compreendidos como direitos da pessoa humana reconhecidos pela ordem jurídica internacional e com pretensão de validade universal e "direitos fundamentais", concebidos como aqueles direitos (dentre os quais se destacam os direitos humanos) reconhecidos e positivados na esfera constitucional. (SARLET, 2012, p. 251).

[8]Está previsto no parágrafo 2º, do artigo 5º da Constituição Federal que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Ainda deste sentido, por meio da Emenda Constitucional número 45, promulgada em 2004, foram incluídos no mesmo artigo os parágrafos 3º e 4º, atribuindo como equivalentes às emendas constitucionais os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros e submeteu o Brasil à jurisdição de Tribunal Penal Internacional cuja criação tenha sido manifestado adesão, visando uma aplicação dos direitos humanos internacionalmente pactuados. (BRASIL, 1988).

2. A violência de gênero na internet

A violência de gênero na internet possui uma vasta extensão de formas, entretanto, duas formas destacam-se pelo crescente número de casos reportados: a pornografia de vingança (*revenge porn*) que consiste no compartilhamento de fotos e vídeos íntimos como forma de extorsão ou com o propósito de causar humilhação à vítima e o "*cyberbullying",* que visa alastrar comentários depreciativos da pessoa na via digital (GALVÃO, 2020). Cumpre ressaltar que o *revenge porn*, com poucas exceções, afeta principalmente o sexo feminino afinal, ainda que a exposição seja de um casal heterossexual a extensão do dano à vida social da mulher é muito maior do que a do homem (VALENTE et. al., 2016, pg. 20). Esta diferença no impacto conforme o gênero pode ser considerado como um resultado de todo contexto histórico apresentado anteriormente, que constitui um julgamento moral da mulher perante a sociedade.

> Apresenta- se diante de nós o suposto paradoxo de que, em tempos de super-exposição e desvalorização da privacidade, e possivelmente de uma certa liberalização dos costumes, principalmente por adolescentes, a exibição da nudez e de cenas sexuais envolvendo mulheres ainda seja um tabu tão extremo, com o condão até mesmo de destruir vidas. A literatura que associa sexualidade a perigo, e busca entender como essa chave ainda tem lastro, ajuda a responder a esse suposto (mas falso) paradoxo: Vance, em especial, ajuda a formular essa questão ao evidenciar que as mulheres, ainda quando instadas e gozando de abertura para exercer sexualidade, são punidas por isso. (VALENTE et. al., 2016, pg. 20).

Os danos causados à vida das mulheres que sofrem esse tipo de violência na internet, repercutem por anos e acabam por deixar marcas perpétuas na vida social da mulher. "O espaço virtual é ilimitado: a distribuição do conteúdo acontece em efeito cascata e com velocidade, e o alcance que a mensagem com a violência pode atingir é grave, preocupante e, pior, difícil de controlar e ser revertido. " (GALVÃO, 2020). Um dos casos mais conhecidos é da jornalista Rose Leonel, que teve suas imagens

íntimas vazadas pelo seu ex-namorado em 2005, que mesmo não dispondo de uma das redes sociais que mais propagam informação nos dias de hoje (Whatsapp - que teve seu surgimento em 2009), cometeu o crime enviando e-mails semanais para 15 mil pessoas fotos da vítima, nomeando como "episódios" cada novo e-mail, também gravando CDs e distribuindo nos principais condomínios residenciais e no comércio da cidade da vítima.

Ainda, o réu publicou as fotos da vítima em todos os blogs de pornografia do Brasil e em outros locais, como Holanda, Portugal, Estados Unidos e Alemanha. Em entrevista, a vítima descreveu o crime como semelhante a um estupro, pois foi culpabilizada pela sociedade. (NOMURA, 2017). Na mesma reportagem, a vítima relatou que para além do julgamento de sua conduta perante a sociedade, teve dificuldade de encontrar advogados dispostos a atuar em sua defesa, tendo que buscar um advogado em São Paulo. O réu foi condenado a pagar à vítima a quantia de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) e teve sua penda de 1 ano, 11 meses e 20 dias de detenção foi substituída pela prestação de serviços comunitários, a condenação foi ratificada pelo TJ-PR:

> PENAL. APELAÇÃO. CRIMES DE INJÚRIA E DE DIFAMAÇÃO. ARTS. 139 E 140 DO CÓDIGO PENAL. AGENTE QUE POSTA E DIVULGA FOTOS ÍNTIMAS DA EX-NAMORADA NA INTERNET. IMAGENS E TEXTOS POSTADOS DE MODO A RETRATÁ-LA COMO PROSTITUTA EXPONDO-SE PARA ANGARIAR CLIENTES E PROGRAMAS. PROVA PERICIAL QUE COMPROVOU A GUARDA NO COMPUTADOR DO AGENTE, DO MATERIAL FOTOGRÁFICO E A ORIGEM DAS POSTAGENS, BEM COMO A CRIAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE BLOG COM O NOME DA VÍTIMA. CONDUTA QUE VISAVA A DESTRUIR A REPUTAÇÃO E DENEGRIR A DIGNIDADE DA VÍTIMA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO CONFIRMADA. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJ-PR - ACR: 7563673 PR 0756367-3, Relator: Lilian Romero, Data de Julgamento: 07/07/2011, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 681)

Este caso possui grande importância, pois deu início ao projeto de lei nº 5.555/13 que foi transformado na Lei 13.772/2018 que altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e o Decreto-Lei nº

2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar e para criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado. Dentre as principais alterações, destacam-se:

> Inclusão do inciso II no art. 7º da Lei Maria da Penha: a violência psicológica, entendida 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, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação. E a inclusão do capítulo "DA EXPOSIÇÃO DA INTIMIDADE SEXUAL – Registro não autorizado da intimidade sexual no código penal: Art. 216-B . Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo." (BRASIL, 2018).

Cabe ressaltar que esta positivação é um grande avanço na luta do combate à violência de gênero na internet, entretanto "as informações que se tem sobre denúncias são produzidas principalmente por organizações da sociedade civil ou instituições de pesquisa que trazem alguns indícios sobre a diversidade de ataques e gravidade do problema" (CODING RIGHTS; INTERNETLAB, 2017, pg. 12). A SaferNet Brasil que se trata de uma associação civil de direito privado, com atuação nacional fundada em 20 de dezembro de 2005, com foco na promoção e defesa dos Direitos Humanos na Internet no Brasil, em 14 anos recebeu e processou 23.134 denúncias anônimas de violência ou Discriminação Contra Mulheres. Ao analisar anualmente, nota-se que 16.048 denúncias foram realizadas no ano de 2018. Importante destacar também que do total de denúncias, 2.310

são relacionadas ao Ciberbullying e 2.426 ao sexting/exposição íntima (SAFERNET, 2020). Destaca-se a importância do fornecimento destes indicadores e dados para um efetivo mapeamento da gravidade da violência de gênero na internet no país.

De acordo com o relatório da violência de gênero da ONU, existem diversos desafios para lidar com a violência online baseada em questões de gênero, sendo elas: o reconhecimento de determinadas ações como manifestações de violência, principalmente pela banalização destas violências por acontecerem no ambiente virtual; a culpabilização da vítima, que faz com que estas sintam-se ilegitimadas para reclamar e como terceiro elemento a minimização dos danos psicológicos e a gravidade que esse tipo de violência causa às mulheres (CODING RIGHTS; INTERNETLAB, 2017, pg. 15). Em 70% dos casos, a vítima tinha um relacionamento afetivo com a pessoa que vazou os arquivos (incluindo namoro e amizade). Ao analisar as principais consequências psicológicas e sociais das vítimas, a o "projeto vazou", que tem por inciativa reunir depoimentos que ajudem a compreender como se comportam aqueles que violam a intimidade das pessoas, como ocorre o vazamento e as consequências para as vítimas, identificou que

> Ao responderem sobre o que aconteceu quando descobriram o vazamento, as três opções mais marcadas foram ansiedade (55,9%), isolamento do contato social (55,9%) e depressão (50,8%). Houve relatos de posteriores assédios em lugares públicos, pensamentos suicidas, perda de emprego e mudança de residência. Por outro lado, é de se destacar que 15,3% relataram que não se importaram com o vazamento e 8,5% aproveitaram o fato para uma ação positiva. (FRUTUOSO; MULHERES ÁGEIS).

Em outro ponto da referida coleta de dados, foi identificado que" 80% das pessoas que vazaram os arquivos são homens, o que evidencia a cultura machista presente em nossa sociedade. Em 35,5% dos casos, constata-se uma verdadeira objetificação da vítima." (FRUTUOSO; MULHERES ÁGEIS). Destaca-se aqui também uma importante questão referente às decisões judiciais acerca destes casos, como por exemplo, a

minimização dos danos por parte dos julgadores, como por exemplo, no seguinte caso, onde mesmo o programa tendo relatado sobre o vídeo e este ser identificado como da parte autora, por não ter sido citado diretamente o nome da autora, não há dano a ser reparado:

> Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS. PROGRAMA "STUDIO PAMPA". COMENTÁRIOS SOBRE VÍDEO ERÓTICO DIVULGADO NA INTERNET. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. ABUSO NÃO COMETIDO. ART. 220, CF. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. O exercício da liberdade de expressão não é absoluto, sendo inadmissíveis as manifestações abusivas que violem a privacidade das pessoas. Assim, um veículo de comunicação, ao publicar opiniões, deve ter o cuidado de não violar o direito de imagem das pessoas. Caso em que os apresentadores do programa "Studio Pampa", ao comentarem vídeo erótico publicado na internet em que são protagonistas um famoso jogador de futebol e duas mulheres, disseram que ambas eram "garotas de programa", o que não condiz com a verdade dos fatos. Embora sensacionalistas os comentários, não se tratou de difamação, porquanto o nome da autora não foi citado tampouco sua imagem divulgada, eis que o vídeo não foi reproduzido no ar. Outrossim, não é possível estabelecer facilmente uma vinculação entre a pessoa que aparece no vídeo e a demandante, uma vez que os rostos das mulheres não são identificáveis. Abuso no exercício da liberdade de expressão não cometido. Proteção do art. 220, da CF. Dever de indenizar não configurado. Improcedência mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível, Nº 70070407259, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em: 29-09-2016)

Ainda, há um outro grave problema quanto a garantia do direito de indenização pela dificuldade de comprovação da autoria do crime, como no caso abaixo, onde por não ser possível identificar a autoria do vazamento das imagens, é considerado ausente o dever de indenizar a parte autora:

> Ementa: APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRELIMINAR SUSCITADA NAS CONTRARRAZÕES REPELIDA. Hipótese em que não se verifica inépcia recursal, devendo ser conhecida a irresignação. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ENVIO DE IMAGENS ÍNTIMAS EM APLICATIVO

> (WHATSAPP) SEM AUTORIZAÇÃO DA AUTORA. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO À DEMANDADA, CONFORME PREVISTO NO ART. 21, § ÚNICO, DA LEI Nº 12.965/2014. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. No caso, não restou configurada a responsabilidade do réu, na medida em que somente responderia pela violação da intimidade somente quando "deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo", conforme previsto no art. 21 da Lei nº 12.965/2014. Assim, da leitura do artigo supra referido, extrai-se que a notificação deve preencher requisitos mínimos que garantam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade da autora. Na espécie, na notificação enviada ao WhatsApp, não se verifica a observância dos requisitos previstos no art. 21, § único, da lei nº 12.965/2014, na medida em que não há indicação de nenhum elemento que possa identificar qual o perfil da rede social pelo qual o vídeo da autora estaria sendo repassado. Ausência do dever de indenizar. Sentença de improcedência mantida. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INOCORRÊNCIA. Caso em que, além de não evidenciados quaisquer dos requisitos do artigo 80 do CPC, a conduta processual da parte autora não se afastou dos limites da ação. RECURSO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível, Nº 70082514944, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em: 18-12-2019)

No tocante ao "revenge porn" o que aparece como especialmente cruel é a forma como são retratadas às exposições do corpo feminino, "aí incluídas as próprias demandas feitas por setores do movimento feminista em torno de temas como a representação autônoma de corpos em redes sociais, e a exposição que destrói vidas" (CODING RIGHTS; INTERNETLAB, 2017, pg. 17). Do mesmo modo, os padrões de masculinidade que tornam os homens os principais autores de "revenge porn", também são os padrões que minimizam os impactos quando eles possuem uma foto íntima divulgada. "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." (GALVÃO, 2020). O machismo estrutural existente na atual sociedade torna à violência de gênero na internet muito mais ofensivas e destrutivas às mulheres do que aos homens, tornando as consequências de atos como o "revenge

porn" muito mais devastadoras à vida social, profissional e à saúde psicológica das mulheres do que dos homens.

Diversas são as iniciativas construídas por mulheres que já sofreram esse tipo de violência na internet como forma de auxiliar as vítimas, disponibilizando canais de troca de experiências, relatos de como as vítimas superaram a violência sofrida e informações úteis sobre como a vítima deve proceder e como garantir a sua proteção e seus direitos perante a justiça. O próprio livro o Corpo é o Código, tem por anexo um modelo de carta para solicitação de remoção de conteúdo íntimo ou expositivo de sites específicos, tendo sido anexado ao livro como forma de facilitar o acesso à essa informação (CODING RIGHTS; INTERNETLAB, 2017, pg. 188).

Dentre as iniciativas de combate a violência de gênero destacam-se diversos sites como o Mapa do Acolhimento: uma plataforma que conecta mulheres que sofrem ou sofreram violência de gênero a uma rede de terapeutas e advogadas dispostas a ajudá-las de forma voluntária; o Instituto Patrícia Galvão que se trata de uma organização feminista de referência nos campos dos direitos das mulheres e da comunicação; O site Assédio Online também trabalha com orientações a mulheres, com foco em casos de violência na internet, como divulgação de imagens íntimas. Parte de um projeto em diversos países da América do Sul e promovido no Brasil pela organização InternetLab, a página explica como denunciar os episódios a plataformas como Google, Facebook e Twitter e o que é importante para levar os casos à Justiça (AGÊNCIA BRASIL, 2019).

Conclusão

O movimento feminista contribuiu para a positivação dos direitos e garantias da mulher tanto no âmbito internacional quanto na Constituição Federal brasileira e nos dispositivos infraconstitucionais. Por meio de iniciativas privadas, contribui também para o combate à violência de gênero no âmbito geral e também na internet.

Cumpre destacar que diante do grande número de casos de violência reportados no país, se faz de grande relevância a contínua implementação de ferramentas e canais disponibilizados às mulheres para garantir a redução da violência de gênero no país, em especial, às violências na internet, que são permeadas por um machismo estrutural que gera impactos muito mais agressivos na vida da mulher do que na do homem, no tocando à divulgação de imagens íntimas, causando uma repercussão trágica à vida social, carreira profissional e à saúde mental de suas vítimas.

Referências

AGÊNCIA BRASIL. **Projetos online estimulam combate à violência contra a mulher**, publicado em 20 de novembro de 2019, Brasília. Disponível em: << https://agencia-brasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-11/projetos-online-estimulam-combate-violencia-contra-mulher#>>. Acesso em: 29 de maio de 2020.

ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. **O que é feminismo.** São Paulo: Primeiros Passos, 1991.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://consultoriaregisprado.com/Legisla??o comparada/Declara??o Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948.pdf>>. Acesso em 16 de maio 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>>. Acesso em: 05 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.772, de 19 de dezembro de 2018**. Altera a Lei no 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar e para criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13772.htm>>. Acesso em 24 maio de 2020.

BUTLER, Judith P. **Problemas de Gênero**: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPES, Comissão De Aperfeiçoamento De Pessoal De Nível Superior. **Dados Abertos.** Disponível em: <<https://dadosabertos.capes.gov.br/dataset/2017-a-2020-docentes-da-pos-graduacao-stricto-sensu-no-brasil>>. Acesso em 12 abr. 2020

CODING RIGHTS; INTERNETLAB. **Violências contra mulher na internet: diagnóstico, soluções e desafios. Contribuição conjunta do Brasil para a relatora especial da ONU sobre violência contra a mulher.** São Paulo, 2017

CRENSHAW, Kimberle. **Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero.** Estudos Feministas. Ano 10 vol. 1, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v10n1/11636.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

DAFLON, Verônica Toste; JÚNIOR, João Feres; CAMPOS, Luiz Augusto. Ações afirmativas raciais no ensino superior público brasileiro: um panorama analítico in **Cadernos de Pesquisa**. vol.43 nº148 São Paulo Jan./Apr. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742013000100015>>. Acesso em 17 dez. 2019.

DAVIS, Angela. **Mulheres, Raça e Classe**. São Paulo: Boitempo, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FEDERICI, Silvia. **Caliba e a bruxa:** mulheres, corpo e acumulação primitiva. São Paulo: Elefante, 2017.

FRUTUOSO, Suzane. Projeto vazou reúne depoimentos de vítimas de revenge porn. **Mulheres ágeis.** Disponível em: <http://mulheresageis.com.br/projeto-vazou-reune-depoimentos-de-vitimas-de-revenge-porn/>. Acesso em 28 de maio de 2020.

GALVÃO, Instituto Patrícia. **Violência de Gênero na Internet.** Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/violencia-de-genero-na-internet/.>. Acesso em 15 de maio de 2020.

VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; BULGARELLI, Lucas. **O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil**. InternetLab: São Paulo, 2016.

GARCIA, Carla Cristina. **Breve história do feminismo.** São Paulo: Claridade, 2011.

GELEDES. Instituto da Mulher Negra. **E não sou uma mulher? – Sojourner Truth.** Disponível em: <https://www.geledes.org.br/e-nao-sou-uma-mulher-sojourner-truth/>>. Acesso em 11 abr. 2020.

MOREIRA, Lais de Araújo. Direito e gênero: a contribuição feminista para a formação política das mulheres no processo de (re) democratização brasileiro **in Gênero e Direito.** Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito Centro de Ciências Jurídicas - Universidade Federal da Paraíba V. 5 - Nº 01 - Ano 2016, 39 pg.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **A Carta das Nações Unidas.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/>. Acesso em 11 abr. 2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em:< https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 11 abr. 2020.

NOMURA, Leandro. 'Crime na internet é ferida aberta', diz mãe sobre fotos nuas vazadas pelo ex. **Folha de São Paulo,** São Paulo, 21 de maio de 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/empreendedorsocial/minhahistoria/2017/05/1885458-crime-na-internet-e-ferida-aberta-diz-mae-sobre-fotos-nuas-vazadas-pelo-ex.shtml>. Acesso em 17 de maio de 2020.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais:** Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra, Wolters Kluwer. Coimbra, 2010.

ONU MULHERES. **Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher – CEDAW 1979.** Disponível em: <http://www.onumulheres.

org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf>. Acesso em 14 abr. 2020.

SAFERNET. **Safernet Brasil.** Disponível em: <https://new.safernet.org.br/.>. Acesso em: 28 de maio de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCAFF, Elisângela Alves da Silva; PINTO, Isabela Rahal De Rezende. **O Supremo Tribunal Federal e a garantia do direito à educação.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782016000200431&lang=pt>. Acesso em: 17 mar. 2020.

SCHRUPP, Antje. **Uma breve história do feminismo no contexto euro-americano.** São Paulo: Blucher, 2019.

TRIBUNAL REGIONAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível, Nº 70070407259, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em: 29-09-2016. **Jus Brasil,** 2016. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/528419367/apelacao-civel-ac-70074834953-rs>. Acesso em 25 de maio de 2020.

6

A construção midiática dos estereótipos que conformam a "intervenção penal estigmatizante"

Cassio Abreu de Rosa [1]
Leilane Serratina Grubba [2]
Lenise da Silva Zanato [3]

Introdução

Insegurança, violência e criminalidade são termos familiares no cenário político e na vida cotidiana. A sensação de insegurança de boa parte da população brasileira modificou atitudes, modos de vida e formas de relacionar-se com a cidade e com as pessoas. A demanda por segurança impacta no sistema político e se torna uma construção sócio-política na qual estão envolvidos muitos atores. Na sensação de insegurança incidem de forma decisiva os meios de comunicação, que narram e amplificam os atos delitivos com a clara intenção de gerar alarme entre as pessoas.

Uma vez instalada essa sensação na opinião pública, as promessas de aumento da repressão e medidas de controle se tornam atrativas, com consequências diretas em dois sentidos: o fomento ao medo coletivo e a naturalização de estereótipos tradicionais quanto ao perfil do criminoso: negro, pobre, periférico, marginal. É inegável que esses estereótipos que "naturalizam" o perfil do criminoso como aquele indivíduo proveniente de

[1] Mestrando em direito – PPGD Imed, Passo Fundo, RS.

[2] Professora do PPGD da Imed, Passo Fundo, RS.

[3] Mestranda em direito – PPGD Imed, Passo Fundo, RS.

estratos sociais inferiores, incidem não apenas no imaginário social, mas, sobretudo, na ação policial ou na aplicação da lei, naquilo que se define criminalização secundária.

A tendência da sociedade, do aparato estatal representado pelas forças policiais e demais mecanismos jurídico-penais em esperar comportamentos conforme a lei de indivíduos de estratos sociais médios e superiores e comportamentos desviantes de indivíduos de estratos inferiores é potencializada pela ação da mídia quando esta produz, faz circular, reproduz e reforça determinados estereótipos. Nesse sentido, o problema de pesquisa do presente estudo corresponde a seguinte indagação: qual o papel da mídia no agravamento de ações institucionais que cedem a esses estereótipos e que conformam a "intervenção penal estigmatizante" descrita por Vera Andrade (2003) em alusão à prisão, cujos efeitos tanto são contrários às soluções apregoadas pela mídia e o clamor popular (segurança pública) como também à função simbólica do Direito Penal (ressocialização do condenado)?

A primeira hipótese relativa a esse questionamento é que as formas pelas quais os estereótipos, compreendidos como forma de reprodução simbólica da sociedade, condicionam a definição de quais são os "tipos característicos" dos criminosos, também ditam a definição de quais são as ameaças a segurança social, em que consistem e, principalmente, como devem ser interpretadas. Nesse sentido, aos tradicionais estereótipos se somam, cada vez mais, os mecanismos de produção, circulação e reprodução de discursos sociais representados pela mídia. A segunda hipótese é que, ao condicionar a produção de sentido em torno da temática do perfil criminoso e a segurança social, a mídia abona o desenvolvimento de um clima de desconfiança e insegurança que se volta, inevitavelmente, ao reforço dos estereótipos existentes.

A terceira hipótese corresponde a ideia de que a mídia consegue eliminar os limites entre a dimensão subjetiva (percepção, sentimento de insegurança) e a dimensão objetiva/real (insegurança pessoal, individual),

alcançando maior credibilidade do que as próprias instituições sociais, entre as quais o Judiciário que, via de regra, tende a seguir a pauta dos "anseios sociais", ditada pela mídia.

A abordagem do tema do papel da mídia no agravamento de ações institucionais que cedem a estereótipos que "naturalizam" um perfil criminoso e levam à conformação da "intervenção penal estigmatizante" é justificada, inicialmente, por sua relevância e utilidade social, pela necessidade de demonstrar que a mídia, da forma com aborda ocorrências violentas, oculta outra espécie de riscos sociais, criando mitos e paradigmas relativos ao crime que afetam cognitiva e afetivamente a coletividade, transmitindo mensagens de medo, identificando a violência e delineando um perfil criminoso associado a estereótipos vinculados a indivíduos de estratos sociais inferiores, negros e socialmente segregados.

No mesmo sentido, a abordagem se justifica por sua transcendência, já que busca compreender o poder da mídia para estabelecer verdades e subjetividades sobre a questão criminal, não somente através da repetição sistemática de notícias violentas e elevação da sensação de insegurança, mas, sobretudo, através da criação de demandas artificiais de controle penal cada vez mais incisivo sobre as classes menos favorecidas, fomentando a exasperação e o descontrole do poder punitivo como solução para a criminalidade.

A metodologia do estudo é a pesquisa bibliográfica, exploratória e explicativa, para, respectivamente, familiarizar com o tema, desenvolver o problema de pesquisa através da bibliografia pertinente e avaliar as informações obtidas através da observação e da comparação dos pressupostos oferecidos pela bibliografia colhida. O método proposto é o dedutivo, porque baseado na consideração de que avaliando racional e qualitativamente os subsídios aos quais se tem acesso acerca do tema, é possível elaborar explicações e, finalmente, concluir com uma formulação consequente.

1. Estereotipos e intervenção penal estigmatizante

A criminologia crítica embasa a compreensão das ideias subjacentes à construção social do fenômeno da criminalidade através da mídia, das formas como são elaborados os discursos da criminologia midiática e como esse discurso influi na conformação da "intervenção penal estigmatizante". Ao revisar as teorias criminológicas tradicionais, a criminologia crítica demonstrou suas relatividades e parcialidades, ressaltando a desigualdade existente entre a criminalização primária, secundária e a impunidade da maioria dos delitos. Evidenciou, portanto, a debilidade das pessoas diante do sistema de justiça penal, que é fonte de abusos por parte do poder. Conforme Baratta:

> A criminologia crítica se dirigiu, sobretudo, ao processo de criminalização, individualizando nele um dos maiores nós teóricos e práticos das relações sociais de desigualdade próprias da sociedade capitalista e perseguindo, como um dos seus objetivos principais, estender de modo rigoroso a crítica do direito desigual ao campo do direito penal. (2011, p. 89).

Nesse sentido, a partir de um enfoque sociológico, o objeto de estudo da criminologia tradicional se deslocou para os mecanismos estruturais de controle social – política criminal e direito penal. O foco prioritário passou a ser os processos de criminalização, narrando a realidade do comportamento transgressor e evidenciando sua relação funcional ou disfuncional com o desenvolvimento das relações políticas e econômicas. Ou seja,

> A criminologia crítica [parte de] um enfoque materialista e é animada pela convicção de que apenas uma análise radical dos mecanismos e das funções reais do sistema penal na sociedade capitalista tardia pode permitir uma estratégia autônoma e alternativa no setor de controle social dos desvios, isto é, uma política criminal das classes atualmente subalternas. (BARATTA, 2011, p. 209).

Dessa forma, surge a defesa dos direitos humanos como o objetivo principal e como o limite do direito penal, podendo-se afirmar, em síntese,

que o principal objeto de estudo que passou a ser abordado pela criminologia crítica se refere ao controle social como problema político-estrutural. Baratta (2011), por exemplo, denuncia que as classes menos favorecidas são selecionadas negativamente pelos mecanismos de criminalização e que nos países capitalistas mais avançados, a grande maioria da população carcerária corresponde a indivíduos oriundos das camadas mais pobres, provenientes das zonas socialmente marginalizadas e correspondentes a um exército de mão de obra de reserva para o sistema de produção capitalista:

> A mesma estatística mostra, por outro lado, que mais de 80% dos delitos criminalizados nesses países são delitos contra a propriedade. Estes delitos são reações individuais e não políticas diante das contradições típicas do sistema de distribuição da riqueza e de recursos sociais próprio da sociedade capitalista. (BARATTA, 2011, p. 209).

Embora isso não signifique que os desvios e condutas criminais se concentrem efetivamente nos estratos sociais mais baixos e nos delitos contra a propriedade, Baratta (2011) expressa que a mesma criminologia liberal, com suas investigações sobre crimes de colarinho branco e crimes políticos demonstra, contrariamente, que comportamentos criminosos são visíveis em todos os grupos sociais e que a criminalidade própria da classe dominante é muito mais nociva e grave do que aquela que é efetivamente perseguida, mas goza de imunidade.

Do mesmo modo, a criminologia crítica ensina que são as leis penais que criam os delitos, não havendo condutas humanas naturalmente delitivas ou criminosas. A caracterização de determinadas condutas como delituosas é apenas uma caracterização, que incide em um processo de criminalização através do qual determinadas condutas são selecionadas para serem punidas. Os mecanismos e dispositivos utilizados para a seleção dependem do sistema político e, portanto, refletem os interesses do grupo que exerce poder na sociedade. O processo de seleção atribui e outorga determinado significado penal ao ato e, além disso, decide o que deve ser feito a respeito (seletividade penal) (BARATTA. 2011).

É importante mencionar, ao observar o olhar da criminologia crítica sobre os delitos e o controle social por parte do Estado, a importância da análise de diversas variáveis que incidem no processo delitivo e suas dinâmicas, considerando variáveis como sociedade, Estado e instituições e a forma como seu poder se exerce sobre o autor do ato delitivo. Aludindo a essas questões, Andrade pondera que uma conduta ou seu autor não são, respectivamente, criminal e criminosos em si, pois esse caráter depende de certos processos sociais de definição e de seleção que etiquetam o autor como delinquente:

> Consequentemente, não é possível estudar a criminalidade independentemente desses processos. Por isso, mais apropriado que falar da criminalidade (e do criminoso) é falar da criminalização (e do criminalizado) e esta é uma das várias maneiras de construir a realidade social. [...] Esta [é a] tese da qual provém a própria denominação do *labelling* ("etiquetamento", "rotulação"). (ANDRADE, 2003, p. 206).

Como observa Andrade (2003), os grupos sociais criam o desvio ao ditar regras a determinadas pessoas, qualificando-as de marginais (estranhos) e o desvio passa a ser uma consequência da aplicação feita das regras e sanções para o desviante, a quem se pode aplicar com êxito uma etiqueta. Ao mesmo tempo, a criminalidade se revela como o processo de interação entre a ação e a reação social que exerce um controle social altamente seletivo e desigual.

Essa forma de punição ou sanção, conforme Foucault, reconstroem o corpo humano como força produtiva submetida a um poder político e econômico exercido sobre ele.

> Podemos, indubitavelmente, estabelecer a tese geral de que em nossas sociedades se deve situar os sistemas punitivos em certa "economia política" do corpo: inclusive se não apelam a castigos violentos ou sangrentos, inclusive quando utilizam os métodos "suaves" que encarceram ou corrigem, sempre é do corpo que se trata – do corpo e de suas forças, de sua utilidade e de sua docilidade, de sua distribuição e de sua emissão.

> O corpo está também diretamente imerso em um campo político; as relações de poder operam sobre ele uma pressão imediata; o cercam, o marginalizam, o submetem a suplício, o forçam a determinados trabalhos, o obrigam a cerimônias, exigem dele sinais. (FOUCAULT, 1981, p. 23).

Nesta ideia também se inserem, alternativamente ao castigo do corpo, a vigilância e a correção, o controle social que vai além do encarceramento e seus fins, que se constituem também como o exercício de um poder múltiplo, automático e anônimo uma vez que, "se é certo que a vigilância repousa sobre indivíduos, seu funcionamento é o de um sistema de relações de cima para baixo, mas também, até certo ponto, de baixo para cima, e lateralmente". (FOUCAULT, 2009, p. 232).

Isso significa que o exercício do controle relativamente à vigilância de uns sobre outros, independentemente da posição hierárquica de cada um, é, como denomina Foucault (2009, p. 232) o de "vigilantes constantemente vigiados". Essa vigilância parte do princípio que a todo direito devem corresponder os meios para que se realizem, caso contrário seria inútil proclamar-se sua existência.

Já não se trata do castigo corporal correspondente a encerrar em uma cela o indivíduo para que permaneça oculto, mas do castigo sobre a alma, tratando-se de iluminar e tornar permanente sua visibilidade para controlar sua conduta até nos detalhes mais sutis. A visibilidade, então, como diz Foucault (2009), se converte em uma armadilha; a solidão do sujeito é sequestrada e observada em cada ponto.

A mídia, sobre a qual se pode afirmar que cada vez mais se converte em imposição de formas ideológicas que consideram que informar equivale a dirigir a opinião pública, exerce um domínio crescente sobre a sociedade. Essa questão remete à ideia esboçada por Jewkes (2004) de que a combinação de meios de comunicação e delinquência produz quatro fenômenos: 1) o medo ao delito; 2) o ódio ao delinquente; 3) a compaixão para com as vítimas e 4) a exigência de vingança e de endurecimento das penas.

Sobre esse fenômeno também se produz uma construção de relações sociais e atitudes baseadas na pretensa informação de meios privados que se convertem em empresas que criam, artificialmente, o crime como espetáculo para satisfazer os interesses mórbidos dos espectadores/leitores e, sobretudo, são espaços nos quais se encontra um mercado de alto valor econômico e político fundamentado em índices de audiência, publicidade e lucro. Tudo isso se afasta em muito do fundamento constitucional da liberdade de expressão e de informação e da livre formação da opinião pública. (JEWKES, 2004).

Para Jewkes (2004), além das consequências e prejuízos gerados pelo fenômeno do máximo benefício buscado pela mídia, o panorama se torna ainda mais obscuro quando o crime é utilizado como arma política, manipulando-se sentimentos de medo do crime e de desejo de vingança para acirrar persecuções a determinados setores sociais. Também Marília Budó assinala, no mesmo sentido:

> Nas mais diversas regiões do mundo ocidental, a mídia aparece como produtora de concepções sobre o crime e o criminoso que costuma refletir a seletividade do sistema penal. Ao mesmo tempo, há uma distância entre as notícias sobre crimes e as estatísticas de vitimização, de modo a fortalecer o estereótipo não apenas do criminoso, mas também da vítima, esta pertencendo às classes médias, altas e brancas da população, aquele proveniente das classes mais baixas, negra ou parda e jovem. Além dessa seletividade, também os tipos de crimes são distorcidos: pouco aparecem os crimes de colarinho branco.
>
> O crime de todo dia é o crime de rua, que vulnera o patrimônio individual ou a pessoa, além do tráfico de drogas. O papel das fontes na construção das notícias é destacado por grande parte dos autores nesse tema, de maneira a mostrar que a voz privilegiada da polícia costuma contribuir para a reprodução da lógica seletiva com que o próprio sistema penal atua, legitimando-o perante a população. Nessa construção, os jovens aparecem tanto como "vítimas trágicas" quanto como "monstros malvados". (BUDÓ, 2013, p. 468).

A partir de uma noção pós-modernista, considera-se que o público é composto por receptores e criadores ativos de vários significados. A mídia

perdeu suas limitações iniciais, havendo novos tipos, em maior quantidade, e nem todos pertencem à burguesia. O resultado é um pluralismo nunca visto, que desafia todas as teorias anteriores. Essa é a noção que será trabalhada no próximo capítulo.

2. A percepção de insegurança jurídica e a estigmatização midiática

Com a vasta seleção de imagens que diariamente são transmitidas de todas as partes do mundo, o valor que universalmente mais entretém é a violência. Enfocado na percepção e na interpretação dos conteúdos, o pós-modernismo compartilha as mesmas preocupações sobre o crime e a vitimização expressos pelo realismo. Por outro lado, não há dúvidas de que a mídia oferece ao espectador/leitor a sensação de que aquilo que está noticiado é a verdade, que os fatos ocorrem exatamente como são informados. Sobre a verdade afirma Foucault:

> Por "verdade", entende-se um conjunto de procedimentos regulados para a produção, a lei, a repartição, a circulação e o funcionamento dos enunciados.
> A "verdade" está circularmente ligada a sistemas de poder, que a produzem e apoiam, e a efeitos de poder que ela induz e que a reproduzem. "Regime" da verdade.
> Esse regime não é simplesmente ideológico ou superestrutural; foi uma condição de formação e desenvolvimento do capitalismo. E ele que, com algumas modificações, funciona na maior parte dos países socialistas (deixo em aberto a questão da China, que não conheço).
> O problema político essencial para o intelectual não é criticar os conteúdos ideológicos que estariam ligados à ciência ou fazer com que sua prática científica seja acompanhada por uma ideologia justa; mas saber se é possível constituir uma nova política da verdade. O problema não é mudar a "consciência" das pessoas, ou o que elas têm na cabeça, mas o regime político, econômico, institucional de produção da verdade. (FOUCAULT, 2018, p. 19).

Assim, mesmo reconhecendo-se a impossibilidade de separar a verdade do sistema de poder, visto que “a própria verdade é poder”, Foucault (2018, p. 21) apregoa a necessidade de desvincular o poder da verdade dos modos pelos quais social, econômica e culturalmente a

verdade é manipulada. O poder da mídia, nesse sentido, pode ser compreendido como exercido em nome dessa "verdade" e as considerações de Foucault são fundamentais para que se compreenda a prática efetiva de poder e controle nas sociedades contemporâneas.

Supondo que dentro de cada discurso se estruturam relações de poder que determinam quais indivíduos estão autorizados a falar e quais não, que estabelecem "regimes de verdade", Foucault (2014) argumenta que a verdade se vincula em uma relação circular com os sistemas de poder que a produzem e mantém e com os efeitos do poder que a induzem e estendem.

As pessoas que têm uma visão da questão criminal construída através dos meios de comunicação ou, dito de outro modo, se nutrem ou sofrem do que Zaffaroni (2011) denomina "criminologia midiática". A justificativa pela qual as pessoas aceitam ou estão indefesas diante da construção da realidade ditada pela mídia pode ser explicada da seguinte forma:

> A criminologia midiática sempre apela a uma criação da realidade através de informação, sub-informação e desinformação, em convergência com preconceitos e crenças e baseada em uma etiologia criminal simplista, assentada na "causalidade mágica". Esclareçamos que o mágico não é a vingança, mas a ideia de uma causalidade canalizada contra determinados grupos humanos que, nos termos da tese de René Girard, se convertem em bodes expiatórios. (ZAFFARONI, 2011).

Para Zaffaroni (2011), esta característica não se altera, mas a tecnologia comunicacional da mídia é bastante variada, indo desde o púlpito e a praça até a televisão e os meios eletrônicos, assim como variam os bodes expiatórios.

O aspecto central da versão atual da criminologia midiática provém do meio empregado: a televisão e, por isso, a mensagem, acompanhada da imposição de imagens compõe o discurso dessa criminologia. Segundo Zaffaroni:

> Os críticos mais radicais da televisão são Giovanni Sartori e Pierre Bordieu. Para o primeiro, uma comunicação por imagens sempre se refere a coisas concretas, pois essa é a única coisa que as imagens podem mostrar. Em consequência, o receptor é instado permanentemente ao pensamento concreto, o que debilita seu treinamento para o pensamento abstrato. (ZAFFARONI, 2011).

A comunicação por imagens impacta a esfera emocional, não precisa do som e não informa muito, porque prescinde do contexto – é como se vários recortes da realidade fossem apresentados isolados do todo, o que remete a uma interpretação que recorre a uma linguagem empobrecida e a conteúdos implícitos. Nesse caso, a imagem insinua muito, dando a impressão de que algo pode ser entrevisto pelo destinatário, que alimenta a sua ilusão de que é inteligente, porque "deduz" o conteúdo implícito quando, na realidade, é vítima de uma "falsidade comunicacional". (ZAFFARONI, 2011). Prosseguindo, Zaffaroni observa:

> A criminologia midiática cria a realidade de um mundo de pessoas decentes diante de uma massa de criminosos identificada através de estereótipos. Assim, configura um "eles" separado do restante da sociedade, por ser um conjunto de pessoas diferentes e más. Este "eles" perturbador se constrói por semelhanças, para o que a TV é o meio ideal, pois joga com imagens. (ZAFFARONI, 2011).

Zaffaroni (2011) ilustra que a mensagem é que o adolescente de um bairro pobre que fuma maconha ou bebe cerveja em uma esquina amanhã fará o mesmo que um homem que mata uma velhinha na saída de um banco. Em consequência, é necessário separar da sociedade todos "eles" e, se possível, eliminá-los.

> Este "eles" se constrói sobre bases simplistas, internalizadas pela força da reiteração e bombardeio de mensagens emocionais através de imagens: indignação diante de alguns fatos absurdos (não de todos, mas apenas aos dos estereotipados); impulso de vingança por identificação com a vítima (não com todas as vítimas, mas apenas com as dos estereotipados e, se possível, apenas com esse grupo, pois nesse quando se trata de uma violência intragrupal é

> considerada como própria da condição inferior dos envolvidos: se matam porque são brutos). (ZAFFARONI, 2011).

A criminologia midiática, para Zaffaroni (2011), não é empreendida contra assassinos, estupradores e psicopatas, pois estes sempre foram e serão condenados a longas penas em todo o mundo: seu objetivo é o "eles" daqueles que são semelhantes, envolvendo um grupo social jovem, adolescente, negro, pobre:

> Identificados "eles", tudo o que se fizer a eles é pouco. E mais: segundo a criminologia midiática, não se faz quase nenhum dano – tudo é generosidade, bons tratos e gastos inúteis para o Estado, que são pagos com nossos impostos. (ZAFFARONI, 2011).

O discurso implícito é o de morte e, por vezes, também explícito, quando algum desviado viola os limites da correção política (mesmo que seja rapidamente desculpado pela "explosão emocional"). (ZAFFARONI, 2011). Um exemplo claro do discurso de morte é o explicitado por Mbembe (2018), quando se refere às limitações do conceito foucaultiano de biopoder e à forma pela qual o estado de exceção e a relação de inimizade se estabelecem nas sociedades para possibilitar a necropolítica: o biopoder divide os corpos em grupos que podem viver e em grupos que devem morrer através da delimitação de diferenças biológicas que permitiriam distanciar-se eticamente do outro. Isso significa que o racismo seria uma das condições de aceitabilidade da morte e justificaria o clamor social para que o Estado exercesse a função de matar aqueles que "justificadamente devam morrer".

A criminologia midiática, para Zaffaroni (2011), expressa sua necrofilia em um vocabulário belicoso, instigando a aniquilação – que muitas vezes se concretiza por fuzilamentos perpetrados por policiais. Quando esses fuzilamentos ocorrem, são encobertos automaticamente por supostos dados do estereótipo daquele que foi morto: extensa ficha criminal, diversos antecedentes, drogado, etc. Além disso, os estereótipos justificam não

só as execuções perpetradas pela polícia, mas também a ação de esquadrões da morte, milícias, grupos paramilitares. As estatísticas em diversos países confirmam que é muito maior o número de jovens negros dos mortos pela polícia do que o número de vítimas de homicídios cometidos por esse grupo.

Tratando desse tema quanto à existência de uma distribuição seletiva da criminalidade (imunização das classes altas e criminalização das baixas), que se traduz no predomínio desproporcional de pobres nas prisões e estatísticas oficiais da criminalidade, Andrade (2003, p. 268) afirma que a seletividade revela a importância central dos estereótipos de autores e vítimas, associadas às "teorias de todos os dias", em que se pode dizer que se encaixa, à perfeição, a cobertura midiática.

> A heterogeneidade de variáveis decisórias extralegais [...] tem recebido assim uma recondução unitária e uma imagem estereotipada e preconceituosa da criminalidade que, pertencente ao *second code* da Polícia, do Ministério Público e dos juízes (assim como ao "senso comum" dos cidadãos), condiciona suas subseleções que têm por outro lado, um caráter conservador e reprodutivo da assimetrias de que, afinal, se alimentam os estereótipos. (ANDRADE, 2003, p. 269).

Contudo, Zaffaroni (2011) considera que a criminologia midiática naturaliza essas mortes e, inclusive, disfarça as execuções como se fossem decorrências de enfrentamentos entre policiais e bandidos. As mortes são apresentadas como decorrência de episódios da guerra contra o crime, nos quais o cadáver daquele que foi morto é exposto como sinal da eficiência policial, da mesma forma que são exibidos os cadáveres de inimigos mortos em guerras.

O discurso da criminologia midiática, portanto, é o da higiene social: "eles" são dejetos do corpo social e a sua morte ou encarceramento seriam produtos naturais do descarte da "sujeira" que representam, uma resposta imediata ao anseio de segurança da sociedade. Como essa resposta deve ser intolerante, seria inadmissível refletir, pois qualquer tentativa nesse

sentido seria rejeitada, estigmatizada como fraqueza ou como ação desvinculada da realidade que beneficia os bandidos e penaliza as vítimas. (ZAFFARONI, 2011).

Ainda, para o pensamento mágico da criminologia midiática, a guerra contra “eles” se choca sempre com o obstáculo dos juízes, que é seu alvo preferido quando liberam um ex-presidiário que tenha sido liberado reincide no crime. A ideia corrente nessa lógica, segundo Zaffaroni (2011), é que as garantias penais e processuais são para “nós” e não para “eles”, que não respeitam os “nossos” direitos.

Finalmente, Zaffaroni (2011) ressalta que a criminologia midiática se alimenta de notícias, mas também de filmes e séries que banalizam homicídios e reforçam a ideia de uma sociedade em guerra, que criam heróis que geralmente fazem justiça matando criminosos, transmitindo a certeza de que o mundo se divide entre bons e mais e a única solução para a criminalidade é a punição e a violência.

Na concepção de Andrade (2003), a ideia de "segurança jurídica" é o ponto de convergência que melhor sintetiza a função declarada da Dogmática Penal. Em torno dessa ideia há vários discursos cujo fio condutor deve ser reconstituído indagando onde o discurso dogmático enraíza a promessa de segurança jurídica.

> [...] o sistema a que o discurso dogmático se refere e no qual enraíza a promessa de segurança é precisamente o sistema da teoria do crime, cuja construção centraliza sua atividade metódica ao ponto de se afirmar que o paradigma dogmático transplantado para o Direito Penal serviu sobretudo para construí-la.
>
> [...] A dogmática penal pode ser lida, nesta perspectiva, como uma longa e complexa tentativa de conferir à promessa iluminista de segurança uma formulação científica, no marco de uma razão prática. (ANDRADE, 2003, p.125-128).

Andrade (2003, p. 140) prossegue distinguindo a promessa da dogmática penal da criminologia, enfatizando que a primeira circunscreve o âmbito dos direitos humanos dos cidadãos delinquentes, estabelecendo

limites à violência institucional da pena como resposta à violência individual do delito. “Trata-se, portanto, de segurança de não serem punidos arbitrária e desigualmente ou, em outras palavras, da maximização das garantias do imputado e da minimização do arbítrio punitivo”.

Por seu turno, a criminologia é uma ciência voltada para os cidadãos delinquentes (como, de certo modo, também o é a dogmática penal), mas centra-se no delinquente como pessoa – objeto de intervenção do poder punitivo e nas medidas curativas pra a sua anormalidade. (ANDRADE, 2003).

A desvinculação da dogmática penal da realidade social é um dos pontos explorados pela mídia para alimentar a ideia da insegurança social e estabelecer a percepção de que essa insegurança exige o rompimento com a criminologia científica, o que, por seu turno, dá origem à criminologia midiática.

Relativamente à ideia da percepção da insegurança social, a análise da criminologia midiática torna necessário considerar três questões que são exploradas pela mídia: o medo do crime, os fatores que alimentam a sensação de insegurança e a utilidade social, cultural e/ou política do controle social através da insegurança.

Quanto à primeira questão pode-se evocar a análise de Wacquant (2003) sobre a fórmula desenvolvida pelos Estados Unidos para normalizar a insegurança social, que trouxe um novo sentido para a noção de ajudar os pobres: a contenção punitiva oferece ajuda não aos pobres, mas dos pobres, por um lado, ao fazer com que “desapareçam” à força os menos submissos dentre os beneficiários de programas sociais e, por outro lado, ao exercer sua ação nas prisões.

Contudo, para que essa fórmula leve à normalização da insegurança social, é necessário despertar o medo do delito, descrito por Boldt (2013) como uma experiência de natureza emocional, suscitada pela possibilidade de o indivíduo vir a ser vítima de um delito.

Essa experiência resulta de uma determinada forma de processar a informação e interpretar a realidade a partir de elementos proporcionados

pelo entorno através de notícias, discursos políticos, etc. e que, em última instância, darão lugar a diversas respostas por parte dos cidadãos.

Isso significa que o medo é uma interpretação objetiva da realidade, não necessariamente proporcional à realidade subjetiva. Diariamente várias informações sobre fatos criminosos são recebidas e sobre essas informações as pessoas constroem formas de relação com o mundo. Quanto maior a cobertura midiática sobre o delito, maior o nível de medo na sociedade, o que rentável e funcional para a mídia, pois haverá demanda por novas informações sobre violência, e também para o Estado, porque será uma estratégia útil de controle social. (BOLDT, 2013).

Acerca dessa questão Wermuth assinala:

> A utilização mercadológica do medo da criminalidade e a consequente busca, por meio do recrudescimento punitivo, da "solução" para o problema, transformam os meios de comunicação de massa em agências que, na sociedade contemporânea, representam uma espécie de "privatização parcial do poder punitivo" (Batista, 2009, p. 19), responsáveis, não raro, por julgamentos que só serão posteriormente *ratificados*, pelo Judiciário, salvo nos casos em que o alarde midiático e a demonização daquele que foi escolhido na ocasião para representar a "personificação do mal" são tão incisivos que transformam o julgamento midiático em definitivo, por meio de execuções privadas, levadas a cabo por quem entrará para a história como "justiceiro". (WERMUTH, 2011, p. 51-52).

A segunda questão evocada por Boldt (2013), quanto aos fatores para que se incremente a sensação de insegurança social contempla duas explicações: (a) a evolução do número de vítimas, já que quando a quantidade de vítimas aumenta exponencialmente e há grande cobertura por parte da mídia, o sentimento de insegurança aumenta, mesmo que haja mais mortes por outras causas de menor impacto midiático, como acidentes de trânsito ou doenças; e, (b) a posição relativa, ou seja, o nível de importância atribuído a outros problemas, pois quando há uma precariedade generalizada quanto a questões como trabalho, educação e saúde, a delinquência não será o foco de interesse dos cidadãos.

Quanto à terceira questão - a utilidade social, cultural e/ou política do controle social através da insegurança -, Boldt (2013) recorda que Foucault escreveu que quando ocorreram as pestes na Idade Média, por medo do contágio as pessoas acreditavam no que o rei determinava – quarentena, com pena de morte em caso de desobediência. Os soldados vigiavam as ruas, não se podia sair à janela, entre outras medidas de segurança. O Estado exercia controle pelo medo do contágio. Dessa situação surgiram os censos populacionais.

Sobre essa questão Foucault (1981) assinala que quantos mais delinquentes existam, mais crimes existirão; quantos mais crimes haja, mais medo terá a população e quanto mais medo houver na população, mais aceitável e desejável se torna o sistema de controle policial. Isso explicaria porque nos jornais, no rádio e na televisão, em todos os países do mundo, sem nenhuma exceção, se concede tanto espaço à criminalidade como se se tratasse de uma novidade a cada dia. Prosseguindo, afirma Foucault (1981) que desde 1830, em todos os países do mundo, se desenvolveram campanhas sobre o tema do crescimento da delinquência, fato que nunca foi provado, mas essa suposta presença, esta ameaça, esse crescimento da delinquência é um fator de aceitação dos controles. Esse poder é exercido controlando a liberdade dos indivíduos, criando uma necessidade de proteção contra os outros, os maus através do uso de diversas tecnologias, primitivas e sofisticadas, sob a alegação de que servem para oferecer segurança.

Na concepção de Wermuth (2011, p. 84)), a "intervenção penal estigmatizante" parte das teorias do controle, que veem de forma pessimista a condição humana, supondo que os indivíduos são atraídos por condutas egoístas, antissociais ou delitivas, "a menos que sejam inibidos por controles sólidos e efetivos".

> O objetivo da hipertrofia do "controle" da criminalidade por meio da utilização do Direito Penal, nesse contexto, é justamente garantir a segurança daqueles que participam ativamente da sociedade de consumo, de forma a livrá-los da

> presença indesejável da pobreza, que incomoda por ser inconveniente aos desígnios do capital e que, por isso, precisa ser constantemente vigiada, controlada e, sempre que possível, punida. (WERMUTH, 2011, p. 85).

No mesmo sentido, Ferrajoli (1995) ressalta o controle da criminalidade através do Direito Penal e se refere à chamada criminalidade do poder, que classifica em: a) a criminalidade organizada abertamente inserida na ordem mundial; b) a criminalidade dos poderes econômicos; e c) a criminalidade política dos poderes públicos. Todas elas se entrelaçam e interagem.

Pode-se afirmar, tendo como base nessas definições, que por trás da mídia há grandes poderes econômicos e políticos que fazem parte da estrutura social. Por essa razão, parece difícil para o Direito Penal mover-se contrariamente a esse poder de grandes corporações, embora seja necessário fazer com que a sociedade reflita sobre o fato de que o Estado também pode cometer crimes, motivado pelo medo e a ideia de insegurança social suscitada pela mídia a partir de estereótipos que estigmatizam a corrompem a ideia da intervenção penal.

No mesmo sentido, de acordo com Andrade:

> [...] a intervenção penal estigmatizante (como a prisão), ao invés de reduzir a criminalidade ressocializando o condenado produz efeitos contrários a uma tal ressocialização, isto é, a consolidação de verdadeiras carreiras criminosas cunhadas pelo conceito de —desvio secundário‖. A pena não previne nem a prisão ressocializa.
>
> O cárcere ao invés de um método ressocializador é um fator criminógeno e de reincidência. (BARATTA, 1993. p.50-1.; ZAFFARONI, 1987. p.38.; HULSMAN, 1993. p.72.). Num sentido mais profundo, contudo, a crítica indica que a prisão não pode reduzir precisamente porque sua função real é fabricar a criminalidade e condicionar a reincidência. Daí se explica o fracasso das permanentes reformas ressocializadoras. As funções reais da prisão aparecem, assim, em uma dupla reprodução: reprodução da criminalidade (recortando formas de criminalidade das classes dominadas e excluindo a criminalidade das classes dominantes) e reprodução das relações sociais de dominação. (FOUCAULT, 1987; SANTOS, Cirino dos., 1981. p.56.)
>
> A função latente e real do sistema não é, portanto, combater e eliminar a criminalidade, mas, ao revés, geri-la ou controlá-la seletivamente. Trata-se de

> um sistema de gerência diferencial (FOUCAULT, 1987. p.82, 196.) ou controle seletivo da criminalidade. (Criminologia da reação social e crítica). Neste sentido não reage contra uma criminalidade que existe ontologicamente na sociedade independentemente da sua intervenção. Mas é um elemento constitutivo da própria construção social da criminalidade mediante a definição legal das condutas criminosas pelo Legislativo (criminalização primária), a seleção dos criminosos pela polícia e a justiça (criminalização secundária) e a estigmatização pela execução penal. (1996, p. 94-95).

Em Pavarini (2006) se encontra outro aspecto que também remete à intervenção penal estigmatizante, referente à ideia de cumprimento da função social da pena, enfatizando que várias leituras são possíveis nesse sentido: a que relaciona com a natureza das penas com o processo de civilização dentro do qual se desenvolvem as relações punitivas, o que geralmente se conhece como o paradigma de humanização do castigo e que explicaria a afirmação das penas de prisão diante do passado das penas corporais.

A função social também pode ser encontrada na produção de censura através do castigo. Nesse sentido, a constatação de Pavarini (2006, p. 23) sobre a pena que extingue sua função antes de ser efetivamente aplicada (porque gerou humilhação ou não e, neste caso, através da humilhação do que não se envergonha, impõe uma censura artificial). Desta forma, a pena abona a tese do mal-entendido terminológico segundo o qual "indolentemente usamos o termo pena para definir outra coisa".

Também nesse sentido Molina e Gomes (2012) observam que a ideia do encarceramento como solução tradicionalmente parte do convencimento cabal de que a prisão seria capaz de cumprir com a exigência de retirar do convívio social o delinquente e, ao mesmo tempo, proporcionar a sua reabilitação. Essa ideia, contudo, demonstrou ser inoperante diante dos desdobramentos da pena restritiva de liberdade, pois o regime passou por diversas crises que persistiram (muitas delas geradas pela cobertura midiática do fenômeno criminoso). Destaca-se, especialmente, a crise gerada em relação à esperada ressocialização do preso, uma vez que as

possibilidades de alcançar-se o objetivo da ressocialização foram se tornando cada vez mais escassas, na ausência de interesse em desenvolver mecanismos capazes de agir sobre o apenado de forma positiva, modificando seu comportamento e, sobretudo, garantir-lhe condições de reinserção social.

Ainda, enfatizam Molina e Gomes (2012) que o caráter indispensável de se buscar ao mesmo tempo a compatibilização da pena de restrição da liberdade não apenas ao delito punido, mas essencialmente à necessidade de ressocialização daquele que é punido, considerando que a função ressocializadora implica em um tratamento adequado aos pressupostos legais dessa medida, aos poucos vem sendo relegada a segundo plano e, normalmente, abandonada.

Ressalta também Cunha (2008) que a evolução histórica da pena de prisão foi de constante readequação e de pensamentos que levaram, de tempos em tempos, a avanços e retrocessos em relação aos direitos humanos e ao ideal de ressocialização. Mesmo que continue a ser considerada como a alternativa final à delinquência e como mecanismo punitivo por excelência, essencialmente é marcada por contradições que ressaltam a incapacidade para aperfeiçoar os condenados e retirá-los da configuração de vida em que se encontravam. Também os estigmas que permanecem no encarcerado pela sua estada no cárcere são contextos que amparam as construções estereotipadas dos criminosos por parte da mídia e dos setores mais conservadores da sociedade.

Na mesma ordem de ideias, também por isso a prisão é sede privilegiada de degradação, local no qual o apenado deve ser objeto passivo de um sofrimento humilhante. Assim, a pena jamais poderia humanizar-se, simplesmente porque o limite dessa humanização seria dado pela necessidade de produzir certos efeitos físicos, psíquicos e culturais que degradem socialmente o condenado.

Assim, a imagem do farol (pena) que projeta sua luz para censurar aquele que merece censura serve para visualizar a erosão da função da

pena diante do crescimento da área da criminalização: se a área a ser iluminada se estende, diminuem os efeitos estigmatizantes e, consequentemente, censuradores da pena. (PAVARINI, 2006).

Produz-se, segundo Pavarini (2006), uma espécie de degradação da pena, que perde seu caráter aflitivo, expressivo e estratégico (características da pena na modernidade), para se tornar medida de polícia que já não pretende, como antes, produzir degradação intencionalmente, mas apenas reduzir o risco social neutralizando o sujeito percebido como perigoso.

Paralelamente, também o Direito Penal da prisão, isto é, aquele que se aplica ao universo encarcerado, se degrada a um sistema social de polícia. Em consequência, diante da crise da ressocialização (transformada em mito e, enquanto mito, irrealizável), a pena já não pode cumprir com as finalidades especial-preventivas e diante da intrínseca debilidade dos sujeitos castigados também a demanda social de penalidade não se legitima pelo merecimento do castigo, já que aqueles que são punidos pouco fizeram para merecer o castigo. Na verdade, segundo Pavarin (2006), dado que não podem ser disciplinados de outra forma, estes "dejetos sociais" são encarcerados com a finalidade única de serem incapacitados.

Pavarini (2006) também aborda a crise das grandes narrativas da ilusão repressiva, da fé reducionista e da utopia garantista. Apesar de suas diferenças, há nestas três narrativas um elemento comum: a crença no primado da lei penal.Dito de outro modo, "confiam que mais ou menos justiça penal depende simplesmente da escolha legislativa de penalizar ou despenalizar" (PAVARINI, 2006, p. 2015). Esquecem, contudo, que a determinação do que merece ser penalmente castigado deve estar socialmente fundado.

Contudo, isso não significa aceitar que as relações existentes entre o governo político da segurança diante do delito – central nas democracias neoliberais - e o governo político da segurança social justifiquem a determinação de quem deve ser penalmente castigado.

Para Pavarini (2006), a segurança diante do delito se vincula diretamente com os processos de exclusão social: enquanto as políticas vigentes no estado de bem-estar social buscavam remover os obstáculos que impediam que todos tivessem acesso a seus direitos, nas políticas neoliberais são exigidos novos requisitos para aceder à tutela dos direitos, ou seja, apenas serão tutelados aqueles que o merecem.

Nesse contexto, a criminalização se apresenta como o mecanismo "ideal" para identificar os sujeitos que "não serão merecedores" de direitos e em tal condição serão excluídos dos benefícios do estado social. Isso é o que Pavarini (2006, p. 229-230) denomina uma substituição de paradigmas: "merecer a exclusão" substituirá "merecer a ajuda".

É precisamente nesse contexto, segundo Wacquant (2003), que os "inimigos" eleitos pela mídia surgem dos processos de exclusão gerados pela economia de mercado, que expulsa com alta probabilidade de não retorno aqueles que não reúnem as mínimas condições para serem considerados mão de obra ou consumidores. Marginalizados, excluídos, são o alvo das notícias que se dedicam, diariamente, a traçar um "perfil" dos alvos preferenciais da ação penal do Estado, já que o fenômeno da exclusão passa a ser um problema de segurança.

A questão de classe que se impõe quando a sociedade é levada a crer que o negro, o pobre, o marginalizado, o excluído são perigosos em tudo se refere às diferenças criadas entre os cidadãos, os bons, e os bandidos, os maus. Adicionalmente, segundo Wacquant (2003), também a assimilação linear pobreza-droga-delito é uma tendência que crescentemente leva os Estados a trocar estratégias sociais por medidas penais, movidos por um consenso social fabricado pela mídia, com forte poder de pressão sobre os governos, independentemente da orientação política dos partidos que se encontrem no poder.

Conclusão

O artigo buscou apresentar o papel da mídia no agravamento de ações institucionais que cedem a estereótipos que "naturalizam" um perfil

criminoso e levam à conformação da "intervenção penal estigmatizante". Inicialmente, tratou da base teórica da criminologia crítica e da ideia do corpo e da alma como objetos de castigo, do que se percebeu que dentro de todos os discursos sociais se estruturam relações de poder que determinam quais indivíduos estão autorizados ter direitos e quais não, que estabelecem "regimes de verdade" que se vinculam em uma relação circular com os sistemas de poder que a produzem e mantém e com os efeitos do poder que a induzem e estendem.

Conclui-se que o conceito de controle social na ótica da criminologia crítica se abre não apenas ao estudo da repressão da dissidência, mas também para o conhecimento das estratégias possíveis para uma leitura das relações sociais que promova consensos capazes de romper com a condição hegemônica do poder. A criminologia, portanto, não apenas responde em um nível interpretativo da realidade social, mas também responde em nível propositivo diante da leitura dessa realidade.

A segunda abordagem do estudo se referiu à construção social do fenômeno da criminalidade através da mídia. Sobre esse aspecto também é possível concluir que a mídia pode mentir e falsear a verdade, assim como qualquer outro sistema de poder, mas a diferença principal é que a força da veracidade inerente à imagem torna mais eficaz a mentira e, portanto, mais perigosa, porque influencia diretamente as formas como são considerados os problemas e, principalmente, como são vistos os indivíduos e as considerações segundo as quais são avaliadas suas condutas.

Finalmente, abordou-se as implicações da criminologia midiática, levando à conclusão que a criminologia midiática cria a noção de uma guerra entre "nós" e "eles". "Eles", os estereotipados, não têm direito porque roubam e matam; não são pessoas e devem ser e permanecer encarcerados. Em relação a eles não há espaço para tratamento, ressocialização, conciliação social e a sociedade somente poderá ser "limpa" através do modelo punitivo violento. Quanto à percepção de insegurança social, é possível concluir que a percepção da insegurança perpetrada pela mídia faz com que os indivíduos exijam a ação estatal de

vigilância ou *surveillance* contra "eles", com mais policiais nas ruas, câmeras de vigilância, aparatos militares, entre outros. O que se busca, na realidade, é o controle autorizado da sociedade através do medo de ser vítima de um crime, criado pela criminologia midiática.

Sobre a conformação da "intervenção penal estigmatizante", por fim, conclui-se que nos modelos de cidade ditados pela mídia se propagou a sensação de insegurança, aprofundada e exaltada diária e insistentemente. Isso explica – embora não justifique – uma série de políticas e ação de segurança por parte dos governos de turno, baseadas na criminalização, na erradicação e no controle dos setores que ameaçam a sociedade – os pobres. As práticas institucionais e as ações policiais brutais e discriminatórias se sustentam e legitimam em processos de estigmatização social que a mídia alimenta, que demonizam não apenas ao outro, ao diferente, mas também ao outro que tem dificuldades para sobreviver. A tolerância zero é uma prática institucional de tolerância seletiva: é preciso retirar os pobres, os negros, os mendigos das ruas, das praças, da cidade, fazer com que desapareçam do espaço público e, assim, invisibilizar os problemas sociais.

Deste modo, simbólica e materialmente segregados, "eles", os pobres transitam no território social por suas margens, despojados de toda e qualquer possibilidade de aceder à verdadeira segurança, compreendida como o pleno exercício de direitos, o que nem sequer aparece nos debates político-midiáticos.

Ao mesmo tempo, a sociedade virtuosa, os "verdadeiros cidadãos" escondem seu pânico encastelados por trás de dispositivos e estratégias de segurança privada que apenas abandonam para circular por um espaço público seguro, de tal forma que a ideia de segurança se torna, cada vez mais, um estilo de vida.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência a violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social**: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10713-10713-1-PB.pdf>. Acesso em 14 nov. 2019.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Introdução à Sociologia do Direito Penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

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

BUDÓ, Marília de Nardin. **Mídias e discursos de poder**: a legitimação discursiva do processo de encarceramento da juventude pobre no Brasil. (Tese de Doutorado) Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2013. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/34641/R%20-%20T%20-%20MARILIA%20DE%20NARDIN%20BUDO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 25 nov. 2019.

CUNHA, Manuela Ivone. Prisão e Sociedade: modalidades de uma conexão. In CUNHA, Manuela Ivone. **Aquém e Além da Prisão, Cruzamentos e Perspectivas**. Lisboa: Noventa Graus Editora, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: teoría del garantismo penal. Madri: Trotta, 1995.

FOUCAULT, Michel. As malhas do poder. **Barbárie**, n. 4, verão 1981, p. 23-27.

_____. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2018.

_____. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2009.

GIRARD, René. **O bode expiatório**. 1. ed. São Paulo: Paulus, 2004.

JEWKES, Yvone. **Media & Crime**. Los Angeles: Sage, 2004.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. São Paulo: N1, 2018.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia:** Introdução a seus Fundamentos Teóricos. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PAVARINI, Massimo. **Un arte abyecto**: Ensayo sobre el gobierno de la penalidad. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres***:* a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2. ed. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezorzi. Medo e Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ZAFFARONI, Raúl. **La cuestión criminal**. 2011. Disponível em: <http://www.pagina12.com.ar/especiales/archivo/zaffaroni_cuestion_criminal/1-8.la_cuestion_criminal.pdf>. Acesso em 14 nov. 2019.

7

A responsabilidade política e a impotência social da mulher no âmbito da violência doméstica

Daniel de Paula [1]
Laís Franciele de Assumpção Wagner [2]

Introdução

Depreende-se do histórico legislativo que o Brasil, por muitos anos, foi legitimador da violência contra a mulher. Pois inexistia o reconhecimento por parte do Estado de que a violência de gênero era questão presente na sociedade e, por esta razão, careciam de políticas destinadas ao combate da violência, em especial a oriunda no contexto familiar.

É relativamente recente a proteção do Estado aos direitos e liberdades das mulheres. Pode-se dizer que se iniciou o reconhecimento da proteção à mulher com o caso Maria da Penha, em que o Brasil restou condenado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos através do caso n. 12.051, em 04 de abril de 2001.

Não obstante esta condenação, apenas em 2006 foi publicada a Lei Maria da Penha, n. 11.340 que visa proteger e coibir a violência contra a mulher. Ainda, mais recentemente a alteração dada pela Lei n. 13.104 de 2015 ao Código Penal brasileiro em que reconhece o feminicídio como homicídio qualificado. Apesar destas legislações existentes para coibir a

[1] Advogado e Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional – PPGD IMED.

[2] Advogada. Mestranda e Pesquisadora Bolsista UPF do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo – PPGD UPF. Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Especialista em Direito Tributário e Empresarial pela Faculdade Meridional – IMED. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF.

violência contra a mulher, os casos de feminicídio e violência doméstica ainda continuam aumentando, prova disto é o fato do Brasil se encontrar em 5º lugar no ranking mundial.

É fato que as pesquisas demonstram um aumento dos casos de violência doméstica decorrentes de lesões corporais e de feminicídios ocorridos dentro das residências das vítimas. E, por esta razão questiona-se: o que leva as mulheres a não denunciarem seus agressores, ou, quando o fazem, muitas decidem retornar ao convívio deles?

Assim, ante a realidade de situações de vulnerabilidade que muitas mulheres se encontram, busca-se analisar se é possível, para fins de políticas públicas, considerar a questão da violência contra a mulher como um problema de segurança pública a ser combatido pelo Estado ou se deve considerar que a situação de vulnerabilidade das vítimas de violência é decorrente de um sentimento pessoal destas de impotência social.

As hipóteses para o presente questionamento são inicialmente duas: a primeira considera que o índice de violência doméstica pode ser considerado uma responsabilidade estatal, por falta de processos socioestruturais de proteção a vítima de violência e de políticas públicas de inclusão e de efetivação dos direitos humanos da mulher, como busca de um tratamento igual.

A segunda, em contrapartida a primeira hipótese, considera que os índices de aumento da violência doméstica, embora revestida de historicidade, apenas continuam acontecendo em decorrência de um sentimento de impotência social e de dependência da mulher. Dito de outra forma, as mulheres que são agredidas e voltam ao convívio de seus agressores, optam por estarem em situação de submissão. Diante disso, se pode dispensar do Estado a responsabilidade, nestes casos, pelo fato das mulheres que estão nessa situação, o fazem por escolha própria.

Este ensaio jurídico busca trazer ao debate um assunto que embora seja revestido de historicidade, é tema presente nos dias de hoje, e infelizmente a realidade de muitas mulheres. De fato, não se pretende esgotar

a temática através do presente estudo, até porque é um tema de viés complexo e multidisciplinar, o qual envolveria abordagens e pesquisas não apenas da área do direito, mas incluiria fatores de cunho histórico, social e psicológico. Assim, limitar-se-á para uma abordagem apenas às hipóteses acima delimitadas. Utilizar-se-á da pesquisa exclusivamente bibliográfica para o desenvolvimento do presente artigo.

1. A realidade brasileira da violência contra as mulheres

Como mencionado no introito do presente trabalho, foi apenas no ano de 2006 que o Estado brasileiro criou uma legislação específica com mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher. Pode-se dizer que o Brasil, de certa forma, a legitimava, por sua omissão em criar mecanismos estatais de combate a tais violências.

A luta das mulheres contra a violência vivenciada nos lares é muito anterior a promulgação da Lei Maria da Penha. A título exemplificativo, tem-se no fim da década de setenta, o movimento feminista com o slogan "Quem ama não mata", a qual inicialmente focou-se contra a excludente de ilicitude da legítima defesa da honra, que até então era aceita pelos Tribunais. (PIMENTEL; PANDJIARJIAN, 2000)

Tanto a Lei Maria da Penha de 2006 quanto a Lei n. 13.104 de 2015[3] são frutos das lutas femininas ao longo dos anos e da condenação do Brasil no caso Maria da Penha pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos através do caso n. 12.051, em 04 de abril de 2001, por omissão em relação a violência contra a mulher. E, muito embora referido documento não tenha, necessariamente, efeito jurídico, colocou o Brasil numa situação vexatória. (ATHIAS, 2002)

---

[3] "Art. 121. [...]:

§ 2º Se o homicídio é cometido: [...]

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

§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher." BRASIL, **Código Penal**.

Este caso acabou relatando a situação de impunidade do Brasil nos casos de violência doméstica frente ao cenário Mundial. Maria da Penha recorreu à Comissão Interamericana de Direitos Humanos alegando que o Brasil é conivente com a violência contra a mulher, relatando o seu caso, eis que foi vítima de duas tentativas de homicídio por parte de seu ex companheiro, sendo que embora condenado pelo Tribunal do Júri o processo encontrava-se parado, por cerca de 17 anos, quase alcançando a prescrição, sem que o culpado tivesse dado início ao cumprimento da pena. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001)

Atualmente, diversas medidas são tomadas para combater a violência doméstica. Todavia, em que pese todos os esforços após a promulgação das legislações mencionadas, o que se verifica é que ainda há um aumento considerável de violência contra a mulher nas relações familiares.

Um estudo elaborado pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada – Ipea em conjunto com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública em 2019 demonstra que, a taxa geral de homicídios no Brasil aumentou quando comparado ao período 2016-2017. (IPEA, 2019, p. 44). Sendo de 5,4% a taxa de aumento de mortes de mulheres. Apontou-se um crescimento significativo dos feminicídios no Brasil em 2017, ocorrendo aproximadamente 13 assassinatos de mulheres por dia, totalizando 4.936 mulheres mortas, o maior número registrado desde o ano de 2007. (IPEA, 2019, p. 35)

O Estudo demonstrou que mesmo após 11 anos da publicação da Lei Maria da Penha, os índices de violência contra as mulheres continuam aumentando, principalmente as decorrentes de violência doméstica. Determinou, também, que cerca de 28,5% dos homicídios contra mulheres ocorreram dentro de suas residências, o que indica a ocorrência de feminicídios íntimos, decorrentes de violência doméstica. (IPEA, 2019, p. 40)

Em que pese desde a condenação do Brasil no caso Maria da Penha, diversas medidas legislativas foram tomadas a fim de reprimir a violência

contra a mulher, os índices de feminicídio ainda são enormes e alarmantes.

A título de exemplo, apenas no ano de 2017 foram mais de 221 mil mulheres que procuraram as delegacias de polícia para registrar boletim de ocorrência, tendo em vista lesões corporais sofridas em decorrência de violência doméstica. Todavia, este número pode estar muito aquém dos dados reais, considerando que muitas mulheres têm medo ou vergonha de denunciar seus companheiros. (IPEA, 2019, p. 42)

Não se sabe ainda a motivação do aumento dos casos de violência doméstica. Se este crescimento diz respeito a realidade (casos efetivamente em elevação), ou se dá em decorrência das políticas que encorajam as mulheres a denunciar e procurar ajuda. O que se sabe, no entanto, é que os índices de violência doméstica no Brasil são enormes e precisam de uma atenção estatal.

2. Violência doméstica: uma abordagem a partir do sentimento de impotência social da mulher

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 passou a ser objetivo do Estado promover a igualdade entre os cidadãos, independente do sexo, isto é, a partir de então tanto a mulher quanto o homem passam a ter iguais direitos e obrigações.

Esta premissa se extrai da análise do art. 3º da Constituição Federal[4] é possível constatar que é objetivo do Estado de promover o bem social, sem preconceito em relação a gênero e o art. 5º[5] do mesmo diploma refere que homens e mulheres são iguais perante a lei.

---

[4] "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.".BRASIL, **Constituição Federal.**

[5] "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;" BRASIL, **Constituição Federal.**

A história demonstra que nem sempre homens e mulheres foram considerados iguais. Por muito tempo a mulher não era possuidora de direitos, mas apenas de obrigações para com seu marido, pois eram consideradas um objeto de propriedade do homem.

No que se refere a situação da violência doméstica, tem-se que é recente a proteção do Estado para com as mulheres vítimas de seus companheiros. Pode-se dizer que o reconhecimento de proteção é oriunda de uma evolução de lutas históricas que com o passar do tempo está mudando, ainda que lentamente, o pensamento machista que predominava sobremaneira o Estado brasileiro.

Em que pese considerável avanço social, estrutural e legislativo, a diferença entre gêneros ainda impera na sociedade brasileira. Em muitos setores ainda é possível encontrar situações de discriminação entre homens e mulheres, sendo possível verificar atitudes machistas, como a título de exemplo, no mercado de trabalho, as mulheres ainda recebem cerca de 20,5% menos que os homens. (PARADELLA, 2019)

A busca da igualdade de gênero faz parte da evolução histórica dos direitos humanos e demonstra que é dever do Estado promover a sua proteção e efetivação. Cabendo aos governos adotar políticas necessárias para a sua concretização. Um Estado de Direito apenas se consolida a partir da garantia de uma igualdade formal, no sentido de que todos são iguais perante a lei, não podendo deter leis que discriminem ou privilegiem determinados indivíduos ou grupos. (AITH, 2006, p. 225-227)

Nesse sentido insta salientar que as políticas públicas governamentais que advieram para proteger as mulheres o são para assegurar direitos fundamentais mínimos a elas, no intuito de diminuir a desigualdade existentes entre os gêneros. Este fato se justifica ao se considerar o histórico cultural de submissão da mulher ao homem, até certo tempo respaldado pelo Estado.

Por infelicidade, atualmente ainda há casos em que mulheres vítimas de violência domésticas não denunciam seus agressores, ou quando o fazem, acabam retornando ao lar violento e sendo submetidas a novas

agressões. Quando se está diante de tais situações o senso comum leva a crer que o problema pode estar na própria personalidade da mulher em que acaba aceitando, subjetivamente, ser vítima de violência doméstica. No entanto a história demonstra que esta atitude não vem apenas da esfera subjetiva da mulher, mas acarreta de um problema social, muitas vezes ainda não superado.

Embora a Lei Maria da Penha seja um marco legislativo importante como política pública de combate a violência contra a mulher, o Estado não conseguiu cumprir com seu papel de proteção e combate. Prova disto são os altos índices de violência contra a mulher que deixa o Brasil em 5º lugar no ranking mundial de violência contra a mulher. (RODRIGUES, 2019)

Sem sombra de dúvidas esta constatação de violações abarca a realidade de diversas mulheres, não apenas no que se refere a discriminações, mas sobretudo a própria dignidade física e psicológicas delas que são submetidas a violência doméstica diariamente.

A situação de violência doméstica acaba sendo recorrente na vida de muitas mulheres. O pensamento machista de posse e submissão toma conta do lar e esta imagem errônea toma conta da subjetividade feminina, ao ponto de que muitas delas passam a acreditar que devem se submeter, por não deter uma alternativa. Estas mulheres acabam se sujeitando a violência doméstica porque na maioria das vezes são dependentes, econômica e emocionalmente de seus companheiros. E, ao longo dos anos, passam a deter o mesmo pensamento machista, oriundas da contaminação das experiências das mais diversas violências psicológicas sofridas diariamente.

Isso se dá em razão de que muitas delas acabam tendo a necessidade de se manter nestas relações, pois se sentem responsáveis por tudo o que ocorre dentro dela. A bem na verdade esta situação está intimamente ligada às questões sociais, isto é, a socialização feminina tradicional a qual remete que a mulher só pode ser considerada completa se estiver num

relacionamento permanente. Este sentimento de "pertença" é o responsável por fazer com que muitas mulheres continuem a conviver com seus agressores. E, quando elas tomam coragem de sair desta situação, os homens demonstram arrependimentos, pedem perdão e criam uma falsa esperança, fazendo com que a mulher se sinta confiante numa mudança de comportamento do companheiro. E, em diversos casos os companheiros se tornam muito mais afetivos após as agressões, contribuindo para um ciclo vicioso, que vai do espancamento ao perdão. (SOUZA, DA ROS, 2006, p. 518)

Para Miriam Pilar Grossi, embora as mulheres detenham o apoio do Estado que disponibiliza delegacias especializadas com a possibilidade de denúncias e a possibilidade do divórcio, muitas mulheres ainda optam por conviver com seus agressores. E, a resposta para esta situação muitas vezes são encontradas nos aspectos socio-econômicos como a pobreza, as desigualdades sociais entre homens e mulheres, e a dificuldade de muitas mulheres ingressarem no mercado de trabalho. (GROSSI, 1998, p. 293-294)

Nesse sentido pode-se perceber que o problema muitas vezes pode ser encontrado não apenas dentro do subjetivo destas mulheres, mas sobretudo nos processos socioestruturais, os quais carecem de políticas governamentais efetivas na busca de igualdade de gênero.

De fato, algumas políticas governamentais ajudam dando apoio às mulheres vítimas de violência, como as previstas na Lei Maria da Penha. No entanto, ainda se carece de políticas mais incisivas no intuito de colocar estas mulheres dentro do mercado de trabalho para que possam se autoafirmarem. Isto é, políticas de valorização e empoderamento destas mulheres que muitas vezes sequer trabalharam fora de suas residências.

Sem sombra de dúvidas este é um ponto crucial que impedem que mulheres possam sair de suas residências, pois muitas delas não detém apoio familiar e dependem financeiramente de seus companheiros. É daí a influência do sentimento de impotência da mulher frente ao social.

3. Da responsabilidade política

Onze mulheres foram entrevistadas numa pesquisa desenvolvida por Patrícia Alves de Souza e Marco Aurélio Da Ros em 2006. A pesquisa concluiu que são quatro os principais fatores que levam as mulheres adiarem a denúncia de seus relacionamentos, sendo eles: a dependência financeira, embora não citada por todas as mulheres entrevistadas; a dependência emocional do companheiro, necessitando ter alguém como referencial a qual levam a mulher a submissão emocional e/ou física; a criação dos filhos, pois acreditam na necessidade da presença da figura paterna na educação deles e, por fim, a falta de apoio de familiares e amigos. Estes foram os principais fatores que fazem com que as mulheres deixem de denunciar seus companheiros. (SOUZA, DA ROS, 2006, p. 524)

Percebe-se que a questão da violência doméstica não é nada simples, pois abrange questões de dependência não apenas financeira, mas também emocional, envolvendo toda a intersubjetividade da mulher. Diante destas complexidades que estão por trás de cada fato, resta difícil a análise dos motivos pelos quais o índice de violência doméstica continua aumentando no Brasil. Se o problema se encontra nos processos socioestruturais ou se a ocorrência de violência pode ser de questões pessoais da mulher, por se deixar submeter às situações de violência física e emocional.

Alguns autores como Mead e Murray defendem a ideia de que as situações em que as pessoas se encontram são decorrentes de suas decisões e ações. Isso porque cada indivíduo detém opções, ainda que limitadas, para exercer a escolha, e acabam atuando de acordo com as decisões que tomam em relação a estas opções. Defendem que a situação pessoal de cada um é de sua própria responsabilidade, excluindo qualquer responsabilidade política decorrente disso (apud YUNG, 2011, p. 39).

Assim, todas as situações são decorrentes da própria escolha pessoal, como a situação de pobreza, a vida criminosa, estudos etc. Para estes autores as estruturas sociais e a responsabilidade pessoal se excluem

mutuamente, isto é, onde existe a responsabilidade pessoal não se pode incluir a responsabilidade política.

Todavia Iris Marion Yung (2011, p. 47-53) defende que é possível que algumas situações, como a pobreza e o desfavorecimento sejam causados tanto pela responsabilidade pessoal quanto pelos processos socioestruturais. Pois se questiona até que ponto o desfavorecimento material relativo de uma pessoa é uma consequência das decisões que ela toma e até que ponto deriva de circunstancias alheias a sua vontade. A injustiça é mais do que as pessoas sofrerem destinos que não merecem, mas é ter leis institucionais que de alguma forma limitam as opções das pessoas:

> [...] Julgar que o sofrimento ou a situação de desvantagem de alguém é injusto implica reconhecer que as circunstâncias têm sua origem, pelo menos em parte, nas instituições e processos sociais que geram. Portanto, quando reconhecemos tais causas sociais de sofrimento ou situação de desvantagem, pelo menos alertamos expressamente para a obrigação de tentar melhorar esses processos sociais. (YUNG, 2011, p. 53)[6]

Assim, reconhecer que de certa forma as mulheres se encontram em situações desfavorecidas em relação aos homens dentro da sociedade brasileira deveria, ao menos, despertar o Estado para políticas públicas e processos socioestruturais de inclusão social e igualdade de gênero.

Vale ressaltar que pode se considerar como políticas públicas toda a atividade estatal de "elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações voltadas à consolidação do Estado Democrático de Direito e à promoção e proteção dos direitos humanos" (AITH, 2006, p. 232), daí que as políticas públicas que visam a proteção da mulher são consideradas um dever do Estado no âmbito da efetivação dos direitos humanos.

Nesse sentido, insta salientar que, infelizmente, em relação as normas protetoras dos direitos humanos, há um abismo entre a teoria e a

[6] Tradução livre. No original: [...] juzgar que el sufrimiento o la situación desfavorecida de alguien es injusto implica reconocer que las circunstancias tienen su origen, al menos en parte, en las instituciones y en los procesos sociales que generan. Por tanto, cuando reconocemos tales causas sociales de sufrimiento o situación desfavorecida, al menos advertimos expresamente la obligación de intentar mejorar dichos procesos sociales

prática. Dito de outro modo, vivemos diariamente violações de direitos humanos, cuja proporcionalidade encontra-se no patamar de 99% de violações para 1% de efetivação. (RUBIO, 2018, p. 35)

De fato, algumas medias governamentais foram tomadas a fim de facilitar a inclusão, o empoderamento econômico e a proteção das mulheres. Cita-se como exemplos clássicos a conhecida PEC das Domésticas, traduzidas pelas Emenda Constitucional n. 72/2013 e a Lei n. 150/2015; a Lei n. 9.504/1997 e a Lei n. 12.034 que garantem a participação mínima da mulher nas eleições e partidos políticos; e, por fim a Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), Lei n. 13.104/2015 (Lei do Feminicídio) e a Lei n. 12.015/2009 que acaba ampliando o crime de estupro como exemplos de legislação que tratam a proteção e dos crimes contra as mulheres, tanto no âmbito doméstico quanto fora dele.

Todavia, em que pese estas políticas governamentais a fim de defender os interesses e os direitos humanos das mulheres, a violência doméstica ainda atinge patamares extraordinários, o que deixa a impressão de que estas situações aparecem como invisíveis aos olhos da política:

> A violência contra a mulher, mesmo atualmente, aparece ainda recoberta pelo manto da invisibilidade política, pela vergonha da denúncia, pela falta de acesso às informações jurídicas, pelo descaso das autoridades, pela ausência de políticas públicas e pela pouca legitimidade social que, muitas vezes, é-lhe atribuída. A principal é a violência que ocorre no âmbito doméstico. Há, até o momento, muita dificuldade de trabalhar com essa questão. A interferência do público no privado é delicada. As relações afetivas são complexas. Diversas formas de relacionamento são tidas como "diferentes" e, na realidade, fazem parte de um "pacto relacional". (SOUZA, DA ROS, 2006, p. 523)

Nesse sentido, frisa-se que o Estado brasileiro carece de políticas governamentais[7] efetivas, entendidas como políticas pontuais, as quais sejam

[7] Deve-se entender por políticas públicas governamentais àquelas dotadas de especificidade em seus objetivos, isto é, os objetivos destas políticas de governo estão na promoção e proteção dos direitos humanos através de uma estrutura estatal existente e, a partir desta estrutura estatal já existente, cria-se um programa voltado a oferecer um modelo de atenção específica. (AITH, 2006, p. 236)

voltadas à proteção das mulheres, ainda que alguns avanços de empoderamento já foram tomadas, como as legislações mencionadas acima, ainda não se alcançou a efetividade necessária à garantia dos direitos das mulheres.

Daí que a efetivação dos direitos das mulheres, em especial as políticas de proteção à violência devem ser promovidas através de um programa voltado a determinada estrutura estatal, que no caso da violência doméstica deve-se enquadrar nas políticas de segurança pública, o que atualmente é insuficiente, conforme demonstra os índices citados anteriormente.

Todavia, dentro da complexidade dos casos envolvendo a violência doméstica, não é possível chegar a conclusão de que tais fatos ocorram exclusivamente por culpa da vítima ou então de forma exclusiva por falta de estruturas sociais às mulheres, seja as vítimas de violência ou apenas em relação as medidas de inclusão e valorização da mulher na sociedade.

É fato que no dia-a-dia há uma grande diferença entre a previsão legal e a concretização dos considerados direitos humanos no cotidiano das mulheres. E a busca por sua efetivação não se dá apenas dentro de lutas sociais ou manifestações de grupos, mas também na responsabilidade pessoal de cada pessoa.

Como bem lembra David Sánchez Rubio (2018, p. 49), a luta pelos direitos humanos não está apenas nos movimentos sociais, isto é, não é necessário fazer parte de um movimento específico, pois também é possível lutar individualmente no dia-a-dia. Dito de outro modo, as lutas individuais e cotidianas também são lutas políticas e enfrentam o efeito estático e congelado das formas jurídicas expressas no ordenamento jurídico, mediante um conjunto de atuações e relações pessoais, concretas e próximas a fazer efetivos os direitos humanos proclamados e estas lutas diárias permitem que os direitos humanos sejam exercidos através de poderes instituintes mais cotidianos, expressados na potência individual e pessoal das ações particulares.

Daí se extrai a importância das atitudes e lutas individuais para a efetivação dos direitos humanos das mulheres. Em outras palavras, de nada adiantaria todo um aparato socioestrutural de defesa das vítimas de violência doméstica à disposição das mulheres, se estas ainda optam por permanecer no convívio de seus agressores. Ou seja, é necessário também que haja a mudança interna e subjetiva da mulher em sair da situação de submissão, pois como visto na pesquisa desenvolvida por Patrícia Alves de Souza e Marco Aurélio Da Ros, nem sempre a dependência econômica é o motivo que as levam a permanecer na convivência de seus agressores, e a dependência emocional também é um fator presente.

Assim se extrai a possibilidade de concluir que toda as situações de injustiças que sofrem as mulheres vítimas de violência doméstica e que as colocam em situações de vulnerabilidade, não podem ser entendidas apenas em relação a sua "responsabilidade pessoal". Isso porque a provável situação de vulnerabilidade chega a tal patamar porque as estruturas sociais são falhas.

É, pois, o que refere Iris Marion Yung ao referir que se deve buscar o motivo pelo qual a situação de vulnerabilidade se faz presente, compreendendo que nem sempre essa conjectura decorre da escolha de cada um. Há de se entender que na sua origem há falha no sistema estrutural da sociedade que permite que certos grupos possam ser suscetíveis a privações e vulnerabilidade:

> A injustiça estrutural existe quando os processos sociais colocam grandes grupos de pessoas sob ameaça sistemática de abuso ou privação dos meios necessários para desenvolver e exercer suas capacidades, ao mesmo tempo que esses processos permitem que outros abusem ou tenham um amplo espectro de oportunidades para desenvolver e exercitar habilidades ao seu alcance. A injustiça estruturante é um tipo de ofensa moral distinta da ação agravante de um agente individual ou das políticas repressivas de um Estado.(YUNG, 2011, p. 69)[8]

[8] Tradução livre. No original: "La injusticia estructural existe cuando los procesos sociales sitúan a grandes grupos de personas bajo la amenaza sistemática del abuso o de la privación de los medios necesarios para desarrollar y ejercitar sus capacidades, al mismo tiempo que estos procesos capacitan a otros para abusar, o tener un amplio espectro de

Daí se exclui a ideia inicial de que quando está presente a responsabilidade pessoal se afasta a responsabilidade política ou vice e versa. Isso porque nas hipóteses de violência doméstica a complexidade destes casos demonstram que para a mudança de paradigma da vida delas é necessário que haja mudança comportamental consubstanciada no *querer* mudar e de outro lado todo o processo socioestrutural apto a receber estas mulheres e dar o apoio moral e material de que necessitam.

Conclusão

De todo o exposto no presente artigo é possível concluir que não se pode justificar o aumento da violência doméstica na responsabilidade exclusiva da mulher, por se permitir à situação de vulnerabilidade, ainda que nos casos de sentimento de impotência social. Tampouco pode-se afirmar que tais fatos ocorrem apenas porque inexistem apoio Estatal nestes casos.

Constata-se como exemplo a partir do caso Maria da Penha (em que pese à época o Estado não detivesse em legislação toda a proteção que hoje se tem), que é necessário haver o pontapé inicial da mulher, em não aceitar se submeter a violência doméstica e denunciar seus companheiros. Infelizmente muitas mulheres, como Maria da Penha, só tomam a iniciativa em mudar e deixar de seus agressores após sofrerem tentativa de homicídio.

Assim, não se pode dizer que apenas a mulher é responsável por estarem em situações de vulnerabilidade dentro de seus lares. Em sua origem, o Estado detém participação importante, seja pela histórica que demonstra que a sociedade patriarcal sempre se sustentou e que a mulher estava num patamar secundário frente aos homens, seja atualmente por falta de políticas públicas governamentais que igualam homens e mulheres em direitos iguais.

---

oportunidades para desarrollar y ejercitar capacidades a su alcance. La injusticia estructurar es un tipo de agravio moral distinto de la acción agravante de un agente individual o de las políticas represivas de un Estado."

Como visto, atualmente a mulher ainda se encontra diante de um fato de injustiça estrutural, embora os avanços legislativos de inclusão e busca de igualdade. No entanto, a sociedade ainda acaba colocando as mulheres sob privação dos meios necessários para desenvolver e exercer suas capacidades, enquanto os homens detêm pleno acesso a tais meios.

É fato que a dependência econômica não é a única vilã que coloca a mulher sob o mesmo teto de seu agressor. A dependência emocional e os laços criados durante anos fazem com que muitas vítimas passam a acreditar que um dia irão conseguir mudar seus companheiros. Porém, o que os índices analisados demonstram é exatamente o contrário, pois é possível verificar que a relação de violência continua alto, apesar da legislação endurecer as penas e fornecer maior proteção às mulheres.

Tudo isso demonstra que os agressores acreditam na impunidade e nesta dependência emocional da mulher para com eles. Como citado, muitos ficam mais amorosos após a agressão, fazendo com que as mulheres acreditem no seu arrependimento e confiem numa mudança próxima, o que não ocorre, colocando a mulher vítima de violência doméstica num ciclo vicioso entre amor e ódio.

Assim, é necessário que haja políticas governamentais que disponibilizam estruturas sociais para auxiliar as mulheres vítimas de violência doméstica, no sentido de quebrar com o paradigma subjetivo de impotência social. Através de medidas eficazes de empoderamento e igualdade de oportunidades sociais, além de todo o apoio necessário para que possam se desvincular, seja financeiramente ou emocionalmente de seus companheiros agressores.

É com base nestas considerações que se pode concluir que as situações de violência doméstica decorre das duas hipóteses aventadas inicialmente, de forma concomitante, sendo que a existência de uma, não exclui automaticamente a outra.

Referências

AITH, Fernando. Políticas Públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. ***In* Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. BUCCI, Maria Paula Dallari. (org.). São Paulo: Saraiva, 2006.

ATHIAS, Gabriela. Economista é preso 19 anos após balear a mulher. **Folha de S. Paulo.** São Paulo, quinta-feira, 31 de outubro de 2002. Disponível em: https://www1. folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff3110200210.htm. Acesso em fevereiro/2020.

BRASIL,**CódigoPenal**.Disponívelem:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em fevereiro/2020.

BRASIL, **Constituição Federal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em fevereiro/2020.

COMISSÃO INTERAMERICADA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório Anual 2000. **Relatório n. 54/01**. Caso 12.051 Maria da Penha Maia Fernandes. Brasil. 04 de abril de 2001. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm. Acesso em fevereiro/2020.

GROSSI, Miriam Pilar. Rimando amor e dor: reflexões sobre a violência no vinculo afetivo-conjugal. In: GROSSI, M. P.; PEDRO, J. **Masculino e feminino, plural**. Florianópolis: Mulheres, 1998.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; FBSP - Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **AtlasdaViolência2019**.Disponívelem: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_viole ncia_2019.pdf. Acesso em fevereiro/2020.

PARADELLA, Rodrigo. Diferença cai em sete anos, mas mulheres ainda ganham 20,5% menos que homens**. IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.** Publicado em 08, março de 2019. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23924-diferenca-cai-em-sete-anos-mas-mulheres-ainda-ganham-20-5-menos- que-homens. Acesso em fevereiro/2019.

PIMENTEL, Silvia. PANDJIARJIAN, Valéria. Defesa da honra: tese superada? **Folha de S. Paulo**. São Paulo, terça-feira, 12 de setembro de 2000. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1209200009.htm Acesso em fevereiro/2020.

RODRIGUES, Natália. Brasil ocupa 5º lugar no ranking mundial de violência contra a mulher. **Band News**. 10 de janeiro de 2019. Disponível em: https://bandnewsfmrio.com.br/editorias-detalhes/brasil-ocupa-50-lugar-no-ranking-mundial-de-v. Acesso em fevereiro/2020.

RUBIO. David Sánchez. **Derechos humanos instituyentes, pensamento crítico y praxis de liberación.** Ciudad de México: Edicionesakal México, 2018.

SOUZA, Patrícia Alves de. ROS, Marco Aurélio da. Os motivos que mantêm as mulheres vitimas de violência no relacionamento violento. *In* **Revista de Ciências Humanas**, Florianópolis, EDUFSC, n. 40, p. 509-527, Outubro de 2006.

YUNG, Iris Marion. **Responsabilidad por la justicia**. Madrid: Ediciones Morata, 2011.

8

Dados pessoais e psicopoder na perspectiva de Byung-Chul Han: privacidade hackeada pelo Estado

Dionis Janner Leal [1]
Philippe De Faria Corrêa Grey [2]

Introdução

As tecnologias de informação e de comunicação – TICs – criou um novo ambiente que permite e facilita a disponibilidade irrestrita e exponencial de dados de pessoas e organizações, sem qualquer autorização de seus titulares para livre utilização.

Essa disposição de oferta de dados é conduzida, não rara às vezes, de forma inconsequente ou sem quaisquer resguardos ou análise de riscos por seu titular, transformando-os de informações de cunho restrito e inerente à pessoa para informações abertas, irrestritas a quaisquer interessados em acessá-las.

A Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, promulgada em 2018, inovou com o intuito de regular e resguardar o direito à privacidade das pessoas, o que inclui os seus dados de cunho pessoal, disciplinando a forma

[1] Mestrando em Direito do PPGD-IMED, membro do Grupo de Pesquisa CNPq 'Direito Novas Tecnologias e Desenvolvimento' e membro do GEDIPI, da Faculdade Meridional de Passo Fundo-RS. Especialista em Direito Público. Advogado. E-mail dionislealadv@gmail.com

[2] Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Auditor do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Farroupilha. Especialista em Direito Público pela IMED/ESMAFE-RS. Mestre em Políticas Públicas - Ciência Política pela Universidade Federal do Pampa.

de uso, acesso e tratamento dessas informações e por aqueles que podem acessá-lo sob a égide de direito fundamental.

O Estado enquanto guardião de interesses públicos pode, nos limites das permissões legais, acessar dados sigilosos e pessoais sem anuência do titular, a fim tomar informações que se consideram necessárias para a fruição de direitos e deveres, a exemplo da concessão de benefícios pecuniários, previdenciários ou assistenciais, assim como para fins de tutela da segurança pública ou atividades de investigações penais, por exemplo.

Essa condição de protetor da tutela coletiva e de interesse público do Estado enseja a transformação de dados pessoais de *direitos* (à privacidade, à intimidade) a *coisas*, em razão do caráter transparente que lhes são concebidas – ou forçosamente disponibilizadas em um banco de dados cuja anuência primária ou originária se exauriu – para com o Estado, que o ainda detém sob o argumento de ser o senhorio e guardião dessas informações, e que o utiliza livremente e sem anuência ou consentimento ou interesse de agir do seu titular para fins diversos ao originalmente anuído.

Com esse intuito tem o Estado acesso irrestrito a dados pessoais em nome da segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou para atividades de investigação e repressão de infrações penais? A apropriação indevida de informações pelo Estado gera dano do bem tutelado pelo ordenamento jurídico (privacidade) e passível de responsabilização por sanção penal?

Visando dar encaminhamento às questões postas, o presente estudo abordará inicialmente a ideia de privacidade no ordenamento jurídico brasileiro. Na sequência, psicopolítica como técnica de poder do Estado na perspectiva de Byung-Chul Han. Por fim, analisa-se a regulamentação nacional acerca da proteção de dados pessoais, no que diz respeito à dispensabilidade de seu tratamento em atividades de interesse do Estado e o dano na esfera penal causado pela apropriação indébita de dados pessoais. O estudo foi desenvolvido utilizando o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

1 A privacidade no contexto da proteção de dados no Brasil

O ordenamento jurídico brasileiro positivou nas constituições acerca do direito à privacidade de seus cidadãos, quando inicialmente a tratou como tutela de inviolabilidade de domicílio e de correspondências e, hodiernamente, em razão da evolução da sociedade e das suas tecnologias, as conhecidas proteções seriam insuficientes para resguardar das novéis ingerências à vida íntima e privada dos cidadãos (MAURMO, 2017, p. 110).

A ordem jurídica atual trouxe a proteção da privacidade por via reflexa, por intermédio da proteção à dignidade humana, e, por via direta, como a imagem, a vida privada, a honra e a intimidade (MAURMO, 2017, p. 124), esculpidos no inciso X, do artigo 5°, da Constituição Federal, sem olvidar o seu inciso XII, acerca da inviolabilidade do sigilo das correspondências e comunicações telegráficas.

Ainda sobre a proteção constitucional da privacidade, a abordagem de Fortes (2015) destaca o tema sob duas óticas distintas no panorama normativo nacional, uma sem a compreensão jurídica da internet e outra com a sua internalização. Sob o primeiro prisma, a proteção da privacidade não era reconhecida em relação a banco de dados informáticos, mas a ordem jurídica já reconhecia que o instituto do *habeas data* era o que mais se aproximava de uma proteção legal, mas se limitava à esfera de órgãos e entidades governamentais (FORTES, 2015, p. 102).

No Brasil outros diplomas codificados como o Código Civil, Código de Processo Penal e o Código de Defesa do Consumidor versam nas suas esferas acerca da proteção à privacidade, sendo que este último equiparou os registros de dados de consumidores de qualquer gênero às entidades de caráter público (FORTES, 2015, p. 102).

Para o autor, "as mencionadas normas jurídicas brasileiras mantêm distanciamento de situações vinculadas aos novos fenômenos proporcionados pela internet, na sociedade da informação", o que vem a permitir "metadados anônimos e até mesmo protegidos por normas de sigilo

bancário, tal como prevê a lei brasileira, tornam-se dados pessoais vulneráveis", arrematando o autor a necessidade de uma melhor compreensão da internet na seara jurídica a fim de contribuir para com a eficácia da proteção constitucional exigível (FORTES, 2015, p. 104).

No cenário internacional, os direitos humanos vêm historicamente contribuindo para o tratamento adequado dos dados pessoais, sendo o meio para encarar a luta entre o direito e a tecnologia, não sendo alheio à proteção da privacidade, promulgando diplomas e regulamentos. Como exemplos, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, a Convenção 108 do Conselho da Europa de 1981 que trata da proteção das pessoas com respeito ao tratamento automatizado de dados e foram ratificados por todos os membros europeus, e em 2009 com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa vinculou juridicamente os países membros à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia à proteção de dados pessoais (TRAVIESO, 2013, p. 72).

O direito constitucional brasileiro adotou a terminologia *direitos e garantias fundamentais* como gênero das demais espécies de direitos, não afastamento outras expressões como *direitos humanos*, *direitos do homem, direitos individuais* ou *direitos humanos fundamentais* para corresponder a categoria de direitos mais limitada daquele mais complexo representado pelos *direitos fundamentais*, apesar de no plano internacional a expressão utilizada é *direitos humanos* (SARLET, 2017, p. 331).

Para o presente trabalho, utiliza-se a expressão *direitos fundamentais* seguindo Sarlet[3], na medida em que se limitará o estudo à ordem constitucional no que diz respeito à privacidade do homem, conforme expressa o inciso X, do artigo 5° da Constituição da República Federativa do Brasil[4].

Nas constituições democráticas, os direitos fundamentais atuam como limitação e direção do Estado (ALEXY, 2011, p. 721). Nessa linha,

[3] Para o autor, "atribuímos às expressões 'direitos humanos' (ou direitos humanos fundamentais), compreendidos como direitos da pessoa humana reconhecidos pela ordem jurídica internacional e com pretensão de validade universal, e "direitos fundamentais", concebidos como aqueles direitos (dentre os quais se destacam os direitos humanos) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional." (SARLET, 2017, p. 333).

[4] Art. 5°. [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

pode-se afirmar que a privacidade no ordenamento jurídico brasileiro é um direito fundamental da pessoa que implica na não intervenção de terceiros, inclusive do Estado.

Segundo Sarlet, os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira como compreendem "todas as posições jurídicas concernentes à pessoa (naturais ou jurídicas...)...", que foram "integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos", refletindo "a dupla fundamentalidade formal e material" e contempla a "noção de uma abertura material do catálogo de direitos fundamentais" (2017, p. 350).

Os direitos fundamentais do cidadão estão esculpidos nas diversas passagens da Constituição Federal, e não apenas no seu Título II, no artigo 5°e seus vários incisos. A doutrina de Sarlet o classifica como direitos fundamentais expressamente positivados, não apenas na Constituição, mas também em diplomas jurídicos de natureza constitucional, como os tratados internacionais de direitos humanos (SARLET, 2017, p. 354).

A privacidade é tida como direito fundamental e tem sua relevância acentuada na vinculação à dignidade humana, bem como na relação com a intimidade, a inviolabilidade do domicílio, tratado pelo ordenamento constitucional brasileiro como bens tutelados de forma autônoma (SARLET, 2017, p. 487-88).

Considerando-se a proteção constitucional da inviolabilidade da vida privada, isto é, da privacidade e os direitos dela decorrentes, com direito fundamental, por consequência terá a proteção do poder público, inclusive impondo limites sobre a atuação do poder público. Do mesmo modo, não se limitando à atuação do Poder Judiciário como interventor quando motivado, mas de observância obrigatória – e preventiva – por todos os órgãos e entidades da Administração Pública quando do exercício de suas atribuições legais, de acordo com os princípios esculpidos no artigo 37, da Constituição Federal, em especial o da legalidade.

Nesse cenário é que a inclusão do Poder Público na abrangência da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) é primordial, tendo em vista dois

fundamentos que se entende como relevantes: primeiro, o Estado é detentor de massivos dados e informações de seus cidadãos, usuários de serviços públicos e agentes públicos; segundo, sua obrigação constitucional de tutela de direitos fundamentais o insere como guardião – de si próprio – de violação da privacidade por intermédio de dados pessoais.

Nesse contexto, importante trazer os contornos que a noção de privacidade aflora, que é inerente à ideia de não intervenção de terceiros – como o Estado –, a exemplo do estado de vigilância permanente, o biopoder e a psicopolítica.

2 O controle da privacidade por dados e as técnicas de poder de acordo com Byung-Chul Han

Para toda e qualquer manipulação – coerção ou intervenção, direta ou indireta – na vida das pessoas, existe um poder que emana sobre ele. Nesse sentido, para Foucault, o poder sobre a população dá-se por meio do que ele chama de 'técnicas ou tecnologias de poder' que, nos séculos XVII e XVIII, eram centrados no corpo individual das pessoas, o que denominava de tecnologia disciplinar do trabalho (hierarquia, inspeção e relatórios). (2010, p. 203)

Ainda no final do século XVIII floresceu uma nova tecnologia de poder, a qual Foucault denominou de biopolítica – ou biopoder –, que diz respeito a fatores externos do corpo do homem, atingindo universalmente a espécie humana, como as adversidades da vida, a exemplo de saúde pública, taxa de natalidade, mortalidade e longevidade. E, já no início do século XIX, no que concerne à velhice, capacidades dos indivíduos, concebendo instituições estatais de assistência e outros mecanismos de cunho privado como seguridade e poupança financeira (FOUCAULT, 2010, p. 205).

O biopoder, na concepção do autor, exerce o controle e a vigilância (administração) da população, produzindo forças e deixando-as crescer e a organizar-se ao invés de aniquilá-la ou coibi-las – o que difere, desde o

século XVII do poder da morte (intervenção nas leis biológicas – vida – da população). O controle biopolítico – ou biopoder – se limita a fatores externos, não adentrando na mente do homem, na psique da população. Todavia, há uma nova tecnologia do poder que adentrará na psique humana e, consequentemente, na privacidade de cada indivíduo.

Essa nova tecnologia de poder, surgida no final do século XX e mais evidente no século XXI, é denominada por Han como psicopoder – ou psicopolítica –, a qual, "está em posição para, com ajuda da vigilância digital, ler e controlar pensamentos", capaz de intervir nos processos psicológicos da população. A partir do *Big Data* há possibilidade de prever comportamentos dando margem ao surgimento da nova tecnologia do poder, a 'psicopolítica' (HAN, 2018, p. 131-132).

Assim, vivendo em estado de vigilância permanente, verifica-se que "a economia movida a dados e o capitalismo de vigilância são as duas faces da mesma moeda pois, quanto maior a importância dos dados, maior será a coleta de dados" (FRAZÃO, 2019, p. 28.). É a era da vigilância ativa, do controle, o que pode ser chamado de psicopolítica digital, onde a negatividade de uma decisão livre abre espaço para a positividade do *estado de coisas*, onde o *Big Data* dita as regras e comportamentos pessoais (HAN, 2014, p. 26).

Logo, ao transformarmos em *pessoas transparentes* ("livro aberto"), tornamo-nos *coisa* – nossos dados, nossas informações –, a qual é controlável e manipulável. É essa face do Estado, cuja transparência para com ele se impõe (compulsória) e em prejuízo de nossa privacidade, que se utiliza para fomentar sua faceta autoritária (controle), sob o argumento de que está agindo no interesse público, na segurança nacional ou do próprio Estado (eficiência).

Nessa linha, o Estado foi o primeiro a utilizar de forma ampla as informações pessoais, cujos motivos era a Administração Pública ser eficiente, tendo conhecimento de dados da população, ao passo que se utiliza do controle para ativar controles sociais, típico de Estado de regime totalitário de acordo com (DONEDA, 2019, p. 3).

O *Big Data* é o instrumento poderoso da psicopolítica, pois se desloca da vigilância passiva para o controle ativo, "nos precipita a una crisis de la libertad con mayor alcance, pues ahora afecta a la misma voluntad libre," por meio do qual é possível "adquirir un conocimiento integral de la dinámica inherente a la sociedad de la comunicación. Se trata de un *conocimiento de dominación* que permite intervenir en la psique y condicionarla a un nivel reflexivo" (HAN, 2014, p. 25). Existe uma nova forma de evolução:

> [...] incluso como una forma de mutación del capitalismo, no se ocupa primeramente de lo «biológico, somático, corporal». Por el contrario, descubre la *psique* como fuerza productiva. Este giro a la psique, y con ello a la psicopolítica, está relacionado con la forma de producción del capitalismo actual, puesto que este último está determinado por formas de producción inmateriales e incorpóreas. No se producen objetos físicos, sino objetos no-físicos como informaciones y programas. El cuerpo como fuerza productiva ya no es tan central como en la sociedad disciplinaria biopolítica. Para incrementar la productividad, no se *superan* resistencias corporales, sino que se *optimizan* procesos psíquicos y mentales. El *disciplinamento corporal* cede ante la *optimización mental*. Así, el *neuro-enhancement** se distingue fundamentalmente de las técnicas disciplinarias psiquiátricas. (HAN, 2014, p. 42).

Desse modo, a biopolítica "impede un acceso sutil a la psique. La psicopolítica digital, por el contrario, es capaz de llegar a procesos psíquicos de manera prospectiva. Es quizá *mucho más rápida* que la voluntad libre" (HAN, 2014, p. 95). Chega-se ao entendimento de que a privacidade é – e sempre foi – objeto de interesses econômicos (e não econômicos, conforme Posner), agora acelerada e potencializada pelo auxílio das TICs que oportunizam a otimização e compilação de quaisquer informações pessoais. Caracteriza-se a era do totalitarismo digital, onde os dados são meios de transparência e o dataísmo é uma ideologia em si (HAN, 2014, p. 88).

Nesse cenário que o Estado com acesso livre a banco de dados por ele geridos tem meios de monitorar e controlar seus cidadãos, uma vez que "a liberdade e a comunicação ilimitadas se transformaram em monitoramento e controle total" (HAN, 2018, p. 19).

Temos, portanto, pelo menos ventilada a hipótese de, sem controle ou *accountability*, valer-se o Estado de informações e dados de seus cidadãos e deles utilizar-se na "busca do interesse público", de suas políticas públicas e investigações criminais sem que haja quaisquer tipos de tratamento ou anuência do titular desses dados.

3 A biopolítica e psicopolítica digitais como técnicas de poder do estado: justificando a exceção da LGPD para hackear dados

A Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD -, Lei nº 13.709/2018, é o marco regulador do tratamento de informações pessoais. O art. 1º da Lei apresenta o objeto da proteção de direitos tidos como fundamentais (liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade) inerentes à pessoa natural, o que rechaça, de imediato, a ideia de proteção de dados da pessoa jurídica, documentos sigilosos, segredos de negócios, que dizem respeito a leis esparsas – como direito de propriedade intelectual e direito civil – contrariando o defendido por Posner, para o qual a proteção de dados empresariais – ou privacidade comercial – traz maiores benefícios sociais do que a de dados pessoais (2010, p. 293).

O legislador estabeleceu, como exceção, a não proteção de dados pessoais quando se trata de questões relacionadas ao Estado (segurança pública, repressão e investigações de infrações penais) e quando tratado por pessoa natural para fins particulares e não econômicos (art. 4º, inciso I, da LGPD).

Quando o Estado não garante proteção a dados pessoais nos casos exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais – que são inerentes a interesses "particulares" do Estado – valendo-se dessas informações para os fins que a lei lhe autoriza, parece que está a controlar as informações pessoais de seus cidadãos, as quais, *a priori,* passam desreguladas ou sem controle sobre si mesmo – sem *accountability* no Estado. O art. 40 da LGPD estabelece que o Estado, por intermédio da

Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), "poderá dispor sobre padrões de interoperabilidade para fins de portabilidade, livre acesso aos dados e segurança, assim como sobre o tempo de guarda dos registros, tendo em vista especialmente a necessidade e a transparência".

A *priori*, enquanto não houver regulamentação específica ditada no § 1º do artigo 4º da LGPD, o compartilhamento de dados entre órgãos da Administração Pública, previstos nos artigos 25 e 26, ambos da LGPD, para fins a que se refere o próprio inciso III do artigo 4º, deverá o Estado atender à regra geral de tratamento de dados, ou seja, deve ter anuência do titular, inclusive quanto a dados públicos, para fins diversos daqueles cujo consentimento se valeu, nos termos extraídos da exegese dos §§ 3º a 7º do artigo 7º da LGPD.

Enquanto órgão de cúpula, a ANPD, em tese, terá caráter de instância de *compliance*, uma vez que instituirá diretrizes e procedimento para a conformidade da LGPD pelas pessoas jurídicas, de direito público e privado (III, VIII, XVIII), inclusive realizar ou determinar auditorias (XVI), além de deliberar acerca da interpretação da Lei. Em princípio, a centralização de várias atribuições pela ANPD fortalece o papel de uma instância de *compliance* de caráter governamental ou *compliance* "externo", que é aquele que incumbido de "implantar as políticas de conformidade" (SCHRAMM, 2019, p. 170), porém com um viés não apenas fiscalizatório, mas também regulatório.[5]

[5] Art. 55-J. Compete à ANPD: (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

(...) III - elaborar diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade; Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

(...) VIII - estimular a adoção de padrões para serviços e produtos que facilitem o exercício de controle dos titulares sobre seus dados pessoais, os quais deverão levar em consideração as especificidades das atividades e o porte dos responsáveis; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

(...) XVI - realizar auditorias, ou determinar sua realização, no âmbito da atividade de fiscalização de que trata o inciso IV e com a devida observância do disposto no inciso II do caput deste artigo, sobre o tratamento de dados pessoais efetuado pelos agentes de tratamento, incluído o poder público; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

(...) XVIII - editar normas, orientações e procedimentos simplificados e diferenciados, inclusive quanto aos prazos, para que microempresas e empresas de pequeno porte, bem como iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem startups ou empresas de inovação, possam adequar-se a esta Lei; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

Sob esse prisma, de que o poder público por intermédio de seu aparelho estatal – órgãos e entidades – possui a atribuição de fiscalizador e também de regulador, é que se tem presente a psicopolítica tratada por Han, considerando a ausência de *accountability*.

Nessa relação de transparência (liberdade e comunicação ilimitadas) de caráter unilateral do cidadão para com o Estado, viabiliza-se o acesso irrestrito e sem controle (aparente) pelos organismos estatais, onde não estaríamos diante de um panóptico digital na perspectiva de Han, mas de biopolítica. Explique-se.

Para o autor, os inseridos no panóptico digital "comunicam-se intensivamente e expõem-se por vontade própria", participando ativamente da sua construção, onde a "sociedade digital de controle faz uso intensivo da liberdade", possível em razão da autoexposição voluntária, cuja "entrega dos dados não acontece por coação, mas a partir de uma necessidade interna", onde "reside a eficiência do panóptico digital" (HAN, 2019, p. 19).

Quando o Estado colhe informações pessoais de seus cidadãos para lhes garantir direitos, como acesso à educação, saúde ou assistência social, não o está por coação, tampouco por voluntarismo, mas por necessidade intrínseca (ou interna, como prefere Han) criado pelo biopoder – e não apenas pelo psicopoder ou psicopolítica –, isto é, pelo controle de ensejar e potencializar necessidade de acesso a bens essências (ou primários) que são disponibilizados somente a partir da entrega de dados pessoais pelo cidadão, como identificação, qualificação e localização, por exemplo, afim de aferir se tem ou não direito ao acesso a determinados bens, como matrícula em instituição de ensino público, tratamento de saúde no SUS, benefício assistencial ou previdenciário.

Não se está neste ponto "caminhando para a era da psicopolítica digital" (HAN, 2019, p. 23), porque presente está ambas as técnicas de poder (biopolítica e psicopolítica), inclusive arriscamos em denominar de *biopolítica digital* quando ocorre utilização da estrutura do Estado para controlar o acesso a bens primários pelos cidadãos e com isso extrair por meio de coação indireta (ou voluntarismo forçado) dados pessoais. Estes,

por sua vez, estão inseridos na pscipolítica digital, por serem eles *coisas* imateriais de uma pessoa controlada por terceiro (Estado) quando este faz uso para fins outros que não aqueles conscientemente concedidos outrora em razão da "necessidade humana" (biopolítica) e exigência estatal.

A ideia é garantir tutela frente a novas tecnologias e infrações penais modernas, onde o princípio da intervenção mínima do direito penal, essência modelo garantista, cede espaço a fim de tutelar "novos bens jurídicos de natureza coletiva, pelo predomínio dos tipos penais abstratos em detrimento de figuras delitivas de resultado", em razão da necessidade de antecipar a intervenção penal e prevenir o dano (MAYA, 2017, p. 64).

No contexto de uma sociedade de vigilância, o *Big Data* tudo vê, capturando todos os atos digitais dos usuários de tecnologias, utilizando-se dessas informações como poder para antecipar e decidir o futuro das pessoas e, nessa questão, não há devida transparência e *accountability,* tendo em vista que "os algoritmos utilizados por governos e grandes agentes empresariais são normalmente considerados segredos, respectivamente de Estado ou de negócios" (FRAZÃO, 2019, p. 38). Nesse sentido, "é urgente a necessidade de se introduzir mecanismos de transparência e *accountability* nas decisões algorítimicas", e é de saber, "entre o que não é conhecido, o que pode e deve ser conhecido, como pressuposto mínimo da proteção de direitos individuais e da própria democracia" e que "a transparência é pressuposto de inteligibilidade não apenas dos negócios, mas do próprio mundo" e que sem isso não será possível controlar os algoritmos. (FRAZÃO, 2019, p. 42-43).

Nessa lógica, o Estado torna-se o próprio *Big Data* que tudo vê, uma vez que a partir do momento que possui e conserva infinitas informações dos seus cidadãos – mesmo que por suas ramificações e aparelhos estatais – e lança mão da forma que melhor lhe aprouver para utilizá-las, inclusive justificando-se sobre tutela de bens jurídicos penais e/ou de interesse público, é imperioso a inserção de mecanismos de *accountability* a fim de garantir proteção dos direitos fundamentais – como a liberdade e a privacidade – do próprio Estado sob a égide do "interesse coletivo".

Não se pode olvidar em esclarecer que a sociedade da transparência é uma sociedade da informação. Informações e comunicações demasiadas não ensejam transparência, ou seja, não lançam luz ao mundo, sendo que a massificação de informações não gera verdade, e quanto mais informações liberadas mais não transparente (intransparente) torna-se o mundo, logo, "a hiperinformação e a hiercomunicação não trazem luz à escuridão" (HAN, 2017, p. 95-96).

Essa crítica de Han desperta atenção para a transparência. Na sua análise, "transparência e poder não se coadunam muito bem", pois o poder prefere andar no oculto ao passo que a transparência é que derruba a esfera oculta do poder, e que uma transparência recíproca só haveria por meio de uma supervisão permanente (2017, p. 110). Conforme Frazão, "entre o que não é conhecido, o que pode e deve ser conhecido", vai de encontro com a proposta de transparência de Han, pois se tem algo que não é conhecido – não saber – há uma relação de confiança, e não de transparência. Diz-se isso uma vez que a "confiança só é possível em uma situação que conjuga saber e não saber. Confiança significa edificar uma boa relação positiva com o outro, apesar de não saber dele; possibilita ação, apesar da falta de saber." A transparência remete a "um estado no qual se elimina todo e qualquer não saber, pois onde impera a transparência já não há espaço para a confiança" (2017, p. 111).

Para as empresas e organizações privadas que detém os dados pessoais e para o Estado, enquanto controlador dessas informações e também detentor de dados pessoais (art. 7º, III, da Lei nº 13.709/2018), não há uma relação de confiança, pois eles já têm as informações. Desse modo, todos estão incluídos em "um único panóptico" (panóptico digital como prefere HAN), porque as redes sociais e empresas de tecnologia "se apresentam como espaços de liberdades, estão adotando cada vez mais formas panópticas". Hodiernamente, as pessoas se auto expõem de forma livre e espontânea ao olho panóptico (HAN, 2017, p. 115), e que elas preferem "manipular o mundo à sua volta, escolhendo quais informações revelarão sobre si mesmas" (POSNER. 2010, p. 275).

Poder-se-ia questionar o uso indevido de dados pessoais como apropriação indébita, em analogia ao disposto no artigo 168 do Código Penal, conforme defende Carvalho (2020), para quem:

> Em relação à conduta de apropriação de dados, a mesma será possível, ainda que se aplique sobre bens imateriais (não tangíveis – informações pessoais), uma vez que sobre eles haverá posse, que significa poder de disposição sobre algo, sendo aqueles inseridos num sistema de terceiros. (CARVALHO, 2020, p. 138)

De acordo com Guilherme de Souza Nucci, não se admite analogia que venha prejudicar o réu, tendo em vista a *estrita legalidade* onde "um crime deve estar descrito em lei, mas *bem detalhado* (taxativo), de modo a não provocar dúvidas e questionamentos intransponíveis, bem como possível visualizar uma ofensa a bem jurídico tutelado, agindo o autor com dolo ou culpa" (NUCCI, 2006, p. 52).

Outrossim, a ideia de analogia no direito penal é criar uma norma penal onde não existe, não se admitindo uma analogia *in malam partem* (NUCCI, 2006, p. 55), o que se estar-se-ia a aceitar no dizer de Carvalho.

Pode-se *a priori* defender que não há tipificação penal na LGPD, tampouco pela seara da analogia, tendo em vista que a responsabilidade esculpida na lei de proteção de dados se limita a questões civis e o direito penal, em tese, não abarcaria a tutela do bem jurídico (privacidade).

Portanto, no âmbito da relação entre cidadãos e o Estado, em especial na relação de concessão de informações e dados pessoais para permitir acesso a bens primários ou essenciais disponibilizados pelo Estado, que se dá por intermédio de uma via unilateral "compulsória", isto é, desprovida de voluntarismo do titular ou ausência de coerção direta do ente estatal, a ideia de panóptico digital de Han não se aplica, por lhe carecer requisitos mínimos como o voluntarismo e ausência de coerção plena na anuência e disponibilização de dados pessoais pelos cidadãos ao Estado.

Considerações finais

O novo diploma legal brasileiro acerca da proteção de dados pessoais trouxe inovações legislativas para o ordenamento jurídico e uma nova cultura no ambiente corporativo, seja ele público ou privado, a fim de dar tratamento adequado às informações pessoais coletadas dos usuários de seus serviços, além de normatizar a ideia de que os dados são privados e seus titulares podem fazer o que melhor lhes aprouver, contendo a usurpação por corporações empresariais, que se valem e apossam-se de direitos alheios, inclusive comercializando dados de terceiros.

Ao mesmo tempo que ao Estado interessa regular o tratamento de dados pessoais ele cria um poder (psicopoder) sobre as pessoas – também compartilhado com a iniciativa privada –, mas não há de forma clara e direta – inclusive na própria lei – um mecanismo de controle pelos titulares desses dados em face do próprio Estado, como 'um controle sobre o controlador'.

Há, contudo, um encorajamento pelo Estado da criação de boas práticas de governança na seara pública e privada quanto a tratamento de dados e informações de cunho privado, o que de certa forma ensejará custos operacionais e de investimento para sua manutenção não previstos hodiernamente na iniciativa privada, assim como nos órgãos públicos com a capacitação de agentes para as novas atividades. Não há, todavia, proteção de direitos fundamentais como o da privacidade sem ônus para o Estado e, nesse caso, compartilhado com a iniciativa privada.

Em que pese haver uma governança pública sobre a própria Administração Pública – como o é o *compliance* na seara privada –, sente-se a ausência de um controle sobre a autoridade nacional (ANPD) pelos próprios titulares ou por meios de mecanismos ou instrumentos diretos como o *accountability*, o qual aparece como essencial e forma de garantir a transparência, uma vez que o Poder enseja transparência, mas não o contrário.

Logo, urge encontrar soluções, enquanto titulares de dados pessoais, de como implementar um *accountability*[6] em face do poder público, em especial à ANPD, para garantir transparência, controle e responsabilidade do poder público sobre o tratamento de dados pessoais para evitar a invasão da esfera privada de seus cidadãos.

Percebeu-se, ainda, no presente estudo, e sem esgotar a matéria, que o panóptico digital tratado por Han não se aplica na relação unilateral de informações e dados pessoais do cidadão para com o Estado, por lhe faltar requisitos como disponibilização voluntária e não coercitiva de dados, em especial quando a pessoa o dispõe por necessidade de acesso a bens de titularidade do ente público, o que enseja um "hackeamento" de dados pelo Estado.

Ainda, verificou-se que não há aplicação de efeitos penais – numa primeira leitura – acerca da responsabilização por apropriação indevida de dados por terceiros, tendo em vista a LGPD não prever expressamente essa tipificação e o direito penal

De todo o exposto, considerando a disponibilidade de dados pessoais sem controle ou conhecimento no *Big Data,* levando em conta o interesse do Estado de regular esse tratamento sem autocontrole e ter o poder de controlar essas informações, pode-se constatar que é tarefa árdua conjugar a liberdade das pessoas no ambiente digital cuja conservação está sob a gerência de organizações públicas. Aparentemente, o encaminhamento viável parece levar a *accountability* na esfera privada corporativa e também em face do próprio governo.

Referências

ALVAREZ, Bruna Acosta; TAVAREZ, Letícia Antunes**. Da proteção dos dados pessoais: uma análise comparada dos modelos de regulação da Europa, dos Estados Unidos da América e do Brasil. In:** ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi; FILIPPO,

[6] Sobre o tema ver: LEAL, Dionis Janner. Accountability no setor público sobre a perspectiva de Amartya Sen: do estado eficiente ao estado de controle e gestão de riscos. In: LUCAS, Doglas Cesar et al (Orgs.). Direitos Humanos e Democracia em tempos de crise: a proteção jurídica das minorias. Vol. 2. p. 544-558. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

Thiago Baldani Gomes de. **Brasil e EUA: temas de direito comparado.** São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017. Disponível em: https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=94288. Acesso em: 04 fev 2020.

ARGENTINA. **Constitucion de la Nación Argentina**. Disponível em: http://pdba.georgetown.edu/Parties/Argentina/Leyes/constitucion.pdf. Acesso em: 04 fev 2020.

BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges. Internet e proteção de dados pessoais: uma análise das normas jurídicas brasileiras a partir das repercussões do caso nsa vs. Edward Snowden. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito** - PPGDIR/UFRGS, v. 11, p. 340-370, 2016.

_____; _____. A privacidade e a proteção dos dados pessoais no ciberespaço como um direito fundamental: perspectivas de construção de um marco regulatório para o Brasil. **Sequência** (UFSC), v. 1, p. 109-127, 2014.

_____; _____; FREITAS, C.P.A. Proteção de Dados e Privacidade: do direito às novas tecnologias na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2018. v. 1. 251p .

BORGES DA SILVA, Fabiani Oliveira. A responsabilidade do *compliance* officer na proteção de dados pessoais. ***Revista de Direito e as Novas Tecnologias***, São Paulo, vol. 3, Abr-Jun 2019. Online. Acesso em: 24 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.709/2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em 12 set. 2020.

BRASIL. **Lei 12.846/2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em 12 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.527/2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º , no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em 13 set. 2020.

CABRAL, Flávio Garcia; CABRAL, Dafne Reichel. O Tribunal de Contas da União (TCU) e seu papel para um *accountability* horizontal efetiva. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, São Paulo, vol. 6/2018, p. 143 – 164, Jul - Set 2018.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados.** 1ª ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019. (online)

FORTES, Vinícius Borges ; BOFF, Salete Oro. An analysis of cybercrimes from a global perspective on penal law. **Revista Brasileira de Direito IMED**, v. 13, p. 7-24, 2017.

FORTES, Vinícius Borges; BOFF, Salete Oro; AYUDA, Fernando Galindo. The Fundamental Right to Privacy in Brazil And The Internet Privacy Rights in Regulating Personal Data Protection. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 11, p. 24, 2016.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais – noções introdutórias para a compreensão da importância da lei geral de proteção de dados. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo, OLIVA, Milena Donato (Coord). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **Derecho procesal constitucional. Hábeas Data. Proteción de datos personales: doctrina y jurisprudencia.** 2. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2011.

HAN, Byung-Chul. **No enxame: perspectivas do digital.** Petrópolis, RJ: Vozes, 2018.

HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica**. Traducción de Alfredo Bergés. Barcelona, ES: Herder Editorial S.L., 2014.

HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica.** Tradução de Maurício Liesen. Belo Horizonte: Editora Ayné, 2018.

HAN, Byung-Chul. **Estado de transparência**. Tradução de Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

LEAL, Dionis Janner. Accountability no setor público sobre a perspectiva de Amartya Sen: do estado eficiente ao estado de controle e gestão de riscos. In: LUCAS, Doglas Cesar et al (Orgs.). **Direitos Humanos e Democracia em tempos de crise: a proteção jurídica das minorias.** Vol. 2. p. 544-558. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019. Disponível em: https://3c290742-53df-4d6f-b12f-6b135a606bc7.filesusr.com/ugd/48d206_2da4445f97c94b8b9f8074df4630c076.pdf. Acesso em 01 set. 2020.

LEMOS, R. O Marco Civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil. In: LEITE, G.; LEMOS, R. (Eds.). **Marco Civil da Internet.** São Paulo: Atlas, 2014. p. 03–11.

MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Accountability* popular e os sistemas de governo. **Revista dos Tribunais,** vol. 990, p. 41-54, abr 2018.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGDP – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: manual de implementação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MAURMO, Júlia Gomes Pereira. A tutela da privacidade nas constituições brasileiras. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** Cadernos de direito constitucional e ciência política, São Paulo, v. 25, n. 101, p. 105-124., mai./jun. 2017. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=138663. Acesso em: 4 fev. 2020.

MAYA, André Machado. Conservação e acesso a dados públicos e privados para fins penais: a normativa legal brasileira examinada desde a perspectiva da jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 138, p. 61-87, dez.. 2017. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=139661. Acesso em: 26 jul. 2020.

NASSER FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges. Fornecimento eletrônico de dados pessoais pelos consumidores: responsabilidade civil objetiva e solidária e o dano social. **Revista de Direito do Consumidor,** São Paulo, vol. 122/2019, p. 233-263, Mar-Abr 2019. Acesso em: 24 nov. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado.** 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

RUARO, Regina Linden; SOUZA, Fernando Inglez de. Cenários de regulação da proteção de dados pessoais e os desafios de uma tutela efetiva no ordenamento jurídico brasileiro: a internet e suas implicações na privacidade e na proteção de dados pessoais. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 103, p. 197-216, maio/jun. 2017. Disponível em: http://bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_pdf.aspx?i=247799&p=16. Acesso em: 04 fev. 2020.

SEN, Amartya; DRÈZE, Jean. **Glória incerta: a Índia e suas contradições.** Tradução de Ricardo Doninelli Mendes Laila Coutinho. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, on-line.

TASSO, Fernando Antonio. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **Lei Geral de Proteção de Dados Comentada.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

TRAVIESO, Juan Antonio. Derecho Internacional de Los Derechos Humanos: clásico y futuro 3.0. In: ALDEGANI, Gustavo Roberto. **Régimen juíridico de los datos personales**. v. 1. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014.

UNIÃO EUROPÉIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu** e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32016R0679 Acesso em: 24 nov. 2019.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. **Harvard Law Review**, Vol. 4, No. 5. (Dec. 15, 1890), pp. 193-220. Disponível em: https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf. Acesso em: 23 nov. 2019.

ZIELINSKI, Dioleno Zella. **Controle social da administração pública: A lei de acesso à informação na perspectiva da dimensão da *accountability societal.*** Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 130, 2015. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucu-pira/public/consultas/coleta/trabalho Conclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?po-pup=true&id_trabalho=2367351. Acesso em: 24 nov. 2019.

9

"Você vai se arrepender de levantar a mão pra mim"[1]: o papel simbólico do Direito Penal no enfrentamento da violência contra a mulher no Brasil

Emerson Luiz de Souza Rodrigues [*]
Marina Belani[**]
Mariana Sarturi [***]

Introdução

No contexto vivenciado não apenas pelo Brasil, no qual as mulheres lutam por respeito, dignidade e igualdade social, leis e políticas públicas voltadas à temática da violência de gênero convidam a uma ampla reflexão social acerca do assunto, bem como fazem jus a um raciocínio prudente no momento de sua aplicação e análise. Inseridas em uma sociedade hetero-centrista e patriarcal, sua aplicação não está imune de obstáculos, enganos e vacuidade.

E, assim sendo, recentemente, promulgou-se mais uma lei com o escopo de enfrentar a violência de gênero: trata-se da Lei 13.104/2015 – a

[1] O título deste artigo faz referência ao refrão da música "Maria da Vila Matilde", composta por Douglas Germano e interpretada por Elza Soares no álbum "A mulher do fim do mundo". A letra integral da canção pode ser consultada em: < http://genius.com/Elza-soares-maria-da-vila-matilde-lyrics>. Acesso em: 31 out. 2016.

[*] Pós-graduando em Advocacia Criminal (UPF – Universidade de Passo Fundo); Graduação em Ciências Sociais e Jurídicas (UPF – Universidade de Passo Fundo, 2015).

[**] Pós-graduanda em Neuropsicologia e Neurociência da educação (Faculdade Metropolitana); Especialista em Neuropsicopedagogia. Graduação em Psicologia (IMED - Faculdade Meridional – Passo Fundo, 2019).

*** Bacharela em Direito pela Faculdade Meridional - IMED. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Damásio Educacional. Especialista em Direito e Negócios Imobiliários pela Damásio Educacional. Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional - IMED.

chamada Lei do Feminicídio. Tal ato corresponde à morte propositada e violenta de mulheres em conjuntura de violência doméstica e familiar ou por razões de discriminação sexual. Logo, temos uma nova categoria jurídico-penal que sanciona de forma mais rigorosa esta que é uma das formas mais radicais de violência contra a mulher.

As violências domésticas vivenciadas rotineiramente pelas mulheres país afora resultou, há dez anos atrás, na promulgação da Lei 11.340 – Lei Maria da Penha –, que pôs em prática formas de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Contudo, mesmo a partir da promulgação da já mencionada lei, verifica-se, a partir de estatísticas divulgadas por órgãos oficiais, que os índices de violência contra a mulher ainda são significativos no Brasil e que, não bastasse o não cessamento das agressões sofridas pelas mulheres, os índices, nos últimos anos – chamando atenção ao assassinato de mulheres – têm aumentado significativamente.

Assim, mais uma vez, como forma de coibir tais agressões, aprova-se, em 09 de março de 2015, a Lei nº 13.104. Esta lei institui o feminicídio, sobrepondo-o como circunstância qualificadora do artigo 121 do Código Penal e, ainda, no rol de crimes hediondos da Lei nº 8.072/1990.

Neste trabalho, objetiva-se uma análise transdisciplinar não só da Lei 11.340/2006 mas, também, da Lei 13.104/2015, com o intuito de discutir acerca do expansionismo do direito penal como forma de coibir delitos em uma sociedade complexa, com índices cada vez maiores de delinquência, bem como levar à reflexão acerca do papel que a mídia exerce sobre os cidadão quando noticia certos crimes de forma que amedronta, cada vez mais, a população e assume real papel de "comercializador do medo" com responsabilidade fundamental para o expansionismo penal. Também se fará uma reflexão acerca da função meramente simbólica do Direito Penal e a necessidade, frustrada e ilógica, legiferante em dar respostas repressivas à sociedade no que tange à violência contra a mulher. Por fim, apresenta-se uma forma com maiores chances de combater não só a violência doméstica, mas a violência de gênero, seja por mulheres ou por

outros grupos tidos como minorias e "diferentes" diante de uma sociedade calcada em instintos primitivos e preconceitos.

Logo, a motivação deste trabalho é contribuir como ferramenta de análise que permita abrir novas perspectivas para a intervenção jurídica e assistencial – que não estejam assentadas apenas no expansionismo do Direito Penal – e que permita reflexões acerca da importância de liberar-se de um discurso dicotômico e linear (homem *x* mulher / masculino *x* feminino), de estar atento a relações de poder e considerar diferenças e particularidades descentradas do normativo e de posicionamentos fixos heterocentrados.

Quanto aos objetivos gerais, a pesquisa será do tipo exploratória. Utiliza no seu delineamento a coleta de dados em fontes bibliográficas disponíveis em meios físicos e na rede de computadores. Na sua realização será utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, observando os seguintes procedimentos: a) seleção de bibliografia e documentos afins à temática e em meios físicos e na Internet, interdisciplinares, capazes e suficientes para que o pesquisador construa um referencial teórico coerente sobre o tema em estudo, responda o problema proposto, corrobore ou refute as hipóteses levantadas e atinja os objetivos propostos na pesquisa; b) leitura e fichamento do material selecionado; c) reflexão crítica sobre o material selecionado; d) exposição dos resultados obtidos através de um texto escrito monográfico.

Por fim, insta salientar que o presente trabalho não pretende elaborar um mapa da violência de gênero no Brasil, mas subsidiar uma discussão imprescindível e necessária acerca da violência contra a mulher no País e, para tanto, será posto em xeque a sociedade brasileira e, principalmente, os aparelhos estatais criados com o objetivo de sanar esta problemática.

1 Violência contra a mulher: patriarcalismo, criminologia e dados da violência

1.1 A soberania patriarcal: lugar de mulher é...

Ao longo dos séculos, a mulher ocupou posição inferior ao homem, não gozando dos mesmos direitos e sendo submetida às regras e aos padrões por eles estabelecidos (NUNES, 2014). Partindo de dados históricos, na Grécia Antiga, as mulheres eram delimitadas a execução de trabalhos manuais, os quais eram desvalorizados. Já no início da Idade Média, a mulher pôde exercer um número significativo de profissões, contudo, ainda não lhe era concedido o prestígio social. A partir do Renascimento, houve um retrocesso, implicando uma redução de direitos, onde o labor da mulher passou a ser depreciado. (BERTONI JUNIOR, 2016; RODRIGUES, 2014).

Ainda de acordo com Rodrigues (2014), no século XVIII, a ideologia liberal toma conta de diversas revoluções. Na França, a mulher, embora participasse do movimento revolucionário, não via as conquistas políticas estenderem-se ao seu sexo. Nesse momento, o feminismo adquire as características de uma prática de ação política organizada. Entre 1930 e 1940 diversas reivindicações das mulheres foram atendidas, como a possibilidade de frequentarem instituições escolares, votarem e serem votadas, e participarem do mercado de trabalho. Contudo, o fim da Segunda Guerra retomou a força de trabalho masculina, cujo discurso voltou a reservar à mulher o espaço doméstico, desvalorizando o trabalho externo feminino.

A partir da década de 1970, o movimento feminista deu visibilidade à questão, articulando sobre políticas de combate a violência contra a mulher. Passou-se a compreender que este tipo de violência é resultado direto de uma estrutura de dominação masculina (MENEGHEL, 2013). Dessa forma, se encontra dentro de um contexto histórico diversificado, "integrando uma agenda de âmbito nacional e internacional que impõe uma série de metas e ações específicas", sendo que "um desses contextos é a

noção de Estado democrático e suas relações com um certo projeto de modernidade, marcado por discursos de Direitos Humanos, cuja violência mostra-se como incompatível" (FREITAS, 2013, p. 12).

Tal condição ressalta que a Lei brasileira nº 11.340/2006, conhecida como "Lei Maria da Penha", constitui um acontecimento capaz de demandar "um novo regime de verdade, já que visibiliza o ato violento como uma infração de direitos humanos" (MENEGHEL, 2013, p. 692). O aparato legal tem como premissa a transformação da relação entre vítimas e agressores, além de elaborar o processamento desses crimes, bem como o atendimento policial e a assistência do Ministério Público nos processos judiciais.

Segundo Nunes (2014), a lei busca romper com os paradigmas da cultura sexista secular, a qual mantém a desigualdade de poder nas relações entre os gêneros. Sob tal prisma, é possível verificar a mudança de paradigma na abordagem do problema da perspectiva da dominação masculina e patriarcal, passando para a categoria de gênero.

Esses pontos direcionais têm influenciado um discurso renovado sobre as relações entre os sexos que, embora se modernize a cada dia, ainda não garante alguns direitos humanos mínimos, historicamente negados às mulheres por processos de socialização em que o modo relacional com os homens é baseado em esquemas de dominação e submissão (FREITAS, 2013). As informações históricas apresentam a luta pela busca dos direitos das mulheres, na medida em que é possível verificar o papel assumido pelo dito "sexo frágil" ao longo dos séculos.

A condição ressaltada mostra a fundamentação da definição tradicional das relações entre os gêneros, os quais, apesar de tantas lutas e conquistas, ainda encontra certo reconhecimento público do *status* social feminino. Por conta disso, há de se levar em consideração não somente fatores objetivos no processo, resultado das condições materiais de vida, assim como os valores ideológicos que estruturam as relações entre os sexos e conformadores das identidades sociais dos gêneros, para, somente

assim, efetivar as conquistas apresentadas no contexto contemporâneo (CARNEIRO, 1994).

1.2 Direito penal, criminologia e política criminal: criação de tipos penais e sua (in)eficácia em face do fenômeno da violência contra a mulher no Brasil

No que tange à política criminal, verifica-se uma forte tendência dominante na grande maioria dos países no sentido de introdução de novos tipos penais, assim como o agravamento das penas para os já existentes, fato que permite caracterizar o momento atual como um período de expansão do direito penal (SILVA SÁNCHEZ, 2002). Essa expansão do direito penal, com a formulação de novos tipos penais e legislações específicas, tem gerado certa dúvida quanto à legitimidade estatal na tutela de novos bens jurídicos, bem como certa confusão no que diz respeito à política criminal[2], criminologia[3] e direito penal[4].

Contudo, é a política criminal que tem tentado auxiliar a sociedade a partir do surgimento de novos bens jurídicos, considerados socialmente relevantes, face a demanda social, que exige cada vez mais proteção ante o incremento da criminalidade atual. Assim sendo, há certa confusão no sentido de proteção e sua eficácia, oferecida pelo Estado, pois a sociedade em sua grande maioria acredita, irracionalmente, que proteção se dá por

[2] A expressão "Política Criminal" era empregada para designar apenas o conjunto de práticas punitivas (penas) utilizadas no controle de situações conflitivas, vinculando-se a expressão exclusivamente ao campo do Direito Penal. Feuerbach (apud DELMAS-MARTY, 1992, p. 24) conceituava a política criminal como "[...] o conjunto de procedimentos repressivos por meio dos quais o Estado reage contra o crime [...]", limitando-a a uma forma de reflexão sobre o direito penal (HAUSER, 2010, p.7). Contudo, nas últimas décadas ampliou-se consideravelmente para incluir como objeto da política criminal todo o conjunto de procedimentos/estratégias através dos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal, enfatizando ainda, o sistema de prevenção no combate à criminalidade.

[3] Em se tratando da Criminologia, tem-se uma ciência empírica, com objeto de investigar além do delito e suas causas, o estudo da vítima e, de modo especial, o estudo da reação e do controle social (notadamente do controle punitivo e seu impacto sobre a sociedade e sobre a pessoa do infrator). A criminologia é uma ciência do ser, baseada na análise e na investigação da realidade, que se serve de um método empírico (HAUSER, 2010, p. 9).

[4] Quanto ao Direito Penal trata-se do conjunto de normas jurídicas que, materializando o poder punitivo do Estado, define as infrações penais com a indicação das sanções correspondentes, fixando, simultaneamente, os princípios e garantias fundamentais do cidadão perante o exercício desse poder, ao tempo em que cria os pressupostos de punibilidade e delimita o nível de participação da vítima no conflito (QUEIROZ, 2001).

meio da criação de leis severas, agravamento de penas e criação de novos tipos penais, ou seja, mera punição.

Neste intuito é que foi editada, no ano de 2006, a Lei nº 11.340 (Lei Maria da Penha), bem como, também, em 2015, a Lei nº 13.104 – que passou a tipificar o delito de "feminicídio" – que serão dogmaticamente apresentadas no decorrer do tópico 2 deste artigo – com o escopo de solucionar um grave fenômeno social que vitimiza todos os dias número elevado de mulheres em todo o país.

Pode-se observar que, um dos motivos deste descompasso entre a exacerbação legal e a prática social, está na falta de compromisso da produção legislativa com a consciência de responsabilidade e adequação social. Esta é agravado a partir do emprego de medidas provisórias como fonte de normatização, para atender um anseio momentâneo do povo, desconsiderando a necessidade da realização da dignidade humana. Diante da ineficiência da ordem jurídica, pouco comprometida com sua função social, surgem, naturalmente, os 'procedimentos jurídicos marginais' (ADEODATO, 1992).

Pode-se concluir que a produção desenfreada de normas jurídicas, muitas das vezes, em desacordo com a realidade social, têm sido utilizadas, por alguns, como "arma política" para obtenção de votos, tem privilegiado os interesses das classes dominantes, sem comprometimento algum com responsabilidade social, políticas públicas e direitos humanos. Geram-se, assim, normas ineficazes – como, por exemplo, as leis já mencionadas, que foram criadas com o objetivo de coibir a violência de gênero, mas que, na prática, não surtiram os efeitos desejados – como se demonstrará na sequência.

Andrade (1996), destaca a crise de legitimidade que o direito passa a enfrentar a partir das tentativas de regular toda e qualquer situação, depositando neste uma crença de que todos os problemas sociais podem ser resolvidos através de uma solução legal. Dessa forma, percebe-se o equívoco na crença de que o combate à violência e à criminalidade pode se dar pela via exclusiva do direito penal, e através de novas leis e penas mais

elevadas. É muito difícil compreender que possa ser justo que se imponha um mal a alguém para que outros se omitam de cometer um mal (ROXIN, 1993). A quantidade de leis severas ou a criação de novos tipos penais que fazem do direito penal a primeira e única solução, não conseguiram dar cabo, não só à violência de gênero, mas à violência e à criminalidade de forma geral, uma vez que a lei penal, sozinha, não consegue alterar a realidade.

Não é a partir do direito penal, nas sanções de novas leis mais severas e duras que será encontrada a resolução deste problema. "A violência sexista se configura como um sério problema de saúde pública em razão das consequências negativas que se associam a sua ocorrência, impedindo e prejudicando o desenvolvimento de uma vida saudável", o que decorre do "alto custo social resultante, como também pelas perdas humanas, gastos com atendimentos no setor da saúde e no âmbito jurídico" (GRIEBLER; BORGES 2013, p. 216). Isso faz pensar seriamente em medidas de políticas sociais e púbicas para conscientização de todos os indivíduos que todos somos iguais e ninguém é, de certa forma, objeto para ser posse de outrem.

Olvida-se que a solução perpassa pela implementação de políticas sociais públicas voltadas ao respeito e ao fortalecimento do único elo que nos liga um ao outro, independentemente de cor, raça, credo, posição política, condição sexual ou a distinção biológica homem/mulher: trata-se do elo que se resume à condição de "ser humano", em seu sentido mais simples. Quando todos entenderem que o que nos define é a condição humana e aprender a respeitar qualquer diferença existencial entre si, é que poderá observar uma diminuição dos atos de violência.

A política apresentada no sentido de conter a violência e o crime pela via do incremento do direito penal despreza as intensas desigualdades sociais e as enormes demandas públicas por saúde, educação, trabalho, moradia, que geram ansiedades por expectativas frustradas numa sociedade de consumo e são causas de tensões, de violências e, no passo seguinte, de criminalidade (BOSCHI, 2006).

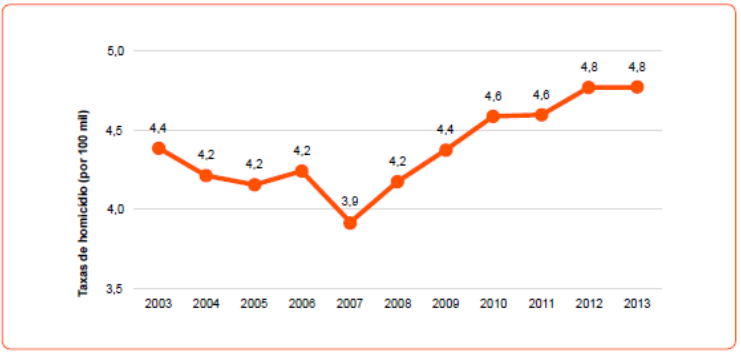
1.3 Homicídios contra mulheres: a atual conjuntura do Brasil em números

A violência cometida contra a mulher é um assunto que vem ganhando espaço em debates tendo em vista a luta por igualdade e segurança buscadas por grupos militantes. É conceituada como "qualquer ato que resulta ou possa resultar em dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, inclusive ameaças de tais atos, coerção ou privação arbitrária de liberdade" seja em público ou na vida privada, incluindo maus tratos, castigos, agressão sexual, incesto, pornografia. (KRONBAUER; MENEGHEL, 2005). Nesse rol, não se pode esquecer da mais violenta de todos as formas de violência: o homicídio.

Na busca de diminuir as desigualdades em relação aos homens, e na tentativa de coibir a violência doméstica e o homicídio contra a mulher, foram promulgadas no Brasil as já referidas Leis Maria da Penha e do Feminicídio. Contudo, tem se percebido certa ineficácia em seu propósito, o que pode ser comprovado com o aumento significativo de homicídios de mulheres no Brasil, conforme o Sistema de Informações de Mortalidade, da Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde.

Em análise ao período de vigência da Lei Maria da Penha, que entrou em vigor no ano de 2006, observa-se que a maior parte deste aumento se deu sob a égide da nova lei. Em um primeiro momento, houve uma queda expressiva nas taxas de crimes cometidos contra mulheres; contudo, voltou a crescer no decorrer dos anos, como pode-se perceber a partir da análise do gráfico de 2013, a seguir:

Gráfico 3.1. Evolução das taxas de homicídio de mulheres (por 100 mil). Brasil. 2003/2013

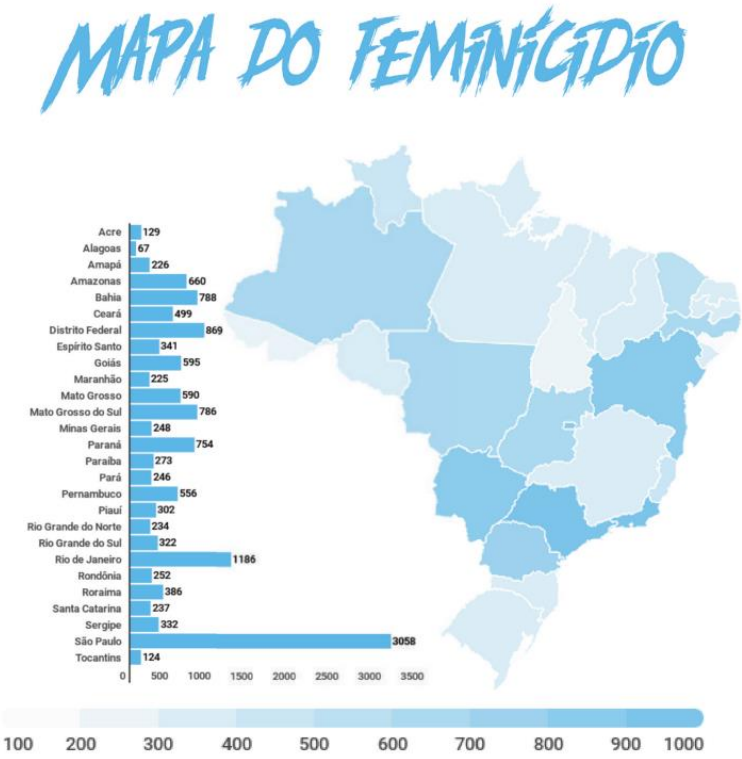


Fonte: Mapa da Violência 2015. Homicídio de mulheres no Brasil.

Observa-se que no ano da promulgação da Lei Maria da Penha, houve uma queda considerável no número de homicídio de mulheres. Contudo, o aumento desse número demonstra que, de fato, esta lei não vem trazendo salvaguarda efetiva. De acordo com Bertoni Junior (2016), a violência contra a mulher se reveste de complexidade conceitual, assim como diferentes significados e causas, sendo instrumento de controle do homem, que se sente possuidor e com direitos sobre a mulher, inclusive casos que culminam no direito sobre a vida.

O relatório Mapa da Violência (2018), que identificou 68.811 casos entre janeiro e novembro de 2018. O estudo foi descrito nas categorias: vítimas de estupro, importunância sexual, violência online, violência doméstica e feminicídio. Nesse período, foram registrados 32.916 casos de estupro, 49,8% cometidos por companheiros e parentes; 14.796 casos de violência doméstica, sendo 58% cometidos por companheiros e 42% por demais familiares; 15.925 casos de mulheres assassinadas, desses, 95,2% realizados por companheiros das vítimas, e 4,8% por demais familiares; entre outros casos a partir das categorias que a pesquisa apresenta.

O gráfico a seguir permite evidenciar o feminicídio em números, nos diversos estados brasileiros, com base em janeiro a novembro de 2018:



Fonte: Mapa da violência, 2018

O Mapa da Violência de 2018 revela que, no Brasil, aproximadamente, a cada 17 minutos uma mulher é agredida, a cada 30 minutos uma mulher sofre violência psicológica ou moral, a cada 3 horas um caso de caráter privado, são registrados 8 casos de violência sexual por dia, e 33 mulheres assassinadas por semana.

Como pode-se verificar, embora o endurecimento ou a criação de normas específicas, não foi possível sequer prever, quanto mais garantir, que tal ato seja suficiente para evitar as diversas formas de violência perpetradas contra as mulheres. Percebe-se que a violência contra a mulher vem se mostrando como um fenômeno mundial, que tem atingido todas as classes sociais. As vítimas são marcadas, principalmente, por uma condição sexual. Por isso a terminologia sexista, reflexo de uma sociedade machista e patriarcal.

2. As leis nºs 11.340/2006 e 13.104/2015: tratamentos inovadores para o combate de uma praga social crônica?

2.1 A Lei Maria da Penha: antídoto 1

A edição da Lei nº 11.340/06 surgiu a partir de um fato ocorrido com a Senhora Maria da Penha Fernandes[5], utilizada como símbolo da impunidade no que tange à violência contra a mulher no Brasil. Depois de martirizada pelo companheiro, Maria da Penha juntou-se a movimentos sociais que buscavam a igualdade de tratamento judicial para todos e direitos distintos às mulheres vítimas de agressões. Assim, "em 7 de agosto de 2007, foi promulgada a Lei 11.340 que leva seu nome, para entrar em vigor 45 dias após a publicação no Diário Oficial da União de 08/08/2006" (SNMT/CUT, 2007, p. 9).

Desde então, a lei é considerada como um "estatuto de proteção à mulher vítima de violência, seja de caráter letal ou lesivo, que lhe cause sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial", conforme dispõe o seu art. 5º[6]. Este mesmo dispositivo tipifica aquilo que legalmente passa a ser considerado como violência doméstica e familiar contra mulheres, tendo por precursor o artigo 226, parágrafo 8º, da Constituição Federal[7]. Esta lei trouxe inúmeros aspectos considerados

[5] Maria da Penha Fernandes sofreu agressões de seu companheiro, durante seis anos, duas delas mais graves em 1983. A primeira com uso de arma de fogo, enquanto dormia, o que a tornou paraplégica. A segunda agressão, dias após a primeira, com choque elétrico e tentativa de afogamento enquanto se banhava e já estava limitada pelas sequelas da violência anteriormente ocorrida. Condenado pela Justiça brasileira, o agressor continuou em liberdade, amparado por sucessivos recursos. Inconformada, Maria da Penha conseguiu que seu caso fosse levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que responsabilizou o Estado brasileiro por negligenciar a violência praticada contra essa mulher, tendo recomendado medidas pertinentes ao caso e também indicado a implementação de políticas públicas destinadas a amparar as mulheres brasileiras vítimas de violência doméstica. Somente o constrangimento decorrente da denúncia em âmbito internacional, permitiu que o processo judicial fosse encerrado em 2002 e o agressor de Maria da Penha fosse preso em 2003, para cumprir pena de reclusão (SNMT/CUT, 2007, p. 9).

[6] O inteiro teor da referida Lei encontra-se disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

[7] "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado:

[...]

inovadores em relação ao tema, porém, está carregada de dissonâncias em relação ao ordenamento jurídico vigente.

Dentre as inovações trazidas pela Lei Maria da Penha destacam-se:

> a) a violência contra a mulher, independe de sua orientação sexual;
> b) a vítima-mulher só poderá renunciar à denúncia da agressão em presença do magistrado;
> c) veda a aplicação de procedimentos lei 9.099/95 nos casos de violência contra a mulher, excluindo textualmente a aplicação de qualquer modalidade de pena alternativas ao agressor, além de requerer da vítima a representação de advogado ou defensor e de retirar dos Juizados Criminais competência para julgar os delitos de violência contra a mulher;
> d) determina que a mulher seja notificada dos atos processuais, especialmente quanto ao ingresso ou saída do agressor da prisão;
> e) altera o Código de Processo Penal, concedendo ao juiz o poder de decretar prisão preventiva do agressor, sempre que este ameaçar a integridade física ou psicológica da mulher e fixa a pena de agressão contra mulheres, de 3 (três) meses a 3 (três) anos de prisão.
> f) assegura a vigência do contrato de trabalho para a mulher vítima de violência doméstica e familiar enquanto a mesma estiver sob proteção jurisdicional.
> g) cria os Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência criminal e civil, inclusive para administrar questões do Direito de Família que envolva a violência contra a mulher;
> h) recomenda atuação junto aos novos Juizados, de uma rede de instituições da União, dos Estados e dos Municípios, de organizações da sociedade civil e de equipe multidisciplinar para atuar nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher (AMORIM, 2007, p. 11).

Contudo, embora a Lei tenha trazido (ou pelo menos tentado trazer) segurança e igualdade às mulheres no que tange ao acesso à justiça, não se pode deixar de considerar seu caráter punitivo, por vezes desesperador e ansioso em dar uma resposta ao Mundo – diante da intervenção da Corte Interamericana de Direitos Humanos – e que

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (Constituição Federal Brasileira de 1988." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

> o enfrentamento da violência de gênero, a superação dos resquícios patriarcais, o fim desta ou de qualquer outra forma de discriminação não se darão através da sempre enganosa, dolorosa e danosa intervenção do sistema penal, como equivocadamente creem mulheres e homens que aplaudem o maior rigor penal introduzido por legislações como a Lei brasileira nº 11.340/2006 (KARAM, 2006, p. 6).

Dentre as dissonâncias encontradas na lei, há posicionamentos que apontam a indevida supressão de direitos. Karam (2006, 2007), cita exemplos, como a negação da isonomia, a partir da exclusão da incidência da Lei nº 9.099/95 em situações de crimes de violência contra a mulher, e ainda, na vedação da aplicação de penas de prestação pecuniária e de substituição da pena privativa de liberdade que implique o pagamento isolado de multa. Outra questão trazida pela autora, é que a proteção à mulher não hesita em violar o direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência familiar. A restrição ou suspensão de visitas a filhos viola esse direito, o qual é assegurado tanto na Constituição Federal, quanto na Convenção sobre os Direitos da Criança.

Trata-se de uma falsa sensação de problema resolvido por meio da imposição de restrições jurídicas, confundidas com uma política criminal capaz de resolver ou sanar o problema, uma vez que, na maioria das vezes, a condenação criminal dos companheiros não é a real intenção da vítima de agressão. Penalizar tem se mostrado apenas um respaldo político com objetivo de dar uma resposta ao clamor social, induzido por notícias sensacionalistas. Fosse fantasioso afirmar que tem se criado leis simbólicas para dar a sensação de "dever cumprido" não teria sido criada outra Lei para sanar um velho dilema, como exposto a seguir.

2.2 A Lei nº 13.104/2015 e o aumento da dosagem: feminicídio, o antídoto 2

Muito embora a Lei "Maria da Penha" tenha representado um marco para o processo histórico de construção e reconhecimento dos direitos das

mulheres como direitos humanos no Brasil, sendo um importante mecanismo para o combate à violência contra as mulheres, nota-se que há dificuldades, fragilidades e limitações. São exemplo, o descumprimento das medidas protetivas de urgência pelos agressores e a dificuldade dos serviços de segurança pública em proteger efetivamente as vítimas de agressão.

A Organização da Nações Unidas (ONU), "reconhece a violência contra as mulheres como uma forma de discriminação e violação de direitos humanos". Em razão disso, os estados signatários, dentre os quais está o Brasil, "se obrigaram a tomar uma série de medidas e ações que visam alcançar a igualdade entre homens e mulheres." Isso "em matérias como participação na vida política, social, econômica e cultura, acesso à alimentação, saúde, ensino, capacitação, oportunidades de emprego e satisfação de outras necessidades" (BUZZI, 2014, p. 69). Ou seja, passa-se a cobrar uma solução por parte dos países nos quais se vislumbra a problemática da violência contra a mulher com maior contundência.

O termo "feminicídio" foi utilizado pela primeira vez em um documento internacional acordado na 57ª Sessão da Comissão sobre o Status da Mulher, da ONU, e aprovado em março de 2013, com uma recomendação para "reforçar a legislação nacional, a fim de punir assassinatos violentos de mulheres e meninas relacionados a gênero (*gender-related*) e integrar mecanismos ou polícias específicos para prevenir, investigar e erradicar essas deploráveis formas de violência de gênero" (SENADO FEDERAL, 2013, p. 1004).

A Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra as Mulheres (Convenção de Belém do Pará), aprovada em 1994 e da qual o Brasil é signatário, foi um importante instrumento, a qual se estabelece o direito de toda mulher a uma vida livre de violência, tanto no âmbito público como no privado. Refere-se ainda que toda mulher tem direito ao reconhecimento, gozo, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades consagrados pelos instrumentos regionais e internacionais. Entende-se, segundo Buzzi (2014), que o Estado será

responsabilizado pelas violências cometidas contra as mulheres quando não adotar as medidas adequadas para sua prevenção, sanção e erradicação.

Em concordância com os instrumentos internacionais aprovados, os países da América Latina e Caribe[8] aprovaram leis internas que desenvolvem os princípios contidos nas normas sobre proteção e promoção dos direitos das mulheres. Todavia, com o número de violência contra as mulheres cada vez mais alarmantes e, tendo em vista a fragilidade de efetividade da Lei nº 11.340/2006, através de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) da violência contra a mulher e do Projeto de Lei do Senado do ano de 2013, altera-se o Código Penal Brasileiro e cria-se o feminicídio[9].

Ao justificar a proposta, a CPMI da violência contra a mulher ressaltou o assassinato de 43,7 mil mulheres no país entre 2000 e 2010, 41% delas mortas em suas próprias casas, várias por seus companheiros ou ex-companheiros. O aumento de 2,3 para 4,6 assassinatos por 100 mil mulheres entre 1980 e 2010 colocou o Brasil na sétima posição mundial de assassinato de mulheres (BASTOS, s.d. p. 336).

Ressaltou, ainda, a CPMI, que o feminicídio se configura como

> a última instância 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 aos assassinatos; como destruição da identidade da mulher, pela

[8] Quanto à tipificação expressa do feminicídio, sete países da América Latina tomaram a decisão política de tipificar o feminicídio/femicídio: Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Nicarágua, Chile, México, Peru tipificaram expressamente a figura do feminicídio (BUZZI, 2014, p. 72).

[9] O termo *femicide* foi utilizado pela primeira vez no Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, em Bruxelas, no ano de 1976, por Russel, para caracterizar o assassinato de mulheres pelo fato de serem mulheres. No entanto, naquela ocasião, não foi dado um conceito sobre o tema, o que veio a ser feito posteriormente, em 1990, juntamente com Caputi, quando definiram *femicide* como "o assassinato de mulheres realizado por homens motivado por ódio, desprezo, prazer ou um sentido de propriedade sobre as mulheres".

Neste ensejo, o termo *femicide* como um *continuum* de violência contra as mulheres "estabelece conexões entre as variadas formas de violência, como o estupro, o incesto, o abuso físico e emocional, o assédio sexual, o uso das mulheres na pornografia, na exploração sexual, a esterilização ou a maternidade forçada etc., que, resultantes em morte, se convertem em femicídio (GEBRIM, 2014, p. 59*)*".

> mutilação ou desfiguração de seu corpo; como aviltamento da dignidade da mulher, submetendo-a a tortura ou a tratamento cruel ou degradante". (SENADO FEDERAL, 2013, p. 1.003).

As conclusões da CPMI foram categóricas em afirmar que "a importância de tipificar o feminicídio é reconhecer, na forma da lei, que mulheres estão sendo mortas pela razão de serem mulheres, expondo a fratura da desigualdade de gênero que persiste em nossa sociedade". Esta tipificação tem importância social, "por combater a impunidade, evitando que feminicidas sejam beneficiados por interpretações jurídicas anacrônicas e moralmente inaceitáveis, como o crime passional. Salientou-se que esta protege "a dignidade da vítima, ao obstar de antemão as estratégias de se desqualificarem, midiaticamente, a condição de mulheres brutalmente assassinadas, atribuindo a elas a responsabilidade pelo crime de que foram vítimas". (SENADO FEDERAL, 2013, p. 1004).

Contudo, tendo em vista a prematuridade da lei bem como, a justificativa para sua criação ser baseada em dados passados, resta esperar para saber se essa nova tipificação será capaz de coibir delitos desta natureza e desenraizar da sociedade essa forma machista de constituir o mundo através do patriarcado ou, foi apenas mais uma tentativa de remediar, através do direito penal, uma velha doença social que, por si só, deveria envergonhar o ser humano em sua plena condição.

3. O expansionismo do direito penal: a mídia, o medo e o direito penal simbólico

3.1 "Corta pra mim": guerra por audiência, sensacionalismo e o medo incutido pela mídia na população

Uma das características da sociedade globalizada é a influência cada vez maior dos meios de comunicação de massa nos processos de formação da opinião sobre os mais diversos assuntos (WERMUTH, 2011). Assim,

pode-se dizer que indivíduos impregnados de preconceitos, ideologias distorcidas sobre tudo e sem base intelectual referencial coerente, têm se tornando especialistas nas mais diversas áreas, propagando ideias distorcidas.

Há um "apavoramento" social indiscutível e, por vezes, imensurável, através de "publicações informativas" com títulos sensacionalistas em jornais e revistas e, principalmente, com o circo de horrores transmitidos em famosos programas televisivos. Isso tudo, em verdade, "tem tornado os indivíduos os autênticos excluídos de um sistema que segrega e encarcera cidadãos em seus próprios lares, tornando nítida a total incapacidade Estatal em oferecer às pessoas uma espécie mínima de segurança pública qualitativa." (BERNARDES, 2010, p. 274).

Nota-se, a partir de Wermuth (2011), que o medo de tornar-se vítima de um delito, transforma-se em mercadoria da indústria cultural, ideia que vem de acordo com Callegari (2013), que afirma que nesse contexto de insegurança, risco e complexidade, nada seria mais "lucrativo" do que lidar com o medo. Assim, para a conquista desse nicho, a real imagem dos fatos sociais é manipulada em busca de maior audiência. O autor justifica que, certos casos são minuciosamente "escolhidos" pela mídia como "carro chefe" da programação e passam a instigar a população na busca por "justiça".

Nesse contexto, analisando os conteúdos midiáticos relacionados à matéria criminal, pode-se verificar que o papel desempenhado pela mídia em relação ao Direito Penal atual, além de contaminar subjetivamente seu público, parece que "pretende se substituir aos próprios tribunais, esforçando-se para realizar, por seus próprios recursos, um julgamento virtual do caso concreto, de repercussão infinitamente superior à da própria persecução penal" (BECHARA, 2008, p. 420).

Pode-se perceber que a apresentação televisiva de problemas sociais reais sofre uma espécie de "recortes na realidade, de forma a apresentar ao público apenas fatos que interessem a todos" (WERMUTH, 2011, p. 46) que, de certa forma, são capazes de gerar uma opinião comum a todos aos

que veem mas, contudo, sem capacidade real de resolução do problema apresentado ou, então, induzindo o cidadão à sensação de que apenas execrando estereótipos é que se poderá colocar fim ao problema da criminalidade.

Assim, nada mais natural que, em face dos sentimentos primitivos que ligam os indivíduos ao Direito Penal, pareça haver uma atração social irresistível a legitimar a atuação da imprensa. Afinal, há uma curiosidade pública, agora já convertida em "comoção pública", e essa "opinião pública" (ou opinião da imprensa, transmutada em opinião pública) reclama a pronta resolução dos casos noticiados, com a severa punição de seus agentes, normalmente já pré-julgados (BECHARA, 2013). É nesse exato ponto que se pretende fazer uma reflexão acerca do caráter simbólico da legislação produzida no Brasil para o enfrentamento à violência contra a mulher, buscando evidenciar traços de um modelo de Direito Penal simbólico.

3.2 "Criar a impressão de que algo fora feito": a Lei Maria da Penha e a Lei do Feminicídio como manifestações de um modelo de Direito Penal Simbólico

A partir das fragilidades já citadas, no que tange a Lei nº 11.340/2006, conclui-se que frente ao crescente aumento da violência, recorre-se ao direito penal para tranquilizar a opinião pública, que clama por uma solução repressiva. Cabette (2014), afirma que há uma clara demonstração de irresponsabilidade e indiferença destes, frente aos problemas sociais, supervalorizando seus interesses políticos imediatos, sua imagem e autopromoção.

Assim, não se pode negar que o fomento por novas leis ilude a sociedade mostrando uma forma incapaz de solucionar o problema e que tem como "uma das piores consequências do "Direito Penal Simbólico" o abandono ou desestimulação da busca por soluções reais, optando-se pela

repetição infindável "de um discurso que só traz tranquilidade através de uma solução ilusória" (ZAFFARONI, 2006, p. 77).

Pode-se dizer que o "Estado ao invés de introduzir elementos de racionalidade nas demandas por mais segurança, alimenta-se em termos populistas (SILVA-SÁNCHEZ, 1999.), dado que "la legitimidad del poder público exige que la promesa de la seguridad crezca con los riesgos, y sea ratificada ante la opinión pública" (PÉREZ CEPEDA, 2007, p. 51).

Neste contexto, é que se inicia a proliferação de normas penais que, na maioria das vezes, mostram-se incapazes de resolverem o problema, mas são capazes de fictamente demonstrar à sociedade que o problema está sendo resolvido, ou pelo menos, se está tendo conhecimento do fato e dando a ele "atenção", em troca de simpatizantes de um movimento repressor e, reflexamente, alguns, ou muitos votos.

Ainda, há de se dizer, que o emprego do direito penal é meio de baixo custo no momento de articular soluções para problemas sociais, visto que as medidas e programas sociais são sempre de valor elevado, do ponto de vista financeiro, e exigem conhecimento específico intelectual e social, aliados à paciência e à persistência, uma vez que um bom trabalho de educação e conscientização desde o início da vida social/escolar de um indivíduo leva anos. O recurso à legislação penal como forma fácil e rápida para solução de problemas sociais nada mais é que

> un espetáculo de fuerza punitiva contra ciertos indivíduos es utilizados para reprimir cualquer tipo de reconocimiento de la incapacidade del Estado para controlar el delito em niveles aceptantes. Una predisposición a impartir castigos severos a lós delicuentes mágicamente compensa el fracaso em brindar seguridad a la población en genreal (GARLAND, 2005, p. 226).

A legislação penal produzida nestes moldes, revela-se muito conveniente às pretensões políticas de curto prazo, visto que "os símbolos jurídicos possuem uma função manipulativa, uma vez que criam na população deslumbramento, tranquilidade e ilusões, conduzindo-a, portanto, a uma falsa percepção da realidade". Nesse sentido, "as funções do Direito Penal são pervertidas e são oferecidas à opinião pública perspectivas de

solução aos problemas que não correspondem com a realidade" (WERMUTH, 2011, p. 58).

Em suma, a legislação penal simbólica contém em seu cerne a sua principal "virtude": representar ações enfáticas objetivando a repressão do crime e confortar o público, tendo em vista que são aprovadas no calor da indignação popular em face de crimes violentos marcantes, assim, foi promulgada a chamada Lei Maria da Penha no ano de 2006. Como já exposto, não se suportava mais a violência sofrida pelas mulheres, e diante da interferência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, buscou-se uma saída rápida ao problema.

Todavia, não se questionou a necessidade de política social pública, questiona-se, dez anos depois, se a "solução" encontrada (edição da Lei) foi capaz de mudar o cenário nacional, pois, percebe-se que medidas penais não são significativamente efetivas na redução de casos de violência contra a mulher. Pelo contrário, elas visam apenas a dar uma resposta repressiva a um problema de variadas causas que é a violência de gênero (ANJOS, 2006).

O Brasil ocupa a quinta posição no *ranking* internacional de países com mais homicídios contra mulheres (MAPA DA VIOLÊNCIA, 2015). Esses dados evidenciam que a mera criação normativa não foi capaz de coibir tais crimes e, tampouco, de tratar das vítimas desse tipo de violência com humanismo, respeito, atenção e eficácia merecidas, uma vez que a reincidência delitiva chega ao patamar de 49,2%. Comprovasse o fracasso que foi remediar o caráter crônico da violência contra a mulher, que permanece faticamente inalterada, como se evidencia por meio de reportagens como:

05/09/2016 14h15 - Atualizado em 05/09/2016 14h19

Mulher é morta a facadas pelo marido por ciúmes na Bahia

Crime ocorreu no domingo (4), em Feira de Santana, a 100 km de Salvador. Vítima já tinha registrado ocorrência duas vezes contra o companheiro.

[10]

[10] Disponível em:< http://g1.globo.com/bahia/noticia/2016/09/mulher-e-morta-facadas-pelo-marido-por-ciumes-na-bahia.html> Acesso em: 21 out. 2016.

06/09/2016 05h18 - Atualizado em 06/09/2016 14h21

Marido que deixou recado após matar mulher usou barra de ferro, diz polícia

Maria da Conceição, de 42 anos, foi morta após ter sido atacada pelo marido. Vladimir Barros da Silva não aceitava separação. Ele se entregou e foi preso.

[11]

15/08/2016 11h31 - Atualizado em 15/08/2016 11h31

Marido mata mulher a marteladas após traição e é preso em MT, diz PM

Mulher, de 31 anos, foi encontrada morta com uma sacola na cabeça. Marido se entregou e alegou que a mulher o tinha traído há alguns dias.

[12]

Era, evidentemente, necessário tomar mais uma atitude para demonstrar à sociedade que estaria se "tomando as rédeas" dessa situação. Eis que surge a resposta para esta triste realidade: a promulgação da Lei nº 13.104/2015 – Lei do Feminicídio, a qual reacende a discussão sobre a função simbólica do Direito Penal e sobre as necessidades punitivas mais rigorosas que precisam ser tomadas.

Assim, se havia alguma dúvida quanto ao caráter simbólico da Lei 11.340/2006, esse, resta, quase que pacificamente, indubitável. Mais uma vez se vê "o mero ato de produção e promulgação de normas penais destinadas a produzir, frente à opinião pública, a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido" (MELIÁ, 2005, p. 95). Novamente, "diante de fatos sociais graves, cujas soluções demandam ações complexas que não se produzirão em curto prazo e que exigem transformações econômicas e culturais significativas, se propõem respostas meramente repressivas ou punitivas" (ZAFFARONI, 2001, 154).

Vê-se repetitiva e incansavelmente o cometimento de mais um erro: após o advento do feminicídio, nada melhorará na vida das mulheres em risco de sofrerem violência ou mesmo serem assassinadas. Cabe relembrar que o feminicídio trata-se apenas de um novo *nomen iuris* atribuído a um

[11] Disponível em:< http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2016/09/marido-que-deixou-bilhete-apos-matar-mulher-usou-barra-de-ferro-diz-policia.html> Acesso em: 21 out. 2016.

[12] Disponível em: <http://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2016/08/marido-mata-mulher-marteladas-apos-traicao-e-e-preso-em-mt-diz-pm.html> Acesso em: 21 out. 2016.

crime já previsto no Código Penal[13] e que continua tendo, inclusive, a mesma pena.

Afora o fato já mais do que repetido pelos estudiosos do Direito de que a seara criminal não é a panaceia para todos os males. A base do Direito Penal simbólico é: fingir que não se sabe dessas constatações há tempos disseminadas pela melhor doutrina e pela ciência criminal. Fingir que não sabe o que na verdade sabe e seguir produzindo leis inúteis, mas que rendem para certas pessoas e perante determinados grupos dividendos políticos (CABETT, 2015), para mais uma vez criar a impressão de que algo está sendo feito.

3.3 "Educai as crianças e não será preciso punir os homens": políticas públicas e sociais como meio de enfrentamento à violência de gênero

O sistema penal por si só se mostra ineficaz para proteger as mulheres contra a violência, segundo Andrade (1995), além de não prevenir, não escuta os distintos interesses das vítimas, não contribui para a compreensão da violência sexual e a gestão do conflito e, muito menos, para a transformação das relações de gênero.

Ainda conforme o autor, há uma seleção de acordo com sua reputação sexual, estabelecendo uma linha divisória entre as mulheres consideradas 'honestas' (do ponto de vista da moral sexual dominante), que podem ser consideradas vítimas, e as mulheres 'desonestas' (das quais a prostituta é o modelo radicalizado), estas enfrentam "abandono", por não se adequarem aos padrões de moralidade sexual impostas pelo patriarcado.

Nesse sentido, uma possível resolução para a problemática que envolve violência de sexo/gênero[14], é um forte investimento – aliado a

[13] Artigo 121, § 2º, I, in fine, do Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 de Out. de 2016

[14] A terminologia gênero alude à identidade social de mulheres e homens, determinadas conforme o contexto histórico de determinada época, de forma literal: à "organização social da relação entre os sexos", enfatizando, desse modo o caráter social nas distinções baseadas no sexo. (SCOTT, 1995, p. 72). Ou ainda, "o conjunto modificável das características culturais, sociais e educacionais atribuídas pela sociedade ao comportamento humano, qualificando-o de masculino ou feminino (LOPES, 2008, p. 17)".

comprometimento político e trabalho árduo – em políticas públicas, principalmente na área de educação. Com efeito, pode-se afirmar que este é o único meio capaz de transformar a realidade social de implementação da igualdade e do respeito de gênero, razão pela qual se mostra necessário "criar políticas de incentivo para o desenvolvimento de estratégias de reconhecimento da natureza complexa da violência contra a mulher, para alcançar uma abordagem integral do fenômeno na aplicação de medidas resolutivas" (ALVES, 2012, p. 6).

Implementar políticas públicas referentes ao gênero implica desafios relacionados a vencer resistências internalizadas (OLIVEIRA; CAVALCANTI, 2007), na maioria das vezes, dificultadas não apenas pelo preconceito, mas também, pela própria religiosidade dos novos representantes legiferantes. Contudo, não há outro meio mais fácil de trabalhar para a (re)construção, seja da cidadania das mulheres vítimas de violência doméstica, seja pela igualdade nas relações de gênero existentes em nosso meio.

Faz-se necessário, cada vez mais, discutir, não apenas as várias formas de violências enfrentadas pelas mulheres, mas ampliar esse debate e falar de gênero na busca pelo respeito, dignidade e igualdade desde o inicio da formação da personalidade da criança, uma vez que pesquisas demonstram que há desrespeito e não aceitação de indivíduos tidos como "diferentes" não só pela classe de alunos, mas também pela de professores e em qualquer nível de ensino.

Tomando por base a definição acima se pode compreender que sexo e gênero são conceitos distintos. "Embora a unidade indiscutida da noção de 'mulheres' seja frequentemente invocada para construir uma solidariedade da identidade, uma divisão se introduz no sujeito feminista por meio da distinção entre sexo e gênero." (BUTLER, 2010, p. 24).

Nessa linha de raciocínio, podes-se dizer que sexo traduz os traços biológicos que distinguem o homem da mulher, enquanto gênero se refere às diferenças impostas pela sociedade entre as características biológicas e os papeis masculinos ou femininos. Logo, gênero é sociológico enquanto sexo é biológico.

E, neste ensejo, tais concepções traduzem de certa forma, as representações sociais de gênero, pois constituem criações da sociedade a partir das diferenças sexuais de homens e mulheres.

Veja que de acordo com as normas estabelecidas na sociedade, ser homem pressupõe ser viril, masculino, forte, ágil, objetivo, competitivo, racional, intelectual, dominador do espaço privado, autoritário, ocupante do espaço público e provedor. Enquanto ser mulher pressupõe, de acordo com padrões socialmente impostos: ser feminina, meiga, dócil, tranquila, frágil, romântica, dependente, ocupante do espaço privado, mãe, esposa exemplar e submissa.

A Pesquisa Nacional Sobre o Ambiente Educacional no Brasil (2016), apontou os seguintes dados: 60% dos alunos não se sentiam seguros na escola, por sua orientação sexual, e 43% por sua identidade/expressão de gênero; 48% ouviram comentários pejorativos sobre LGBT's, sendo que, 55% afirmaram ter ouvido comentários negativos especificamente sobre pessoas trans; 73% foram agredidos verbalmente na escola por sua orientação sexual, 27% dos estudantes LGBT's foram agredidos fisicamente; e 56% dos estudantes LGBT's foram assediados sexualmente no ambiente escolar.

O estudo também aponta a falta de preparo dos profissionais para lidarem com questões acerca da sexualidade dos jovens, bem como dos familiares, em relação ao cessamento das agressões. Os dados apontam que 36% dos/das respondentes acreditaram que foi ineficaz a resposta dos/das profissionais para impedir as agressões, sendo que 39% afirmaram que nenhum membro da família falou com alguém da equipe de profissionais da escola quando o/a estudante sofreu agressão ou violência.

Constatou-se também certa negligência por parte das escolas no que tange ao assunto, pois para 64% dos/das estudantes não existia nenhuma disposição no regulamento da escola (ou desconheciam a existência) a este respeito e apenas 8,3% dos/das estudantes afirmaram que o regulamento da escola tinha alguma disposição sobre orientação sexual, identidade/expressão de gênero, ou ambas.

Assim, defende-se que só agregando às grades curriculares, desde o início da vida escolar das crianças, conteúdos como Direitos Humanos, Sociologia, Filosofia e aliados a aulas de Cidadania é que encontraremos um meio, mesmo que a longo prazo, de equalizar as diferenças, resguardar os direitos humanos[15] em sua integralidade, dar a devida atenção às especificidades não só sexo feminino mas de todas as classes tidas como

[15] Os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução (ARENDT, 1988, p. 134). Tendo em vista este olhar histórico, adotam-se as lições de Bobbio, que em seu livro "Era dos Direitos", sustenta que "os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direito), para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais" (BOBBIO, 1988, p. 30).

"minorias" em nossa sociedade, sejam elas ligadas ao movimento feminista, ao movimento LGBT, movimentos contra o racismo, dentre outros.

Conclusão

De acordo com os discursos clássicos utilizados para a sua legitimação, o direito possui o condão de dirimir conflitos sociais, para assim oferecer-nos uma sociedade minimamente segura, estável e ordenada. Nessa ótica, o direito penal dever ser a *ultima ratio* a ser buscada na tentativa de solucionar um problema, não devendo ser visto como a melhor e mais barata solução para resolver as mazelas sociais existentes, uma vez que este é incapaz de sanar o problema em sua origem (etiologicamente): o direito penal age diante dos sintomas gerados pelas mazelas sociais (sintomatologicamente), mas não em suas causas.

A normatização penal pode até solucionar, momentaneamente, um conflito e reduzir, temporariamente sua complexidade, agindo diretamente onde o conflito se manifesta – no agente praticante de violência, por exemplo. Contudo, isso não ocorrerá onde esse conflito se produziu; não se preocupará em dar real atenção e proteção à vítima, não se ouvirá o que de fato ela tem a dizer ou o que necessariamente ela precisa para não mais passar por aquela situação. Em suma, não será capaz de mudar por inteiro um comportamento humano diante de determinadas situações, mas apenas dará a sensação de que o problema fora definitivamente resolvido e correrá o risco de se tornar uma norma meramente simbólica.

Tal direito penal simbólico nada mais é do que fruto da sensação de insegurança, provocada pelos meios de comunicação sensacionalistas com objetivo de comercializar. Os autores desses espetáculos midiáticos se utilizam de falas populares pejorativas e influenciadores do tipo: "até quando Brasil?". Prolifera-se a ideia de que isso tudo só será resolvido com a criação de novas leis, com o agravamento das já existentes e a construção

de estabelecimentos prisionais, mesmo que para isso seja necessário suprimir garantias e direitos consagrados pela Constituição Federal e fazer do Direito Penal uma solução para todos os problemas.

A mídia exerce influência no modo de pensar no sujeito, o qual é membro de uma sociedade que clama por justiça. Detentor da "boa moral e dos bons costumes", o "cidadão de bem", que através do medo de ser vítima, repete jargões sobre a necessidade de ser "implacável com bandidos", e que "bandido bom é bandido morto", sem refletir. Somado a isso tem-se um legislador que busca defender seus interesses políticos "atendendo" aos anseios de massa no que tange à repressão, rigorosidade e expansionismo penal, como forma de garantir votos e, por fim, a criação daquelas medidas penais que dão "ares" de eficiência e sensação de segurança tranquilizadora, capaz de fazer acreditar que o problema está resolvido em definitivo.

Inquestionavelmente, foi exatamente isso que ocorreu com a Lei 11.340/2006 que deu, momentaneamente, à população uma resposta aos crimes sofridos por mulheres em ambientes domésticos, mas que, com o passar de meros dez anos de sua promulgação, demonstrou sua falta de capacidade em lidar de fato com a raiz do problema – uma vez que não só a violência doméstica passou a ter seus índices voltando a crescer, como o homicídio de mulheres passou a figurar cada vez mais como resultado de tal violência. Neste ensejo, criou-se o feminicídio como forma de coibir, agora, esses assassinatos.

Vê-se, então, que tal modelo de intervenção punitiva, além de não atingir sua finalidade primordial, que é de por fim à violência de gênero, vai de encontro à "nomeada" Constituição Cidadã – que preconiza um Direito Penal mínimo, de *ultima ratio,* e que deveria ser balizado em um modelo integral de Criminologia, Política Criminal, Políticas Públicas e Sociais e cumprimento aos Direitos Humanos, como forma de conter a violência e a desigualdade, possibilitando, assim, o desenvolvimento e o respeito dos indivíduos integrantes sociais em sua única e plena condição:

a de ser humano, independentemente de raça, cor, credo ou sexo (biológico ou socialmente construído).

Referências

AMORIM, Maria Stella**. Acesso à justiça e administração judicial da violência contra a mulher brasileira.** Políticas de despenalização e de penlização. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/maria_stella_de_amorim.pdf>. Acessado em: 01 out. 2016.

ANDRANDE, Vera Regina Pereira de**. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania.** Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15645/14173>. Acessado em: 01 out. 2016.

ANJOS, Fernando Vernice dos. **Direito penal simbólico e lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.** Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Boletim-167_Anjos.pdf>. Acessado em: 12 out. 2016.

ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo.** Trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979 *in* LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt,** Cia das Letras, São Paulo, 1988, p.134.

BASTOS, Douglas de Assis. **Feminicídio e a proteção dos direitos humanos na perspectiva de gênero: entre a tutela de bens jurídicos fundamentais e o simbolismo penal.** Disponível em: <http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmptesteo1/article/view/181>. Acessado em: 01 out. 2016

BECHARA. Ana Elisa Liberatore Silva. **Discursos de emergência e política criminal: o futuro do Direito penal brasileiro.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 103, p. 411 – 436, 2008. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/direito_penal_expansao_discursos_de_emergencia_sociedade_de_risco_politica_criminal.pdf>. Acessado em: 15 out. 2016

BERNARDES. Marcelo di Rezende. **A atração fatal existente entre a mídia e a criminalidade.** Disponível em: <http://www.pge.go.gov.br/revista/index.php/revistapge/article/view/29/24>. Acessado em: 12 out. 2016

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

BUZZI, Ana Carolina Macedo. **Feminicídio e o projeto de lei no 292/2013 do Senado Federal.** Florianópolis, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/122342/TCC%20Feminic%c3%addio%20-%20Ana%20Buzzi%20-%20Reposit%c3%b3rio.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acessado em: 05 out. 2016.

BRANDARIZ GARCÍA, José Angel. **Itinerário de evolución del sistema penal como mecanismo de control social em las sociedades contemporáneas.** In. CABANA, P.F.; BRANDARIZ GARCÍA, J. A.; PUENTE ABA, L.M. (org.). Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización. Valencia: Tirant lo blanch, 2005, p. 15-63.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Um espaço legítimo para o simbólico no Direito Penal.** Disponível em: <http://www. revista.unisal.br>. Acessado em: 16 out. 2016.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Feminicídio: Aprovada a Lei nº 13.104/2015 e Consagrada a Demagogia Legislativa e o Direito Penal Simbólico Mesclado com o Politicamente Correto no Solo Brasileiro. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**. v. 16, n. 91, abr./maio 2015. Porto Alegre: Síntese. Disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RDP%2091_miolo.pdf>. Acessado em: 12 out. 2016.

CALLEGARI, André Luís. **Os ruídos e as comunicações estabelecidas entre direito penal, sistema politico e meios de comunicação: o surgimento de um discurso expansionista.** *Revista Ajuris*. v. 40, n. 129, Março de 2013. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/307/242>. Acessado em 12 out. 2016.

CARNEIRO, M. J. **Mulheres no campo: notas sobre sua participação política e a condição social do gênero.** Disponível em: <http://r1.ufrrj.br/esa/V2/ojs/index.php/esa/article/download/21/23>. Acessado em: 16 set. 2016.

CEPEDA, Ana Isabel Pérez. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno**. Madrid: Iustel, 2007.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Modelos e movimentos de Política Criminal.** Rio de Janeiro: Revan, 1992.

FREITAS, L. **Análise crítica do discurso em dois textos penais sobre a Lei Maria da Penha.** Disponível em: <http://seer.fclar.unesp.br/alfa/article/download/4671/4543>. Acessado em: 16 set. 2016.

GARLAND, David. **La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporânea.** Trad. Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005.

GEBRIM, Luciana Maibashi; BORGES, Paulo Cesar Corrêa. **Violência de Gênero: tipificar ou não o femicídio/feminicídio?** Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/503037/001011302.pdf?sequen>. Acessado em: 01 out. 2016.

GRIEBLER, C. N.; BORGES, J. L. **Violência contra a mulher: perfil dos envolvidos em Boletins de Ocorrência da Lei Maria da Penha.** Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistapsico/article/viewFile/11463/9640>. Acessado em: 16 set. 2016.

JUNIOR, Lauriberto de Jesus Bertoni: **O papel da educação no resgate da cidadania da mulher vítima de violência doméstica e familiar.** Disponível em: <http://177.101.17.124/index.php/sociais/article/view/8466/5276>. Acessado em: 16 set. 2016.

KARAM, Maria Lucia. **Violência de Gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal.** Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wpcontent/uploads/2014/02/Boletim-168_Karam.pdf>. Acessado em: 01 out. 2016.

KRONBAUER, J. F. D.; MENEGHEL, S. N. **Perfil da violência de gênero perpetrada por companheiro.** Disponível em: <http://www.scielosp.org/scielo.php?pid=S0034-89102005000500001&script=sci_arttext&tlng=en>. Acessado em: 16 set. 2016.

LOPES, Ana Maria D'Ávila et al. **Gênero: fator de discriminação na teoria e prática dos direitos fundamentais das mulheres**. *Nomos*. v. 28, n. 1, p. 15-48, jan/jul. 2008.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Políticas de redistribuição e reconhecimento para a concretização da justiça social no combate à violência doméstica.** In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; LIMA, Renata Albuquerque. (Org.). *Justiça Social e Democracia*. Fortaleza: Conceito Editorial, 2011. p. 19-36.

Mapa da violência, 2015. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/mapa2012_mulheres.php>. Acesso em: 21 out. 2016.

Mapa da violência, 2018. Disponível em: < https://pt.org.br/wp-content/uploads/2019/02/mapa-da-violencia_pagina-cmulher-compactado.pdf>. Acesso em 30 ago. 2020.

MELIÁ, Manuel Cancio. **"Direito Penal" do Inimigo***?* In. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org. e trad.). **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 51-81.

MENEGHEL, S. N. et al**. Repercussões da Lei Maria da Penha no enfrentamento da violência de gênero.** Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/85389>. Acessado em: 16 set. 2016.

NUNES, R. L. Lei 11.340/06 - **"Lei Maria da Penha": concepções, características e questionamentos sobre a eficácia das medidas protetivas.** *RECIFIJA – Revista Científica das Faculdades Integradas de Jaú*. v. 11, n. 1, p. 47, 2014.

Pesquisa nacional sobre o ambiente educacional no Brasil, 2016. Disponível em: <http://www.abglt.org.br/docs/IAE-Brasil.pdf >. Acessado em: 24 out. 2016.

RODRIGUES, Vinícius Gonçalves. **A crise do positivismo jurídico e a necessidade de mudança de paradigma.** Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/010307.pdf>. Acessado em: 15 set. 2016.

RODRIGUES, A. G. et al. **Feminismo.com: o movimento feminista na sociedade em rede.** 2014. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5472578>. Acessado em: 16 set. 2015.

ROXIM, Claus. **Politica criminal y estructura del delito.** Baecelona: Ppu, 1192. p. 27. **As ciências criminais em debate** / organizado por Renata Almeida da Costa, Luiz Fernando Pereira Neto. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2006.

SNMT/CUT – Secretaria Nacional sobre a Mulher Trabalhadora. **A Lei Maria da Penha: uma conquista, novos desafios.** São Paulo: SNMT/CUT, mar/2007. Disponível em: <http://www.cnmcut.org.br/sgc_data/conteudo/%7B563D45FC-DCC8-43E4-8E55-7E596531E339%7D_mariadapenha.pdf>. Acessado em: 01 out. 2016.

SENADO FEDERAL. **Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra a Mulher.** Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=130748&tp=1>. Acessado em 05 out. 2016.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/maria_stella_de_amorim.pdf>. Acessado em: 20 set. 2016.

SILVA, C. **Desafios das publicações feministas. Estudos Feministas.** Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/viewFile/S0104-026X2013000200014/25788>. Acessado em: 16 set. 2014.

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica.** Educação e Realidade. v. 2, n.20, p. 71-99, jul./dez.1995

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – introdução crítica.** São Paulo: Saraiva, 2001. HAUSER, Ester Eliana. Política Criminal. 2010. Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2752/Pol%C3%ADtica%20Criminal.pdf?sequence=1> Acesso em: 12 set. 2016.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro.** Volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal.** In: COPETTI, André. Criminalidade moderna e reformas penais – estudos em homenagem AP Prof. Luiz Luisi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

10

A aplicabilidade do direito penal a serviço da democracia: uma análise do jus puniendi conforme a constituição federal de 1988

Karla Eduarda Modena Pavan [1]

Introdução

Atualmente, vivemos um período de crise no sistema penal brasileiro, onde o cárcere e a prática punitiva substituem, progressivamente, as políticas públicas de inclusão social e a ressocialização do indivíduo, objetivos imprescindíveis para a privação de liberdade do criminoso, o qual, na maioria das vezes, tem os seus direitos fundamentais, previstos em sede constitucional ou infraconstitucional, cerceados pelo Ente Estatal, causando, assim, afronta aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, no qual o Brasil está inserido.

Diante da constante prática delitiva e do enorme emprego da punibilidade estatal, em nível, muitas vezes, arbitrário, o qual ganha força com a veiculação midiática, percebe-se um maior impulso à violência no país brasileiro, onde a sociedade, em sua maior parte, pleiteia pelo endurecimento da legislação penal e pela diminuição das garantias penais do indivíduo que se encontra no cárcere, sem se questionar se tal demanda

[1] Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. Bacharela em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/8890778643663357 – E-mail: karla-pavan14@hotmail.com.br

está de acordo com a Constituição Federal de 1988, lei maior, a qual todos, como cidadãos, estamos submetidos e devemos respeito.

Nesse viés, partindo da compreensão de que a aplicação do direito penal, especialmente, no que se refere às leis punitivas estatais, deve estar em total conformidade com os ideais democráticos, descritos na Constituição Federal de 1988, para ser considerado legítimo e aceitável, o presente estudo tem como objetivo primordial analisar se, de fato, no contexto atual, esse compromisso está sendo respeitado, observando, se tanto a teoria como a prática punitiva, está de acordo com a democracia brasileira e o seu real significado.

Ressalta-se, ainda, que o tema proposto é de extrema relevância para o contexto atual, tendo em vista à crise contemporânea que assola o sistema penal brasileiro e a grande discussão, que embasa a presente pesquisa, qual seja, se, de fato, a aplicabilidade do direito penal está a serviço da democracia ou, ao contrário, confrontando-a. Tal questionamento tem o viés de desenvolver o pensamento crítico do leitor e o debate sólido, na medida em que possibilita extrair possíveis conclusões e soluções para o problema em questão, já que provoca reflexões profundas a respeito das mudanças estruturais que devem ser feitas pelo governo para diminuir a criminalidade no país e assegurar um sistema penal mais justo e igualitário.

Constata-se, portanto, que, na realidade, a aplicabilidade das leis punitivas, de forma autoritária e, muitas vezes, desumanas, pelas autoridades e órgãos competentes, não estão de acordo com os princípios da democracia e, consequentemente, com a Constituição Federal de 1988, o que gera impasses políticos, sociais e econômicos para resolver esse conflito. Assim, para compreender o presente problema, é fundamental analisar suas raízes, nas mais variadas circunstâncias, a fim de possibilitar a efetividade da democracia na aplicação da lei penal e do jus puniendi. Para a elaboração do presente artigo foi utilizado o método dedutivo, com a técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

1 Relação existente entre o estado democrático de direito e o jus puniendi

Inicialmente, é oportuno salientar que a Constituição Federal, já em seu artigo primeiro, destaca que a República Federativa do Brasil, formada por Estados, Município e Distrito Federal, constitui-se em um Estado Democrático de Direito, fundamentado em valores condizentes com a soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, pluralismo político e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (BRASIL, 1988).

Destaca-se, pois, da Constituição Federal, vários princípios referentes ao Estado Democrático de Direito, os quais reconhecem a primazia da garantia dos direitos fundamentais, impedindo que o poder reprima a democracia, ou com ela se confunda, o que, em última circunstância, pode gerar em uma estrutura política conformadora do Estado (CANOTILHO, 2002, p. 87). Assim, o Brasil, como um Estado Democrático de Direito e Constitucional, deve atuar para manter o equilíbrio político-institucional, respeitando, sempre, a prescrição da Magna Carta e o interesse dos seus cidadãos.

Isto posto, após compreender as características que asseguram um Estado Democrático de Direito, é imprescindível analisar os fundamentos do jus puniendi, ou seja, do direito de punir, levando em consideração o contexto político e econômico contemporâneo, a fim de apurar se essa função estatal é legítima ou não.

O direito de punir está embasado em dois princípios importantíssimos, elencados na Constituição Federal, quais sejam, o princípio da legalidade e o princípio da igualdade, os quais, por sua vez, são responsáveis por assegurar a aplicabilidade justa e igualitária das punições estatais, além de possibilitar isonomia, regularidade e harmonia nas decisões judiciais (GUIMARÃES, 2010, p. 17).

Dessa forma, o jus puniendi é legítimo e válido formalmente, pois está em conformidade com as normas que o constituiu, sendo, também, considerado justo, já que, segundo o pensamento axiológico, passou pela

aceitabilidade da sociedade, amparado por preceitos sociais, políticos e morais. Ademais, o direito de punir está, inteiramente, ligado ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual eleva os direitos do ser humano a um patamar acima de qualquer circunstância ou negociação.

Ressalta-se, portanto, que o direito de punir tem como aspectos fundamentais os ideais de igualdade e liberdade humana, como meio de desenvolver um ambiente de democracia, ou seja, os princípios que integram um Estado Democrático de Direito devem estar sempre presentes na elaboração das leis penais e em sua aplicabilidade (BITENCOURT, 2014, p. 49).

Todavia, apesar da existência do Direito Penal estar justificada na garantia da paz, da segurança e da possibilidade de um convívio harmônico em sociedade, ainda o mesmo não se caracteriza suficiente para legitimar sua aplicação na prática, já que tais princípios também eram apresentados no Estado Absolutista, conhecido por utilizar meios cruéis e grotescos para assegurar seus fins, o que, infelizmente, em menores proporções, ainda é visto atualmente.

Em síntese, o que fundamenta a existência do Estado e, consequentemente, os fins que justificam o Direito Penal é o desenvolvimento constante de um sistema de controle social, embasado na garantia das liberdades democráticas, ou, melhor dizendo, na possibilidade de uma convivência coletiva pela disciplina das relações entre sujeitos (PUIG, 2007, p. 33-34).

Contudo, como salientado anteriormente, não basta uma boa fundamentação, é necessário, também, a utilização de meios legítimos e idôneos, que se coadunam com os princípios do Estado Democrático de Direito, para se chegar aos fins esperados.

Desse modo, mesmo que o Direito Penal tenha sua existência justificada e fundamentada, encontra entraves quanto a sua legitimidade de atuação e execução, já que, muitas vezes, mesmo sendo vedada pela Carta

Magna, subsistem situações que corrompem o sistema, como, por exemplo, a prática seletiva, a impunibilidade das elites oligárquicas, as corrupções de interesses e entre outras.

Assim, levando em consideração os fundamentos que compõem a existência do Estado Democrático de Direito, necessita-se, urgentemente, buscar a solução dessas contrariedades, pois, tanto a fundamentação como a legitimação do jus puniendi precisam ir além dos parâmetros da legalidade, expandindo-se em direção a um regime de governo realmente democrático.

Nesse viés, nasce a responsabilidade do Estado Democrático de Direito em servir à sociedade, onde suas obrigações devem possuir tanto o caráter formal como o material, fazendo cumprir a lei conforme os interesses dos cidadãos brasileiros, garantindo a estes todos os direitos elencados na Constituição Federal, principalmente, o do mínimo existencial, que é uma das suas funções mais importantes. Corroborando do entendimento, Bobbio leciona:

> Uma coisa é um direito; outra, a promessa de um direito futuro. Uma coisa é um direito atual; outra é um direito potencial. Uma coisa é ter um direito que é, enquanto reconhecido e protegido; outra é ter um direito que deve ser, mas que, para ser ou para que passe do dever ser ao ser, precisa transformar--se, de objeto de discussão de uma assembleia de especialistas, em objeto de decisão de um órgão legislativo dotado de poder de coerção. (BOBBIO, 1992, p. 83)

Portanto, pode-se dizer que o Estado é um órgão que deve ser utilizado e usufruído em prol da sociedade, já que é ela que o mantém. Ademais, cabe ressaltar que o Estado de Direito, quando assume um papel democrático, tem por finalidade assegurar a igualdade a todos e realizar a transformação da sociedade, através dos mecanismos legais, em um ambiente saudável e que respeita a dignidade da pessoa humana (STRECK; MORAIS, 2014, p. 100)

Seguindo esse entendimento, compreende-se que o Estado Democrático de Direito não é somente um conjunto de normas e regras

estabelecidas pelo Poder Legislativo, mas, também, um instrumento que garante o devido processo legal (FREITAS, 2015, p. 18), tendo como compromisso a preservação da realidade social, política e econômica, além dos interesses dos indivíduos que o compõe.

Para alcançar suas finalidades, como já salientado anteriormente, o Estado Democrático de Direito deve dar voz ao povo e o seu poder político deve ir de encontro aos anseios da população, uma vez que é a soberania popular quem sustenta a democracia.

Ressalta-se, ainda, que o compromisso democrático só se realiza na medida em que os indivíduos vão tomando conhecimento e exercendo a sua cidadania, participando, de forma igualitária e sem distinções, das atividades políticas e da manutenção do Ente Estatal. Complementando o entendimento, Guimarães expõe:

> É mister que o povo, responsável por tomar tais decisões políticas, seja posto em reais condições de decidir, através da compreensão e definição de suas necessidades, e, principalmente, no ato de cobrar das autoridades representantes eleitas pelo povo o cumprimento da demanda estabelecida. (GUIMARÃES, 2010, p. 107)

Todavia, como muito bem esclarecido por Guimarães, a população, ao exercer sua cidadania, deve ter consciência para definir suas necessidades e escolher seus governantes, pois têm a responsabilidade, em conjunto com estes, de dar rumo ao país e torná-lo o melhor possível para o bem comum. No mesmo sentido, é o entendimento de Silva:

> A democracia que o Estado democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art., 3°, I), em que o poder emana do povo e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1°, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e a formação de atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de

> liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício. (SILVA, 2002, p. 119)

Conclui-se, então, que somente com a utilização da democracia e seus aspectos é possível criar uma legislação penal coerente, capaz de aplicar o jus puniendi de uma forma justa, segura e igualitária. Ademais, a participação ativa e consciente da sociedade nas decisões políticas, econômicas e sociais, características fundamentais de um Estado Democrático de Direito, geram diminuição nas desigualdades sociais, possibilitando, assim, a preservação do bem comum, já que os cidadãos terão direito de escolher seus representantes e a proposta eleitoral que mais lhe satisfaz.

2 A democracia e suas mais variadas faces

Para se conseguir chegar a uma análise concreta sobre o objetivo do Estado Democrático de Direito, é de total relevância entender o verdadeiro significado da palavra democracia, considerando os seus mais variados conceitos e aspectos, pois, somente, dessa forma, será possível alcançar uma compreensão consistente sobre o assunto.

Afirma-se, de início, que a democracia é uma palavra com diversos significados, já que possui várias faces, podendo, sem sombra de dúvidas, subordinar-se à criminologia e à legitimação de inúmeras ideologias. Ao longo do tempo, o termo democracia e os seus fundamentos apresentaram-se em diversas discussões, chegando a conceitos clássicos, como o de Kelsen, que afirma o seguinte:

> A democracia, no plano da ideia, é uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou, sem tantas metáforas, a ordem social, é realizada por quem está submetido a essa ordem, isto é, pelo povo. Democracia significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo. (KELSEN, 2000, p. 35)

Entende-se como definição formal de democracia, no que tange ao âmbito eleitoral, como sendo um estilo de governo em que a população contribui decisivamente com a escolha de seus representantes, por meio do processo eletivo, no qual todos os indivíduos possuem peso igual de voto e de elegibilidade, ou seja, consiste em um governo em que o povo, por meio do voto, elege o melhor candidato para representar seus anseios. Nesse viés, também, é o entendimento de Ferreira Filho:

> Numa visão empírica, a democracia contemporânea, ou poliarquia, consiste numa forma de governo em que o povo participa decisivamente da escolha dos seus governantes (eleição), todos os seus integrantes estando em pé de igualdade quanto ao peso de sua participação (voto) e à elegibilidade. É este o traço fundamental: o governo pelo povo (dentro do possível), ou seja, o governo por meio de representantes que o povo elege, a fim de servir os seus interesses. (FEREIRRA FILHO, 2001, p. 310)

Sob outra perspectiva, a ideia popularizada de democracia por Lincoln, qual seja, "governo do povo, pelo povo e para o povo", utilizada em seu discurso em Gettysburg, em 1968, se aproxima, perfeitamente, à concepção de igualdade, justiça, transformação social e, principalmente, da superação das classes mais baixas em detrimento das classes superiores. Esse posicionamento conserva um grande avanço de cunho social, já que diverge dos conceitos formais democráticos, indo além do campo eleitoral, em busca da efetivação dos direitos da cidadania e da dignidade da pessoa humana. No mesmo sentido, Rabenhorst leciona:

> Mais do que um mero sistema político. Ela é aquilo que reveste a própria ideia de Estado de direito. Com efeito, um Estado de Direito não é simplesmente aquele que cumpre os princípios formais da legalidade, da publicidade e do equilíbrio entre os poderes. Ele é, acima de tudo, o Estado que reconhece e protege o exercício mútuo das liberdades. [...] Se existe algum fundamento último para a democracia, ele não pode ser outra coisa senão o próprio reconhecimento da dignidade humana. (RABENHORST, 2001, p. 47-48)

Ante o exposto, percebe-se que a democracia pode ser compreendida e classificada por duas formas diferentes, quais sejam, democracia formal ou democracia substancial.

Dessa forma, compreende-se por democracia formal, aquela referente aos procedimentos e regras que estabelecem as relações de poder, como, quem irá decidir e o que irá fazer, tendo como preceito básico o interesse da maioria, ou seja, o projeto que conquistar mais votos será o aprovado, mesmo que isso reflita em, somente, legitimação de seus resultados, sem haver uma melhor distribuição de oportunidades ao povo. No mesmo sentido, é o entendimento de Bobbio:

> Na teoria política contemporânea, mais em prevalência nos países de tradição democrático-liberal, as definições de Democracia tendem a resolver-se e a esgotar-se num
> elenco mais ou menos amplo, segundo os autores, de regras de jogo, ou, como também se
> diz, de "procedimentos universais". Entre estas: 1) o órgão político máximo, a quem é assinalada a função legislativa, deve ser composto de membros direta ou indiretamente eleitos pelo povo, em eleições de primeiro ou de segundo grau; 2) junto ao supremo órgão legislativo deverá haver outras instituições com dirigentes eleitos, como os órgãos da administração local ou o chefe de Estado (tal como acontece nas repúblicas); 3) todos os
> cidadãos que tenham atingido a maioridade, sem distinção de raça, de religião, de censo e
> possivelmente de sexo, devem ser eleitores; 4) todos os eleitores devem ter voto igual; 5)
> todos os eleitores devem ser livres em votar segundo a própria opinião formada o mais livremente possível, isto é, numa disputa livre de partidos políticos que lutam pela formação de uma representação nacional; 6) devem ser livres também no sentido em que
> devem ser postos em condição de ter reais alternativas (o que exclui como democrática qualquer eleição de lista única ou bloqueada); 7) tanto para as eleições dos representantes
> como para as decisões do órgão político supremo vale o princípio da maioria numérica, se

> bem que podem ser estabelecidas várias formas de maioria segundo critérios de oportunidade não definidos de uma vez para sempre. (BOBBIO, 1997, p. 327-328)

Todavia, apesar de ser importante e relevante o direito de votar e ser votado, este não é um requisito suficiente para constituir um Estado Democrático de Direito, já que, além de refletir um padrão ideal de democracia, instituindo regras e sua implementação, deve-se considerar o tipo de sociedade que vai contemplá-la, conforme destaca Guimarães:

> É no mínimo perigoso que se limite o entendimento da democracia à manutenção das regras do jogo, haja vista que tais regras sempre são postas por uma minoria e, o que é pior, com amplas possibilidades de manipulação dos resultados que advém do jogo jogado com tais regras. (GUIMARÃES, 2010, p. 117)

No país brasileiro, a título exemplificativo, é possível visualizar a efetivação de todos os aspectos democráticos referentes ao campo eleitoral, como, o sufrágio universal e a votação secreta. Entretanto, isto não impossibilita que parte da elite social utilize de meios midiáticos para atingir uma manipulação em massa, abusando do seu poder e fazendo com que a população seja tratada como grupo de manobra, visto que, apesar de ter sido assegurado o seu direito de escolha, não possui garantia de que será colocado em situações reais de decidir (ALMEIDA, 2008, p. 283).

Por isso, é de grande valia a desvinculação da ideia de cidadania ao direito de votar e ser votado, uma vez que o conceito de democracia vai muito além do termo de "cidadão eleitor". A cidadania, além das suas várias atribuições, reside, basicamente, no envolvimento dos sujeitos sociais, através da impugnação por direitos que, ainda, não foram obtidos e nem implementados.

Nesse sentido, cabe destacar o conceito de democracia substancial, que se fundamenta no princípio da dignidade da pessoa humana, manifestada através do exercício da cidadania e da exteriorização dos direitos e

das liberdades fundamentais do indivíduo, de forma ampla e absoluta, conforme bem esclarece Guimarães:

> Democracia e cidadania, portanto, são instituições extremamente ligadas. A democracia real facilita o acesso à ampla cidadania e dela precisa para se manter e continuar efetiva. Ambas, assim, se pressupõem, razão pela qual não se chega à plena democracia sem o exercício da cidadania, assim como não existe cidadania plena sem o exercício da democracia. (GUIMARÃES, 2010, p. 120)

Ressalta-se que a democracia substancial, também, conserva a regra da maioria, porém, não negligencia e nem transgride os direitos e interesses das minorias, pois, compreende que nenhuma maioria, nem que seja em quase sua totalidade, tem o poder de suprimir e anular os direitos alheios. Assim, o veredito da maioria só integrará o ambiente da democracia substancial se, por ventura, vier a assegurar a igualdade na distribuição de direitos e de garantias fundamentais a todos.

Portanto, em meio às injustiças e às desigualdades que assolam o país brasileiro, especialmente, referente aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, é incontestável dizer que estamos distantes de instituir uma democracia substancial, pois o Ente Público, responsável por sua implementação, é o que mais infringe as regras por ele mesmo positivadas (MOTTA, 2011, p. 23).

Ademais, é oportuno salientar que as previsões normativas, tanto as leis que asseguram os direitos da pessoa humana como as normas programáticas, são insuficientes para concretizar os princípios da democracia substancial, pois, esta, só se realiza e passa a existir a partir do momento que tais normativas são, de fato, efetivadas.

Infelizmente, ao visualizar a Constituição Federal de 1988, é possível verificar que vários direitos e garantias fundamentais do indivíduo nunca saíram do papel, ou seja, nunca foram colocados em prática, caracterizando, assim, uma letra morta da lei.

Todavia, ainda, subsiste a ideia, de que é possível implantar, realmente, um regime democrático substancial no país, baseado no exercício da cidadania, porém, em contrapartida, persiste uma disparidade muito

grande entre a população brasileira, imperando, muitas vezes, a exclusão social, o desemprego, a ausência da dignidade humana, a falta de condições mínimas para a subsistência, principalmente, aos mais vulneráveis, como, por exemplo, a alimentação, a habitação, a saúde, a educação e a segurança, o que prejudica o processo de democratização e o engajamento político. Corroborando do entendimento, Guimarães leciona:

> A luta da maioria dos brasileiros hoje, não é política, e sim, pelo prato de comida que lhes garanta a sobrevivência no dia a dia: não é possível, a grandes segmentos populacionais, viver a plenitude de direitos garantidos constitucionalmente, pois somente sobrevivem com os restos permitidos aos excluídos sociais. (GUIMARÃES, 2010, p. 123)

No mesmo sentido, advertem Streck e Morais, veja-se:

> Além disso, é evidente que a democracia requer uma grande dose de justiça social e uma
> razoável preservação do habitat nacional e das fontes de recursos, como lembra Karl Deutsch, para preservar o cidadão de amanhã. Não é possível falar em democracia em meio a indicadores econômico-sociais que apontam para a linha (ou abaixo da) linha de pobreza.Uma grande dose de justiça social é condição de possibilidade da democracia. (STRECK; MORAIS, 2014, p. 115)

Ocorre que a exclusão social, no qual são negligenciados alguns direitos fundamentais consagrados pela cidadania, diminui a autoestima do indivíduo e a apatia com a esfera política, acarretando, assim, a dominação da classe mais forte, já que a população mais vulnerável não se encontra em condições mínimas para exercer seus direitos, uma vez que estão mais preocupados em conseguir o mínimo existencial para sobreviver.

Dessa forma, um regime político que permanece no poder através das exclusões sociais, germina a violência e a criminalidade, inimigos cruciais da democracia substancial, já que são encarregados por espalhar a injustiça social. Portanto, o Ente Estatal, responde à violência criada por si próprio de um modo antidemocrático, ou melhor dizendo, confronta as

desigualdades sociais com a crueldade do sistema penal, distanciando-se, cada vez mais, dos princípios democráticos.

Nesse viés, cabe destacar que em uma sociedade ilustrada com desigualdades, onde, muitas vezes, a população encontra-se abaixo do mínimo existencial para sobreviver, não será o direito penal e o jus puniendi quem solucionará tais impasses, mas, sim a criação e a implantação de políticas públicas com capacidade para transformar essa condição em igualdade.

Conclui-se, então, que a democracia deve ser orientada por uma estrutura social igualitária, onde os valores constitucionais que a fundamentam passem a ter probabilidades reais de efetivação, distanciando-se das ilusões criadas para legitimar qualquer forma de dominação elitista.

3 A aplicabilidade do direito penal a serviço da democracia brasileira

Ante o exposto, compreende-se que subsistem deturpações que envolvem os ideais democráticos, especialmente no que tange a defesa de interesses particulares. É possível, também, encontrar contradições entre o âmbito democrático e as atividades punitivas estatais, visto que em épocas definidas pela fragmentação da sociedade, como é o caso do Brasil, atualmente, o poder acaba socorrendo-se à utilização do Direito Penal, como meio de controlar a instabilidade social (ANDRADE, 2013, p. 181).

Assim, consoante os problemas aqui apontados e enquanto permanecerem intactas as desigualdades sociais entre classes dominantes e dominadas, é possível deduzir que dificilmente o país brasileiro se constituirá em uma democracia que transcenda o campo formal.

Ademais, a ausência de políticas públicas que objetivam a inclusão social, como meio de diminuição dos abusos e das disparidades sociais, faz com que o quadro de violência entre incluídos e excluídos seja agravado, ocasionando, consequentemente, uma repressão penal exacerbada, inadmissível sob a perspectiva da democracia. No mesmo sentido, Baratta complementa:

> Esta estratégia conduz, de fato, a uma "democracia autoritária", a uma sociedade em que se torna sempre mais alta a barreira que divide a população garantida da zona sempre mais vasta da população marginalizada da dinâmica do mercado oficial do trabalho. Nessa situação, o "desvio" deixa de ser uma ocasião difusa em todo o tecido social para recrutar uma restrita população criminosa, como indica Foucault, para transformar se, ao contrário, no status habitual de pessoas não garantidas, ou seja, daqueles que não são sujeitos, mas somente objetos do novo "pacto social". (BARATTA, 1999, p. 196)

Logo, o Direito Penal está longe do caminho que deveria percorrer a serviço da democracia, tendo em vista que suas convicções se encontram mais na teoria do que na prática, ou seja, mais na doutrina do que na aplicabilidade da lei penal.

Ressalta-se, também, que equivocadamente, são utilizadas como soluções governamentais, aos graves problemas apresentados na atualidade, as alterações legislativas, como se todos os impasses sociais, econômicos, políticos e legais fossem resolvidos ao passe de mágica, por meio de uma mera modificação legislativa, especialmente, de cunho penal, o que, de fato é impossível.

Ocorre, portanto, a necessidade em se debater quais são os melhores trajetos a serem trilhados pelo Direito Penal, considerando o cenário econômico, político e histórico em que este se encontra, com o intuito de conciliá-lo com os princípios democráticos, fazendo com que o cidadão seja visto como livre e digno.

Ademais, o Estado Policial parece ser o único que se molda as políticas de combate às consequências advindas da exclusão social, todavia essas políticas são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, visto que a democracia, em seu contexto ético político, não compatibiliza com qualquer forma de exclusão social.

A democracia, por sua vez, deve ser utilizada como modo de incentivo à inclusão social, reestruturando o conceito ultrapassado de cidadania, o qual elencava o cidadão como um mero "sujeito eleitor", que possuía o direito de votar e ser votado. No mesmo sentido é o entendimento de Sen:

> A democracia indiana está seriamente comprometida pela extensão e pelo caráter da desigualdade social na Índia, em especial considerando que democracia não significa apenas política eleitoral e liberdades civis, mas também uma distribuição equitativa do poder. (SEN, 2015, p. 13)

Dessa forma, a cidadania contemporânea, deve ser vista como uma nova dimensão, que engloba direitos políticos, econômicos, sociais, culturais, difusos e coletivos, além de possuir a capacidade de se modificar em uma cidadania plural, que conserva formas de expressão múltiplas e heterogêneas, levando consigo a possibilidade definitiva de sua reestruturação (ANDRADE, 1993, p. 126-134).

Nesse viés, cabe salientar que a definição de cidadania ocupa um lugar fundamental na estruturação de uma sociedade democrática, pois traz consigo a ideia de inclusão social, já que os direitos da cidadania são inclusivos, ou seja, todos os seus cidadãos devem usufruir das mesmas garantias. Assim, pode-se dizer que o exercício da cidadania consiste na busca pela inserção social e pela ampliação de direitos, já a democracia é o local adequado para se buscar tais fundamentos.

Desse modo, a ideia de cidadania, democracia, justiça social e direitos humanos devem passar, necessariamente, pela compreensão do Direito Penal, principalmente, no âmbito da aplicabilidade punitiva, o qual deve assegurar em suas atividades a inviolabilidade dos direitos da pessoa humana e reconhecer a pena de prisão como a última alternativa para o controle social, ou seja, esta só deve ser utilizada após o insucesso das demais medidas existentes.

No caso de a pena privativa de liberdade ser imprescindível para o controle da sociedade, não podendo ser substituída por outra medida, o criminoso, após ser reconhecido como tal, através do processo legal e de suas características inerentes, deverá conservar todos os direitos que lhe são devidos, simplesmente pelo fato de ser humano e estar inserido em um Estado Democrático de Direito, o qual tem por fundamento o princípio da dignidade.

Ademais, em uma democracia, os indivíduos que se sentem excluídos pela sociedade devem se contrapor às imposições políticas que têm por objetivo a conservação dos benefícios das classes dominantes, considerando o alcance da liberdade plena acima de qualquer negociação.

A conquista da liberdade pela pessoa humana, no sentido de poder desfrutar de uma vida digna, possibilita um maior envolvimento político e a ampliação da democracia, reagindo as explorações das classes elitistas e diminuindo o uso do Direito Penal, principalmente, no que tange ao jus puniendi, como meio de controle social dos menos favorecidos. Corroborando do entendimento, Baratta aduz:

> Uma política criminal alternativa coerente com a própria base teórica não pode ser uma política de 'substitutivos penais', que permaneçam limitados a uma perspectiva vagamente reformista e humanitária, mas uma política de grandes reformas sociais e institucionais para o desenvolvimento da igualdade, da democracia, de formas de vida comunitária e civil alternativas e mais humanas, e do contra poder proletário, em vista de transformação radical e da superação das relações sociais de produção capitalista. (BARATTA, 1999, p. 201)

Isto posto, compreende-se que o Direito Penal somente poderá ser inserido à definição de democracia substancial quando transcender a seletividade presente em sua aplicação, ou melhor dizendo, na medida em que não for mais utilizado como ferramenta para manutenção e sustentação da desigualdade social.

Conclusão

A partir dos argumentos supramencionados no presente artigo, compreende-se que o Direito Penal não cumpre com sua principal responsabilidade de limitar o poder punitivo, que é o motivo real de sua existência, além do mais, as penas, em sua realidade, constituem-se em ferramentas para executar encargos não declarados.

O maior problema do Direito Penal é que ele age sobre as consequências e não sobre as razões que ensejam a violência e a criminalidade na sociedade, em outras palavras, ele se preocupa mais em atuar em face das condutas que geram conflitos, do que pelo motivo que origina tal situação. Ademais, o Direito Penal tem o costume de intervir sobre a pessoa humana, e não sobre determinado evento, agindo, sempre, de maneira reativa, e não preventiva, ou seja, somente procede uma execução após os resultados do crime terem sido efetivados.

Nesse viés, surge o "controle fora do controle", onde impera o desrespeito ao direito do devido processo legal e da ampla defesa, possibilitando que órgãos estatais apliquem o poder punitivo à brecha de qualquer legalidade. Dessa forma, para solucionar tal impasse, é indispensável realizar intervenções que viabilizam transformações imediatas na realidade social, visto que não se deve existir um modelo político no qual os cidadãos são impossibilitados de exercerem o seu direito de cidadania.

Além do mais, deve-se incluir a questão social nas manifestações do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que o conceito formal de democracia se encontra obsoleto, já que é fundamental em um contexto democrático a presença de programas sociais que possibilitam aos seus cidadãos o exercício pleno de seus direitos.

Dessa forma, constata-se que, o país brasileiro está distante da implementação de uma democracia substancial, uma vez que boa parte de sua população se encontra em situações precárias quanto às condições mínimas existenciais, principalmente, no que se refere à dignidade da pessoa humana, o que torna o Estado o principal transgressor das normas por ele mesmo positivadas.

Assim, para que o Brasil possa chegar a uma democracia substancial de qualidade é necessário buscar caminhos que se preocupem em reestruturar a sociedade, diminuindo as mais diversas desigualdades presentes no país e reduzindo a utilização das punições estatais, que, muitas vezes, estimulam efeitos reversos, proporcionando uma violência ainda maior. Ademais, deve-se ampliar o conceito de justiça social e a abrangência dos

direitos e garantias fundamentais do indivíduo, prescritos na Constituição Federal.

É importante, também, que se construa uma nova compreensão do Direito Penal, baseado no reconhecimento dos efeitos nefastos do cárcere, da seletividade do sistema penal como verdade absoluta e do poder incontrolável dos seus órgãos executivos. Esse entendimento será fundamental, pois romperá com o posicionamento ultrapassado de manter um discurso de manipulação que emprega o consenso como meio de assegurar o poder a uma classe privilegiada.

Portanto, nós como cidadãos, devemos contestar a transição de um Estado Social para um Estado de Polícia, onde os direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana são extremamente ofendidos em prol de uma utópica segurança, que ao invés de solucionar os impasses que devastam a sociedade, acaba por repreender os princípios democráticos de direito. Dessa forma, conclui-se que a implantação de um Direito Penal mais justo, humano e igualitário é imprescindível para resgatar a verdadeira democracia e superar os impasses que assolam o jus puniendi.

Referências

ALMEIDA, Alberto Carlos. **A cabeça do eleitor: estratégia de campanha, pesquisa e vitória eleitoral**. Rio de Janeiro: Record, 2008.

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

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Porque a criminologia (e qual criminologia) é importante no ensino jurídico? **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, Santa Catarina, v. 3, n. 6, p. 179-183, jan./jun. 2013.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal:** introdução à sociologia do Direito Penal. 2. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral 1. 20. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** 10. ed. 2. v. Brasília: UnB, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 jun. 2020.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI.** São Paulo: Saraiva, 2001.

FREITAS, Franchesco Maraschin. O Estado Democrático de Direito: a fundamentação das decisões judiciais como concretização da contemporaneidade jurídica. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ- RFD**, Rio de Janeiro, n. 27, p. 18-41, jun. 2015.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Constituição, Ministério Público e Direito Penal:** A defesa do Estado Democrático no âmbito punitivo. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

KELSEN, Hans. **A democracia.** 2. ed. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOTTA, Luiz Eduardo. Direito, estado e poder: poulantzas e o seu confronto com Kelsen. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 19, n. 38, p. 7-25, fev. 2011.

PUIG, Santiago Mir. ***Direito Penal****: Fundamentos e Teoria do Delito.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática.** Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

SEN, Amartya. **Glória incerta:** a Índia e suas contradições. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes e Laila Coutinho. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 20. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado.** 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

11

A (in)disponibilidade do bem jurídico vida sob a perspectiva teórica de Claus Roxin

Luíza Seger [1]
Marco André Simm de Faveri [2]
Rafael Fritzen [3]

Introdução

A abordagem sobre qualquer forma de colocar fim à vida de seres vivos, e principalmente de seres humanos, sempre foi motivo gerador de intensos debates, sejam eles por fatores políticos, morais ou religiosos.

O fato é que as pessoas não têm por costume o tratamento do evento morte como algo certo, inevitável, do qual somente nos falta a ciência de seu exato momento de ocorrência, fazendo com que a discussão se torna ainda mais acentuada.

Em 2012, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.995 (BRASIL, 2012) que prevê que os pacientes terminais que não possam mais expressar sua vontade e que tenham a manifestado de forma prévia, seja pelas Diretivas Antecipadas de Vontade seja pelo registro em prontuário, tenham seus desejos atendidos pela equipe médica.

---

[1] Mestranda em Direito (IMED); Pós-Graduada em Direito Notarial e Registral (Faculdade Damásio); Graduação em Direito (FMP – Fundação Escola Superior do Ministério Público - 2017).

[2] Mestrando em Direito (IMED). Especialista em Ciências Criminais (ULBRA). Especialista em Processo Civil (UNINTER). Graduado em Direito (ULBRA). E-mail: marcoandredefaveri@gmail.com

[3] Mestrando em Direito (IMED). Pós-Graduado em Direito Notarial e Registral (Instituto de Educação Verbo Jurídico). Pós-Graduado em Direito Público (IMED). Graduado em Direito (ULBRA). E-mail: rafafritzen@gmail.com.

Na manifestação antecipada de vontade, o paciente determinará o proceder da equipe médica quando o quadro de saúde o impedir de fazê-lo. A razão pela qual se busca o atendimento da vontade do paciente é a preservação da autodeterminação, a fim de que a morte seja condizente com o restante da vida do paciente, de forma a garantir-lhe a dignidade no desfecho de sua existência (ROXIN, 2006, p. 217).

Ressalta-se que, além de o conceito de morte digna poder não ser o mesmo quando oposto a indivíduos diversos, existe a possibilidade de o sujeito estar consciente, ou seja, podendo manifestar vontade, e desejar não prolongar seu sofrimento, suplicando para que ponham fim à sua vida por meio da prática da eutanásia.

O problema reside no fato de que a ausência de norma legal que vede ou autorize, expressa e especificamente, a prática da eutanásia faz com que a discussão adentre no âmbito moral e religioso, dando margem para interpretações diversas e conflitantes, legítima antessala para uma situação de insegurança jurídica.

> Uma postura assim dita "mais humana", mais sensata, que não prescreva mamba[4] para o paciente, pode ser cunhada pela sociedade e ou família como sendo uma prática de eutanásia, ou então confundida com omissão de socorro (PESSINI, 1996).

Na classificação das práticas eutanásicas trazidas por Roxin, buscamos enquadrar as diretivas antecipadas de vontade com sendo uma fusão entre a eutanásia indireta e a eutanásia passiva, ao passo que suas funções teleológicas importam no reconhecimento da ortotanásia, ou seja, da garantia que o paciente terminal não sofra no seu leito de morte, por meio do emprego de cuidados e tratamentos paliativos, que reduzem ou evitam a dor, refutando procedimentos fúteis para o prolongamento inútil de uma vida que, para o seu titular, já não faz mais sentido ser vivida.

[4] O autor utiliza a expressão “mamba” como uma longa e torturante agonia precedida do evento morte.

Dessa forma, o presente trabalho abordará um breve histórico dos institutos das diretivas antecipadas de vontade e da eutanásia, classificando-os e diferenciando-os, ao passo que se busca demonstrar que ambos os institutos visam o resguardo da dignidade da pessoa humana no momento de sua morte.

Demonstrar-se-á o direito humano à morte digna como sendo inerente ao direito humano à vida, este último constitucionalmente garantido, de forma que, para se lograr uma vida digna, a vivência da morte deve ser igualmente digna.

Por fim, analisaremos a teoria da proteção dos bens jurídicos como fundamento do direito penal de Claus Roxin, e buscando demonstrar que, num mundo ideal, o direito penal não deveria empenhar-se com a limitação de exercício de direitos concernentes só e somente ao seu titular, acatando a possibilidade de conversão da busca infinita pela cura na objetivação de práticas de cuidado e redução do sofrimento, sem que tais ações constituam fatos puníveis pelo direito penal.

1 Noções gerais sobre os institutos das diretivas antecipadas de vontade e da eutanásia

Na análise acerca dos institutos abordados pelo presente estudo, nos cabe diferenciá-los, apontando suas peculiaridades, origens e principais classificações, bem com aproximá-los, a fim de que o objetivo almejado seja demonstrado.

1.1 Sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade

Etimologicamente, ortotanásia advém do grego "*ortho*" (normal ou correto) e "*thanatos*" (morte). Sendo assim, a ortotanásia fundamenta-se na morte natural no seu devido tempo, sem que haja abreviação do período vital, e nem prolongamentos inúteis do processo de morrer.

Podemos caracterizar como "morte correta" aquela que se atinge mediante a abstenção, supressão ou limitação de procedimentos irracionais, extraordinários ou desproporcionais, ante a iminência de morte do paciente terminal, e, frise-se, morte esta que não se busca. O que se pretende é humanizar o processo de morrer, sem prolongá-lo abusivamente, e nem induzir a ocorrência da morte (CABETTE, 2012, p. 25).

Conforme Maria Elisa Villas-Bôas, não haveria encurtamento da vida, pois a morte veio no período certo, ou seja, "nem antes, nem depois da hora", e por se encontrar em estado terminal "tampouco se recorrem a medidas que, sem terem o condão de reverter o quadro terminal, apenas resultariam em prolongar o processo de sofrer e morrer para o paciente e sua família" (VILLAS-BÔAS, 2005, p. 73).

De forma a garantir que no curso do processo de morrer fosse resguardada a dignidade da pessoa humana, Luis Kutner, advogado norte-americano ativista no âmbito dos direito humanos, publicou um artigo no *Indiana Law Journal*, no ano de 1969, intitulado *Due Process of Euthanasia: The Living Will, A Proposal,* contendo uma detalhada explanação de como ele pensava que deveriam ser as Diretivas Antecipadas, começando com a análise de um caso em que o filho tira a vida da própria mãe que estava com câncer no leito do hospital.

> *"She asked me to do it," explained Robert Waskin, a young college student, after he had fatally shot his cancer-striken mother while she lay in her hospital room. The Grand jury of Cook County, Illinois, dispassionately returned an indictment of murder in the first degree.* (KUTNER, 1969, p. 539).[5]

Kutner aborda o ocorrido como "*mercy killing*" (KUTNER, 1969, p. 542), e afirma que os julgadores, apesar de a lei tratar de maneira idêntica, abordam o tema de forma distinta da maneira como abordam as outras

[5] "Ela me pediu para fazê-lo", explicou Robert Waskin, um jovem estudante universitário, depois que ele atirou fatalmente em sua mãe afetada pelo câncer enquanto ela estava no quarto do hospital. O júri do Condado de Cook, Illinois, devolveu desapaixonadamente uma acusação de assassinato em primeiro grau (tradução livre).

formas de tirar a vida de alguém, uma vez que o paciente terminal é forçado a permanecer vivo e sofrendo de uma doença incurável.

> *[...] the current state of the law does not recognize the right of the victim to die if he so desires. He may be in a terminal state suffering from an incurable illness and literally forced to continue a life of pain and despair. Such a denial may well infringe upon an individual's right of privacy* (KUTNER, 1969, p. 543).[6]

Podemos determinar o conceito de diretivas antecipadas de vontade, então, como sendo uma declaração sobre o tipo e amplitude dos tratamentos desejados, ante a consciência da possibilidade de incapacidade futura de participação nas decisões acerca dos procedimentos que serão ou não realizados (SANTOS, 2011, p. 47).

O conceito de eutanásia, comumente tratado de forma ampla e genérica, deve ser analisado de forma restrita e especificada. A banalização do instituto não pode militar no sentido de fazer com que as formas de eutanásia passiva e indireta sejam consideradas puníveis, como adiante se demonstrará.

Barroso e Martel (2010, p. 273) identificam a prática de eutanásia[7] sendo consistente num "comportamento ativo e intencional de abreviação da vida de um doente terminal", ao passo que o suicídio assistido, conforme Orselli e Faissel, "consiste na morte causada pela própria pessoa", diferenciando-se da eutanásia, haja vista a mudança no agente causador da morte (2019, p. 140).

No caso das diretivas antecipadas, temos a manifestação de vontade do paciente previamente ao seu estado de inconsciência, de tal maneira que quem dirige e conduz a equipe médica e os membros familiares é o próprio enfermo.

---

[6] [...] o estado atual da lei não reconhece o direito da vítima de morrer, se assim o desejar. Ele pode estar em um estado terminal sofrendo de uma doença incurável e literalmente forçado a continuar uma vida de dor e desespero. Essa negação pode muito bem infringir o direito de privacidade de um indivíduo (tradução livre).

[7] Entendida aqui como eutanásia ativa.

Trata-se de genuíno respeito ao conceito de ortotanásia e ao princípio da autodeterminação, adiante explorado, reproduzindo a ideia de morte ao seu tempo, no tempo certo, "sem o emprego de meios extraordinários ou desproporcionais de prolongamento da vida" (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 273), de forma a garantir a dignidade inclusive no leito de morte.

2 Sobre a Eutanásia e suas classificações

No tocante à eutanásia, focaremos na análise que Claus Roxin realiza acerca do instituto em sua obra Estudos de Direito Penal, mais notadamente no capítulo "A Apreciação Jurídico-Penal da Eutanásia".

Contextualizando, o autor analisa o instituto no âmbito da legislação germânica, todavia, por não ser objeto do presente estudo uma análise comparada entre os ordenamentos brasileiro e alemão, utilizaremos os conceitos trazidos na tentativa de adequá-los à realidade brasileira.

Roxin define eutanásia como sendo a "ajuda que é prestada a uma pessoa gravemente doente; a seu pedido ou pelo menos em consideração à sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção da dignidade humana" (ROXIN, 2006, p. 189).

Além da divisão entre eutanásia em sentido estrito e eutanásia em sentido amplo, aquela caracterizada quando a morte é iminente, ou seja, com ou sem a ajuda, a morte já iniciou o seu processo, e esta, quando a morte, apesar de não ser iminente, é desejada pela pessoa, pelo fato de que a vida se tornou insuportável de ser vivida (2006, p. 190), Roxin estabelece quatro classificações, a fim de identificar as formas puníveis e não puníveis da prática, quais sejam, a ativa, a pura, a indireta, e a passiva.

A eutanásia ativa, forma punível para o autor, pode ser definida como a "morte dada a alguém que está a morrer ou gravemente doente" (2006, p. 219).

Roxin diferencia a participação no suicídio e o homicídio a pedido da vítima (2006, p. 222). No ordenamento brasileiro, o primeiro, configuraria o tipo penal previsto no art. 122 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940)

de auxílio ao suicídio, na medida em que o segundo caracterizaria o crime de homicídio.

> De acordo com a opinião preponderante, o que interessa é quem possui o domínio sobre o último e irrevogável ato que leve à morte. Se o possuir o suicida, a contribuição de um estranho somente poderá constituir uma participação impune; se, pelo contrário, pertencer o domínio ao estranho, trata-se de um homicídio a pedido da vítima, punível. Será portanto impunível aquele que prepara o veneno ou carrega o revólver, com o qual a vítima dá cabo da própria vida. Mas, por outro lado, será punível a título do § 216 aquele que matar a pessoa gravemente adoentada e desejosa de morrer a pedidos desta, através de uma injeção ou de um tiro de revólver (ROXIN, 2006, p. 222).

O autor define como sendo eutanásia pura a hipótese em que são ministrados medicamentos que objetivam amenizar a dor sem a consequência da diminuição do tempo de vida. Defende que tal hipótese não poderia ser punível quando for o desejo do paciente ou quando praticada com o seu consentimento (ROXIN, 2006, p. 192).

> A pessoa em fase terminal, sem perspectiva de voltar a viver normalmente, encontra-se em estado insuportável de dores físicas e mentais, porque, não raro, não age mais sozinha, torna-se dependente para qualquer ato. Há um sentimento intenso de perda de autonomia e a falta de expectativa de tê-la novamente, e isso seria suficiente para abrir mão da própria vida (MARTINELLI, 2010, p. 254).

Já a eutanásia indireta é a hipótese em que são ministrados medicamentos que objetivam amenizar a dor, todavia, tal prática poderia ocasionar em uma diminuição do tempo de vida do doente (ROXIN, 2006, p. 194).

O autor entende que tal hipótese não é punível mencionando que "o alívio da dor pode ser tão importante, a ponto de tornar permitido aceitar uma diminuição da vida possivelmente inevitável" (2006, p. 195).

> Se a eutanásia indireta é impunível, trata-se do resultado de uma ponderação, determinada pela vontade do paciente, em que o dever de estender a vida

> alheia o máximo de tempo possível cede lugar ao dever de diminuição do sofrimento alheio. Uma vida pouco mais curta sem graves dores pode ser mais valiosa que uma não muito mais longa, plena de dores dificilmente suportáveis (ROXIN, 2006, p. 197).

Nessa classificação, especificamente, é discutida a questão do dolo na atuação do agente. Se a conduta for praticada com o intuito de matar o doente, ela não deixa de ser punível. O objetivo deve ser a atenuação do sofrimento, e não homicídio (2006, p. 201).

Seguindo nos ensinamentos, temos o conceito de eutanásia passiva, qual seja "quando uma pessoa de confiança — em regra o médico e seus ajudantes, mas também, p. ex., um parente — se omite em prolongar a vida que se aproxima de seu fim" (2006, p. 202).

Tal classificação, vale ressaltar, se subdivide em três hipóteses: o caso de eutanásia passiva pela vontade do paciente, contra a vontade do paciente e quando o paciente não pode mais expressar sua vontade (2006, p. 202).

A eutanásia passiva à pedido do paciente se manifesta no caso daquele que se recusa a passar por um tratamento necessário para sua cura, como, por exemplo, o caso da recusa de transfusão de sangue por motivos religiosos ou o simples fato de não querer se submeter à cirurgia que ocasionará na amputação de seu membro inferior, com foi o caso do julgamento da Apelação Cível nº 70054988266:

> APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA.TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. [...] 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia,

> máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. [...] (BRASIL, 2013).

A eutanásia passiva pela interrupção técnica do tratamento correspondente à "um comportamento direcionado à omissão de ulteriores tratamentos se vincula a uma ação positiva" (ROXIN, 2006, p. 205).

É o caso do médico que desliga os aparelhos que mantém o enfermo vivo. Roxin defende que a ação, por mais que comissiva, se corresponder à uma futura omissão de tratamentos, ou seja, se corresponder à uma suspensão nos tratamentos que estavam sendo ministrados, não pode ser punível.

> Pressionar o botão de desligar é uma ação. Porém, não se trata aqui de uma eutanásia ativa, em princípio punível como homicídio a pedido da vítima (§ 216 do StGB), pois o fato, em seu significado social, representa uma suspensão do tratamento, portanto, uma omissão de ulteriores atividades. O limite entre eutanásia ativa, punível, e a passiva, impunível, não deve ser traçado de modo naturalista, levando em conta somente a prática ou não de um movimento corpóreo. Interessa, isso sim, se, do ponto de vista normativo, a ação deve ser entendida como uma suspensão do tratamento. Neste caso, haverá, em sentido jurídico, uma omissão, impunível se condizente com a vontade do adoentado (ROXIN, 2006, p. 205).

O autor ainda demonstra que a suspensão do tratamento pode ser realizada pelo médico ou por um não-médico, trazendo o exemplo de um homem que cuidava exclusivamente de sua esposa, que sofria de uma paralisia progressiva (2006, p. 206).

Ele explica que a paciente suplicava para o marido que desligasse o aparelho respiratório e que, sendo considerada uma interrupção técnica de tratamento, o marido não poderia ser punido, uma vez que somente fez o que sua esposa pediu (2006, p. 207).

A última subdivisão feita por Roxin trata do caso do paciente que não pode mais exteriorizar sua vontade no momento decisório, ressaltando que o principal imbróglio diz respeito aos pacientes que não tem a morte

como evento iminente, ou seja, há possibilidade de manutenção da vida, todavia, não existem chances de retorno ao estado vital anterior (2006, p. 210).

É o caso dos pacientes que, em decorrência de algum acidente automobilístico, por exemplo, ficam permanentemente em estado vegetativo, sem expectativa de melhora, e que, anteriormente ao evento danoso tenham manifestado sua vontade.

Roxin menciona então que a omissão ou a suspensão de tratamento, no caso de pacientes em que haja subsistência de sensibilidade à dor, devem ser fornecidos tratamentos que evitem que a suspensão ocorra de forma dolorosa (2006, p. 218).

> É óbvio que nos casos de subsistir a sensibilidade à dor, deva ser escolhida uma forma de suspensão do tratamento não dolorosa e que seja a menos danosa possível. Mas isso ocorre em todas as hipóteses de interrupção do tratamento; assim, p. ex., se devem ministrar continuamente líquidos para evitar um doloroso ressecamento do paciente (ROXIN, 2006, p. 219).

Poderíamos, então, entender e definir as diretivas antecipadas como sendo a fusão entre as classificações de eutanásia passiva, quando o paciente está incapaz de decidir, e a eutanásia indireta, ao passo que, via de regra, o sentimento desejado será pela suspensão de tratamentos prolongadores da vida e, simultaneamente, que sejam ministrados tratamentos que tenham o condão de diminuir a eventual dor e o sofrimento pelo qual o paciente possa estar passando.

Tendo em vista que as diretivas antecipadas encontram-se institucionalizadas e são de observância obrigatória pela equipe médica e, ao fim e ao cabo, constituem espécies de práticas eutanásicas, não há razão para a manutenção da proibição desta última.

Ademais, a impossibilidade de se dar a morte para aquele que a deseja de forma consciente, frustraria ainda mais o seu direito de autodeterminação, violação ainda mais grave em decorrência da consciência do enfermo terminal.

3 O direito humano à morte digna como inerente ao direito à vida digna

A bioética, principal responsável pela ideia de consciência coletiva que vise a proteção da vida, surge no início da década de setenta e traz consigo princípios importantes para que possamos entender a morte como algo inerente à vida e que, assim com esta, merece dignidade.

> Os Princípios da bioética foram formulados, pela primeira vez, em 1978, quando a "Comissão norte-americana para a proteção da pessoa humana na pesquisa biomédica e comportamental" apresentou no final de seus trabalhos o chamado "Relatório de Belmont", que estabeleceu os três princípios fundamentais da bioética: o da Autonomia da pessoa (conexa com sua dignidade), o da Beneficência (maximizar o bem do outro supõe minimizar o mal) e o da Justiça, que melhor convém ser chamado de princípio da Equidade. É supérfluo acrescentar a estes três princípios do Relatório de Belmont um quarto, que seria o de abster-se de prejudicar o próximo (paciente, no caso). Além de estar incluído no princípio de beneficência, o princípio do *non nocere*, que proíbe prejudicar o outro sem razão proporcional, está sendo aplicado muito mais rigorosamente não apenas na clínica, mas também na pesquisa biomédica, cirúrgica ou farmacológica, do que nos outros setores da vida civil. (FLORES; CORRÊA, 2017, p. 301).

Destacamos o princípio da autonomia como sendo uma face do princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da beneficência como sendo materializado pela prática dos cuidados paliativos, e o princípio da equidade com sendo o responsável por garantir que o Estado e a sociedade atuem juntos na promoção pela saúde (FLORES; CORRÊA, 2017, p. 302).

No tocante à dignidade da pessoa humana podemos identificar, dentre suas diversas facetas e expressões, a ideia de dignidade como autonomia, como autodeterminação da pessoa humana. "A dignidade como autonomia traduz as demandas pela manutenção e ampliação da liberdade humana, desde que respeitados os direitos de terceiros e

presentes as condições materiais e psicofísicas para o exercício da capacidade de autodeterminação" (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 261).

Devemos entender que o processo de morrer faz parte da vida humana, e que, como tal, deve ser vivida com dignidade. Devemos tratar a morte como o termo final da vida, ou seja, o evento futuro que ocorrerá em momento incerto. Ao pensarmos que a morte só ocorre se houver vida, passa a ser impossível separá-las.

Partindo-se das premissas de que a morte é inerente à vida e de que o direito fundamental à vida implica uma garantia de uma vida com dignidade, conclui-se que ter uma vida digna implica em ter uma morte digna.

Dessa forma, a existência de um direito à morte digna garante o direito dos pacientes recusarem o abuso ou excesso terapêutico (PITHAN, 2004, p. 57), que única e exclusivamente visa o prolongamento da vida, impedindo que a morte ocorra ao seu tempo.

Schopenhauer já dizia: "se se batesse nos túmulos para perguntar aos mortos se querem ressuscitar, eles sacudiriam a cabeça negando" (2000, p. 63). Nesse sentido, o ponto principal da discussão sobre a autodeterminação como dimensão da dignidade da pessoa humana, sem dúvidas, concerne às decisões que afetam o fim da vida.

O ponto principal da discussão sobre a autodeterminação como dimensão da dignidade da pessoa humana, sem dúvidas, concerne às decisões que afetam o fim da vida.

Entretanto, quando se fala em dignidade temos um alto grau de subjetividade conceitual, a fim de que, os princípios e valores que conduziram a vida do paciente até o momento de seu fim, na medida e forma eleitas por ele sejam regidas as intervenções.

A institucionalização da boa morte está, portanto, nos programas de cuidados paliativos, contraponto a uma medicina excessivamente técnica ou do abandono do "nada a fazer" (KOVACS, 2014).Os cuidados paliativos e tratamentos para controle da dor, em contraponto à cultura da cura, têm por base a filosofia da atenção e do amparo de pacientes em estado terminal. (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 270).

Stefano Rodotà esclarece que quando 'se está morrendo', fica caracterizada a finitude da vida humana, ou seja, estaríamos dizendo que a finitude, ou seja, a morte, pertence à vida.

> *En otro momento he tenido ocasión de recordar que si bien la muerte pertenece a la naturaleza, el hecho de morir es gobernable por el hombre, pertenece a su vida, y por tanto entra en la esfera de la autonomía, de las decisiones de cada cual*[8] (RODOTÀ, 2014, p. 246).

A dignidade de morrer, para o autor, é justamente a ideia de não contradição com aquilo que já foi vivido de forma precedente, mesmo quando em um estado físico em que não seja possível a manifestação da vontade, aspecto que o próprio autor identifica com sendo uma dificuldade, haja vista o fato de que, nessa hipótese, a vontade seria manifestada anteriormente.

> *La dificultad nace del hecho de que, aquí, la autodeterminación es totalmente prospectiva, quiere adueñarse de un futuro que contiene lo imprevisible y que debe quedar siempre «a disposición» de la persona interesada. Es realmente una «guerra contra el tiempo» y se quiere gestionar de manera que la eventualidad de sobrevivir en condiciones de total incapacidad de decisión no cierre la posibilidad de la elección*[9] (RODOTÀ, 2014, p. 254).

Nesse sentido, devemos considerar que a autodeterminação do sujeito para definir os termos de sua própria morte deve prevalecer, ou seja, "o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade" (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 252), a fim de que se perfaça o ideal de morrer dignamente.

Respeitar a vontade do paciente terminal que se encontra em estado de inconsciência é vincular a equipe médica à observância das diretivas

[8] Em outra ocasião, tive a oportunidade de lembrar que, embora a morte pertença à natureza, o fato da morte é governável pelo homem, pertence à sua vida e, portanto, entra na esfera da autonomia, das decisões de cada um (tradução livre).

[9] A dificuldade surge do fato de que, aqui, a autodeterminação é totalmente prospectiva, querendo assumir um futuro que contenha o imprevisível e que deve sempre estar "disponível" para a pessoa em questão. É realmente uma "guerra contra o tempo" e queremos administrá-lo para que na eventualidade de sobreviver em condições de total incapacidade de decisão não se encerre a possibilidade de escolha (tradução livre).

antecipadas de vontade enfermo. Ou ainda, no caso em que o paciente se encontre consciente, a determinação manifestada pelo enfermo deve ser observada, sem que isso acarrete em uma responsabilização àquele que acatar os desejos externados.

> [...] a personalidade se manifesta não somente como se vive, mas também em como se morre. Ademais, quando o paciente assim a solicita, mediante a eutanásia, protege-se também a "dignidade da pessoa" [...], **pois ninguém pode estar mais legitimado que o próprio atingido para decidir em uma situação limite onde está a dignidade: em seguir lutando pela sobrevivência ou em renunciar aos cabos, às sondas e aos instrumentos das unidades de cuidados intensivos, para poder morrer em paz** (ORDEIG GIMBERNAT, 2004, p. 5, grifo nosso).

Se torna imprescindível, portanto, que, conforme Bussinguer e Barcellos, o "reconhecimento de que a morte pertence à própria dinâmica da vida", ou seja, devemos tratar a morte como um desdobramento natural da vida (2013).

Não podendo separá-las, devemos garantir dignidade em ambos os momentos. Uma vida digna, portanto, dependerá de uma morte digna.

4 Vida: a proteção do bem jurídico e sua (in)disponibilidade

Sendo a morte considerada inerente à vida, entende-se "haver um direito concreto à morte como exercício da vida livre" (BUSSINGER; BARCELLOS, 2013), ou seja, o fato de se poder determinar como se deseja morrer é consequência da liberdade e da autodeterminação da pessoa humana.

Nesse sentido, passamos à análise da teoria da proteção do bem jurídico como fundamento do direito penal, elaborada, essencialmente, por Claus Roxin, a fim de que sejam feitos breves apontamentos elucidativos acerca da disponibilidade do direito à vida.

Apesar do autor entender que o direito à vida é indispensável para a constituição do estado democrático de direito (2006, p. 217), o mesmo faz algumas ressalvas quanto à sua (in)disponibilidade.

Roxin inicia sua análise afirmando que a função principal do direito penal deveria ser a proteção de bens jurídicos concretos, deixando de lado ideologias políticas, morais ou crenças religiosas, afastando, inclusive, "simples sentimentos" (2009, p. 12).

Apesar de uma das críticas dirigidas à teoria residir na dificuldade de conceituação objetiva do que seria um bem jurídico, o autor sustenta que para a existência de um Estado democrático de Direito, o direito penal deveria ter com finalidade precípua a objetivação da coexistência livre e pacífica dos cidadãos, garantindo-lhes todos os direitos humanos, "também os direitos fundamentais e humanos, com o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade de opinião ou religiosa, também são bens jurídicos" (ROXIN, 2009, p. 17/18).

A ideia que se extrai de seus ensinamentos é que o direito penal deveria agir somente em casos extremamente necessários (MACHADO, 2016, p. 169). O princípio do direito penal como *ultima ratio*, a fim de que este sirva somente para resolução de conflitos dos quais decorram danos mais expressivos aos cidadãos (MARTINELLI, 2010, p. 58).

Também defendida por Roxin, na medida em que afirma que a penalização do agente só poderia ocorrer caso fosse inviável sua punição através de outro meio menos gravoso (2006, p. 33). A busca pela resposta sobre quais condutas o Estado deve intervir é o ponto alto da discussão. São basicamente seis[10] restrições. Apresentadas como sendo "limites à faculdade de punir", visando sempre atingir a finalidade do direito penal (2006, p. 32).

[10] No livro Estudos de Direito Penal, Roxin aborda o tema tratando de seis limitações, ao passo que no livro A Proteção de Bens Jurídicos como Fundamento do Direito Penal, trata-o a partir de nove limitações. Entretanto, a análise conjunta de ambos faz concluir que os seis limites ilustrados na primeira obra são suficientes para explanar todo o conjunto.

> Como a lei penal limita o indivíduo em sua liberdade de agir, não se pode proibir mais do que seja necessário para que se alcance uma coexistência livre e pacífica. Também o fato de que a dignidade humana e a igualdade devam ser protegidas é um resultado do pensamento iluminista, segundo o qual dignidade humana e igualdade compõem condições essenciais da liberdade individual (ROXIN, 2006, p. 32-33).

Almejando um equilíbrio entre a intervenção estatal e a liberdade dos indivíduos, Roxin inicia sua explanação afirmando que a "descrição da finalidade da lei não basta para fundamentar um bem jurídico que legitime um tipo", exemplificando o caso alemão da punibilidade do posse de drogas para consumo próprio sob o fundamento de que o bem jurídico o qual se busca proteger seria uma sociedade livre de drogas (2006, p. 36-37).

A segunda limitação afirma que a comportamentos imorais, ou socialmente reprováveis, não podem legitimar uma proibição se não afetarem a convivência pacífica dos indivíduos. O autor ilustra tal limitação com a impossibilidade de proibição do homossexualismo, na medida em que se trata de comportamentos de ordem privada, sem qualquer interferência à direitos de terceiros (2006, p. 37).

A violação da própria dignidade seria o terceiro objeto no qual o direito penal não poderia interferir.

> De acordo com a doutrina de Kant, decorre da dignidade humana a proibição de que se instrumentalize o homem, ou seja, a exigência de que "o homem nunca deva ser tratado por outro homem como simples meio, mas sempre também como fim". (ROXIN, 2006, p. 39).

Todavia, quando tratamos da dignidade da pessoa humana sendo disposta pelo seu próprio titular, o direito penal não deveria intervir, pelo fato de que "tem por finalidade evitar lesões a outros" (2006, p. 40).

Em quarto lugar, o autor afirma que a "autolesão consciente, sua possibilitação e promoção" não são de competência do direito penal (2006, p. 44). O autor elucida a limitação a partir da hipótese de um adulto plenamente capaz que faz uso de drogas e que, ao adquirir a droga para

consumo exclusivamente pessoa não viola bens jurídicos titulados por terceiros (2006, p. 46).

Sendo a finalidade do direito penal, ressalta-se novamente, a proteção dos bens jurídicos frente à outra pessoa, e não frente a si mesmo, tais condutas não podem ser passíveis de punição (ROXIN, 2009, p. 23).

Ponto extremamente relevante para a discussão sobre o tema do presente artigo, na medida em que esclarece que o indivíduo plenamente capaz não pode ser privado de determinar com deseja morrer, pelo fato de que, por mais que se esteja violando o bem jurídico da vida, a violação tem consequências estritas à esfera jurídica do disponente, fugindo à finalidade jurídico-penal.

Além disso, com base nessa mesma limitação, como lembra Roxin, a assistência ao suicídio não deveria ser punível quando aquele que deseja morrer "tomou a decisão em estado de total responsabilidade" (2009, p. 23).

> O Estado liberal deve aceitar que o ser humano, individualizado, não queria viver forçadamente, contra seus valores de fé. A pessoa autônoma "é capaz de decidir, para si próprio, o que significa morrer com dignidade". Portanto, se o paciente adulto, de livre escolha, nega a transfusão de sangue, não há legitimidade na eventual responsabilidade penal do médico que acata esta vontade. Forçar alguém a viver contrariamente à sua vontade, seja impedindo a eutanásia, seja forçando a transfusão indesejada de sangue, é comportamento que viola a autonomia individual (MARTINELLI, 2010, p. 254).

Da mesma forma, não poderíamos prejudicar o enfermo que, tendo exposto antecipadamente sua vontade de não prolongamento da vida quando não houver mais sentido em vivê-la, no momento decisório não possa mais expressar seu desejo.

A quinta limitação exposta por Roxin diz respeito à recusa de tipos penais essencialmente simbólicos, que, apesar de se tratar de medidas louváveis que almejam fixar uma consciência jurídica populacional, não são necessárias para a finalidade do direito penal (2006, p. 47-48).

O exemplo dado se refere à punição daqueles que fizerem apologia ao genocídio judaico pelos nazistas, ou negarem sua ocorrência ou caráter lesivo (2006, p. 49).

Por fim, em sexto lugar, Roxin afirma não ser possível a proteção de bens jurídicos abstratos, "com base nos quais não é possível pensar nada de concreto", como é o exemplo da "paz pública" (2006, p. 50).

Dessa forma, entendemos não ser possível a punição da prática eutanásica, seja ela praticada em decorrência da manifestação do enfermo no momento da decisão ou antecipadamente ao estado de inconsciência.

> A tese que aqui se sustenta não nega, por conseguinte, que a eutanásia voluntária cumpra formalmente um tipo delitivo (geralmente, o do homicídio consentido do art. 143 do CP), porém afirma que esse comportamento está justificado por um estado de necessidade, porque, junto à lesão de um único (e, no caso concreto, depreciado) direito fundamental, pressupõe também uma defesa massiva – e prevalente – de outros numerosos interesses constitucionais (livre desenvolvimento da personalidade, dignidade humana etc.) (ORDEIG GIMBERNAT, 2004, p. 6-7).

Por mais que não tenhamos adentrado na discussão estritamente penalista acerca da natureza jurídica da viabilidade das práticas redentoras, o fato de a conduta ter como finalidade garantir a prevalência do direito humano à morte digna faz com que tais discussões se tornem meramente teóricas, inexpressivas no campo da aplicação prática.

Ademais, não deveria ser possível o Estado intervir no campo dos direitos humanos, salvo se a intervenção tenha por objetivo a garantia da liberdade de exercício de referidos direitos ou uma maior efetividade do seu exercício.

> De acordo com o conceito absoluto, a dignidade da pessoa humana é uma norma que tem preferência sobre todas as outras normas, em todos os casos, motivo pelo qual não há possibilidade de se realizar a ponderação (ALEXY, 2015, p. 13). Logo, qualquer tipo de intervenção sobre a dignidade humana será necessariamente tida como uma violação à dignidade, ainda que seja de alguma forma justificada. Sendo assim, como regra, a dignidade não enfrenta

> limitação, devendo sempre prevalecer de forma absoluta. Nesse sentido, a concepção absoluta não é compatível com a análise de proporcionalidade. (PADILHA; BERTONCINI, 2016, p. 140).

Por mais controverso que seja o tema, deve restar claro que não cabe ao Estado impedir que o direito fundamental seja exercido. Muito pelo contrário. O Estado deveria ter o primordial compromisso com o seu resguardo e garantia do seu pleno exercício. O que faz com que as liberdades substantivas devam ser buscadas na maior medida possível, "de modo que o Direito possa ser instrumento de efetivação para o exercício de iguais liberdades fundamentais, a permitir que os indivíduos possam se compreender interlocutores em uma rede de interlocução" (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 203).

Cabe lembrar, também, o fato de que devemos ter em mente que os direitos humanos são considerados inerentes à qualidade de ser humano, mais uma razão pela qual a ingerência restritiva do Estado seria indevida (NAÇÕES UNIDAS, site).

Concluindo, a prevalência dos direitos humanos deve ser sempre imperiosa, primordialmente quando nos referimos à vultuosa dignidade da pessoa humana e seus desdobramentos, de forma a sobrepujar a competência do direito penal de limitar seu exercício.

> *Ma, ferma restando la legittimità delle opinioni e delle scelte diverse di ciascuno, nessuno può essere espropriato della sua dignità, e non può essere imposta una regressione culturale e istituzionale. L'alternativa è ormai netta. Le decisioni sulla vita devono essere prese sulla base dei principi costituzionali, rispettando la libertà delle persone, con gli interventi giudiziari necessari per adattare quei principi alle singole situazioni concrete? O prevarranno le pretese di variabili maggioranze parlamentari, che oggi si candidano a divenire padrone delle nostre vite?*[11] (RODOTÀ, 2010, p. 101).

[11] Mas, sem prejuízo da legitimidade das diferentes opiniões e escolhas de cada um, ninguém pode ser expropriado de sua dignidade, e uma regressão cultural e institucional não pode ser imposta. A alternativa está agora clara. As decisões da vida devem ser tomadas com base em princípios constitucionais, respeitando a liberdade das pessoas, com as intervenções judiciais necessárias para adaptar esses princípios a situações concretas individuais? Ou prevalecerão as reivindicações de maiorias parlamentares variáveis, que hoje são candidatas a se tornarem donas de nossas vidas?

Na medida e forma eleita pelo paciente é que se garante o respeito à sua autodeterminação e dignidade. A cerimônia de despedida não é adequada ao clamor midiático, à fúria ideológica mascarada pelo respeito à vida, nem à uma violência cega que torna a política distante e hostil[12] (RODOTÀ, 2010, p. 102).

Como lembra o autor, quando se transfere ao paciente o direito de determinar como deseja morrer, fica estabelecida a ideia de que a sobrevivência não é uma finalidade a ser buscada a qualquer custo (2010, p. 101). A vida não é um valor absoluto e por isso a vida que vale a pena ser vivida é aquela em que o sujeito tem autonomia para usufruir aquilo que lhe é proporcionado.' Na concepção histórica de autonomia, uma pessoa pode sentir-se indigna se continuar a viver contrariamente aos valores que carrega consigo (MARTINELLI, 2010, p. 254).

Sendo assim, concluímos que a vida, não obstante ser tratada como um dos bens jurídicos mais merecedores de proteção, não podemos entendê-la como um bem absolutamente indisponível.

Em se tratando de um bem jurídico disponível, não cabe ao direito penal, limitar seu exercício, principalmente quando tratamos de questões relacionadas ao direito humano à dignidade da pessoa humana, à sua autodeterminação e às questões relacionadas ao fim da vida.

Conclusão

A institucionalização da boa morte se resume na conversão do pensamento de busca infinita pela cura no ideal de dignidade da paciente em leito de morte, garantido pelo respeito à sua autodeterminação, materializando o direito humano à morte digna.

Buscou-se demonstrar, portanto, que, assim como as diretivas antecipadas, a eutanásia indireta e a passiva objetivam garantir o atendimento

[12] Texto original: *Alla cerimonia dell'addio non si addice il clamore mediatico, il furore ideologico mascherato da rispetto per la vita, né una cieca violenza che rende la politica lontana e ostile.*

à dignidade da pessoa humana no momento de sua morte ao garantir a autodeterminação do paciente terminal.

Dessa forma, ao enquadrarmos as diretivas antecipadas como sendo uma fusão entre a eutanásia indireta e a passiva, devendo ser de observação obrigatória pela equipe médica, e tendo em vista que o ordenamento jurídico as admite, não há razão de ser a manutenção da punição em decorrência das práticas eutanásicas e do suicídio assistido, quando requisitadas pelo enfermo.

Entendemos que a morte é inerente à vida, e, se esta deve ser vivida com dignidade, aquela também deverá ter sua dignidade preservada. Todavia, somente o sujeito titular do direito é que pode dizer o que é e o que não é digno para si próprio.

Sendo assim, a ingerência estatal, por meio do direito penal, é deveras despropositada. Na medida em que a finalidade do direito penal é a proteção de bens jurídicos perante violação realizada por outros. A violação gerada pelo próprio titular, ou a seu desejo, não é (ou ao menos não deveria ser) passível de punição.

> Freud escreveu em uma ocasião que diante de um cadáver sentimos "quase como uma admiração para alguém que levou a cabo algo muito difícil". **Não convém tornarmos as coisas mais difíceis do que já, de *per si*, são. E, muito menos, contrariando a vontade de nossos semelhantes e intrometendo na questão o Direito Penal** (ORDEIG GIMBERNAT, 2004, p. 10, grifo nosso).

Ademais, a análise da teoria de Roxin confirma todos os apontamentos realizados, principalmente quando nos elucida a terceira limitação, qual seja a violação da própria dignidade, bem como quando nos expõe ao quarto limite imposto, impossibilitando que a autolesão consciente seja passível de punição.

Realizadas as breves considerações sobre a disponibilidade da vida, concluímos que, por mais que as práticas eutanásicas sejam, doutrinária e

jurisprudencialmente, vedadas, assim como o suicídio assistido é legalmente vedado, não cabe ao direito penal se intrometer em questões atinentes só e somente à autodeterminação dos indivíduos.

A intervenção jurídico-penal nas questões de fim da vida não deveria ser admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, impuníveis as práticas eutanásicas, o suicídio assistido e a observância das diretivas antecipadas de vontade, de maneira a garantir a autodeterminação dos enfermos que já não veem mais razão na manutenção de uma vida indigna de ser vivida.

Referências

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, v. 38: 235-274, 2010.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1995**, de 9 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Diário Oficial da União: 31 de agosto de 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível**, nº 70054988266. Primeira Câmara Cível. Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; BARCELLOS, Igor Awad. O direito de viver a própria morte e sua constitucionalidade. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 9, p. 2691-2698, Set. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232013000900024&lng=en&nrm=iso. Acessado em: 09 Out. 2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e Ortotanásia**: comentários à Resolução 1.805/06 CFM. Aspectos éticos e jurídicos. 2. reimp. Curitiba: Juruá, 2013.

FLORES, Nilton Cesar; CORRÊA, Alexandra Barbosa de Godoy. As investigações em biotecnologia e suas implicações para o direito. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 2, p. 294-316, ago. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em

https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1898/1199. Acessado em: 09 out. 2019.

KOVACS, Maria Julia. A caminho da morte com dignidade no século XXI. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 22, n. 1, p. 94-104, Apr. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000100011&lng=en&nrm=iso. Acessado em: 02 out 2019.

KUTNER, Luis. Due Process of Euthanasia: The Living Will, A Proposal. **Indiana Law Journal**: v. 44, Iss. 4, Article 2, 1969.

MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. A Teoria dos bens jurídico-penais e o Direito Penal Moderno: uma releitura a partir dos Direitos humanos. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 166-179, dez. 2016. ISSN 2238-0604. Disponível em: https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/904/1002. Acesso em: 20 nov. 2019. doi:https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v12n2p166-179.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/T.2.2010.tde-27012011-113618. Acessado em: 20 nov. 2019.

ORDEIG GIMBERNAT, Enrique. **Vida e morte no direito penal**: estudos sobre eutanásia, pena de morte e aborto. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.

ORSELLI, Helena de Azeredo; FAISSEL, Fernanda Xanteli. O suicídio assistido quando praticado com finalidade altruísta e o respeito à autonomia. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 15, n. 1, p. 123-144, set. 2019. ISSN 2238-0604. Disponível em: https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2545/2340. doi:https://doi.org/10.18256/2238-0604.2019.v15i1.2545. Acessado em: 07 out. 2019.

PADILHA, Elisângela; BERTONCINI, Carla. A dignidade da pessoa humana na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy: uma análise sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 137-145, dez. 2016. ISSN 2238-0604. Disponível em: https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1113/999.

doi:https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v12n2p137-145. Acessado em: 16 out. 2019.

PESSINI, Leo. Distanásia: até quando investir sem agredir? **Revista Bioética**, 1996; v. 4, n 1. *ISSN*: 1983-8034. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/394/357. Acesso em: 20. Nov. 2019.

PITHAN, Lívia Haygert. **A dignidade humana como fundamento jurídico das "ordens de não ressuscitação" hospitalares.** Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

RODOTÀ, Stefano. **El derecho a tener derechos**. Tradução: José Manuel Revuelta. Madrid: Editorial Trotta, 2014. Título original: Il diritto di avere diritti.

RODOTÀ, Stefano. **Perché laico** (*e-book*). Roma: Laterza, 2010. ISBN 9788858113714. Acessado em: 16. Out. 2019.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia para morrer**: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas da vontade. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SANTOS, Laura Ferreira dos. **Testamento Vital: O que é? Como elaborá-lo?** Porto: Sextante, 2011.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Metafísica do amor / metafísica da morte**. Tradução de Jair Barboza. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

UNIDAS, Nações. **O que são direitos humanos?** Disponível em: https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/. Acesso em: 10 Out. 2019.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da eutanásia ao prolongamento artificial**: aspectos polêmicos na disciplina jurídico penal do fim da vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

12

Percepções sobre democracia e sua influência junto às políticas públicas

Maiara Zaparoli [1]
Júlia Benetti Franzosi [2]

Introdução

O termo democracia vem do grego *demokratía* e significa governo do povo. A definição aqui tratada, sem dúvidas é complexa, visto que o Governo no qual o povo exerce a soberania, direta ou indiretamente, é representatividade da moral coletiva. Ainda, sobre a sua efetividade, nada mais amplo seria do que este tipo de definição, visto que são vários aspectos a serem avaliados, e para tanto, primeiramente faz-se necessário saber o que de fato queremos disser com algo efetivo. Neste viés, sem sombra de dúvidas a efetividade é a busca da democracia, pois a sua finalidade é alcançada com a capacidade de produzir o efeito real sobre o povo, a partir das necessidades destes.

Neste ponto de vista, a democracia depende do tipo de sociedade, bem como de quem é considerado apto para tomada de decisão. A partir das

[1] Mestranda do PPGDireito - Mestrado da Faculdade Meridional. Área de Concentração: Direito, Democracia e Sustentabilidade. Linha de Pesquisa: Efetividade do Direito, da Democracia e da Sustentabilidade. Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Pós-Graduada em Psicopedagogia pela Faculdade Anhanguera. Graduada em Matemática pela Universidade de Passo Fundo. e-mail: maiara_zaparoli@hotmail.com

[2]Mestranda do PPGDireito - Mestrado da Faculdade Meridional. Área de Concentração: Direito, Democracia e Sustentabilidade. Linha de Pesquisa: Efetividade do Direito, da Democracia e da Sustentabilidade. Graduada em Direito pela Faculdade Meridional. e-mail: ju_franzosi@yahoo.com.br

referidas decisões é que o povo obtém o retorno desejado como ideal constitucional, isso através de políticas públicas, ou ainda, políticas de governo.

Sob este prisma encontra-se a importância do estudo sobre o conceito de democracia. O presente trabalho objetiva estudar democracia e políticas públicas principalmente em quatro autores Norberto Bobbio, Carlos Santiago Nino, Angeles Rodenas Calatayude e Jürgen Habermas.

Trata-se de reflexões iniciais, visto que o aprofundamento teórico ultrapassaria as dimensões deste artigo. Estas considerações poderão servir de aporte para um aprofundamento futuro dos interessados em discutir políticas públicas como decorrência do sistema democrático Brasileiro. Este trabalho inicia-se com os aspectos históricos, passando por reflexões sobre os pontos do conceito de democracia e pela discussão a respeito da eficiência da mesma, a fim de satisfazer as garantias constitucionais a partir das políticas adotadas.

1. Desvelando o Sistema Democrático

Inicialmente, é necessário destacar o motivo do estudo da democracia, que se justifica com uma pesquisa realizada pelo Estudo Eleitoral Brasileiro que afirma que 80,4% dos entrevistados afirmam que a democracia é a melhor forma de governo. Essa confiança na democracia permite concluir que existe certa rejeição a formas autoritárias de exercício do poder (PAIVA, 2004, PG. 371). Logo, podemos afirmar que o clamor popular pela permanência deste tipo de governo nos remete a importância do tema.

Em seus aspectos históricos, pode-se disser que o termo democracia surgiu na Grécia, com o intuito de caracterizar a forma de governo, mais precisamente, a administração política com vistas à coletividade. Na Idade Média a democracia não foi tão efetiva, sendo que, apenas por volta de 1950, como veremos a seguir, após períodos de crescente violência é que passa a se desenvolver de "forma efetiva", mas como benefício de alguns (DAHL, 2001, p. 20).

A Proclamação da República teve extrema importância para o desenvolvimento da democracia no Brasil, com o fim da escravidão ocorreu importantes avanços nos aspectos sociais. Para Alves (2000, p. 61) existiam dois influentes neste processo, o exército que desejava controle do mundo e os fazendeiros que almejavam poder político, ambos com interesses próprios. No que se refere à Primeira República, pode-se disser que foi um impulso ao encontro da democrática, mas não de forma efetiva, sendo que junto a esse movimento, o capitalismo ganhou espaço considerável.

Em decorrência do capitalismo, o trabalho em condições penosas também foi se instalando, e contrapondo a independência da república que almejava a liberdade, este processo foi conduzindo a grande massa às cidades, com trabalhos em condições desumanas nas indústrias, sendo uma indagação para a tão desejada "democracia".

Carvalho (2005, p.212) retrata que da independência até 1930, houve tão somente um fato relevante para o avanço da cidadania que foi a abolição da escravidão em 1888. Em uma análise temporal, temos que entre os anos de 1889 e 1890 os militares ignoram as diversidades sociais. Podemos afirmar a concepção de que o Brasil "nasceu e cresceu dentro de condições negativas à experiência democrática" (FREIRE, 2011, p. 90).

No final de 1930, Getúlio Vargas assume o poder e tira a autonomia dos cafeicultores de decidir os negócios, sendo um governo de ditadura declarada no Brasil. (ALVES, 2000). Neste momento, a democracia estava vinculada aos ideais econômicos, tanto que para Locke a sociedade política subsiste em decorrência da resguarda da propriedade de uma forma ampla, seja a vida, os bens materiais e imateriais, e também a liberdade (1983, p. 67).

Neste sentido, Lima contribui:

> O AI-5 mergulhou o Brasil no período mais triste da sua história política, no qual a repressão iria atingir níveis de violência inimagináveis. Vários professores universitários foram forçados a se aposentar e muitas pessoas entraram

> na clandestinidade. A imprensa, rigorosamente censurada, foi proibida de publicar notícias sobre movimentos operários e estudantis ou matérias que contivessem críticas ao regime (SILVA, 2001, p. 216).

Ao longo da história, tivemos evolução e retrocesso, sendo que nos anos 80, em um contexto neoliberal, foram se alterando as formas de legitimação da democracia em um regime político liberal, mas com perda de qualidade e crise de legitimação. Com a crescente perda de capacidade do povo em influenciar as decisões de governo, além da presença das corporações privadas transnacionais e monopólio midiático, houve visível déficit de legitimação de democracia. (FEDOZZI, 2008, p. 2).

Mas para além da contextualização ao longo do tempo, a percepção de democracia também sofreu alterações, como bem argumenta Bobbio, a democracia passou a transcender a esfera do Estado para o sentido mais amplo de sociedade, onde os processos da democracia possibilitam a participação da sociedade e a política não é mais fator exclusivo dos políticos.

Essa mudança, de uma democracia política para uma democracia social, consiste na busca real de princípios e valores democráticos. Nesta perspectiva, podemos definir a democracia, não mais com relação aos meios, mas pelo fim a que ela se propõe, qual seja a igualdade entre os homens. (BOBBIO, 2010, p. 38).

Contudo, a busca pela democracia plena é uma constante, onde entre meio a tantos interesses como visto no caso dos fazendeiros, militares, grupos e povo propriamente dito, são influentes para a efetivação dos aspectos constitucionais que abrange os mais variados aspectos da vida humana. Essa amplitude de direitos intrínsecos e extrínsecos a constituição é a demonstração da efetividade da democracia e, muito embora seja o ideal que se espera, percebemos que não chegamos a tanto, nesta prática constante de busca do mínimo constitucional. Mas será que de fato esse mínimo é democrático? Antes de adentrar nesta questão vamos passar para a conceituação máxima de democracia.

2. Democracia: Como estratégia inquestionável e eficaz

A democracia vem ao encontro da soberania popular ao compasso que cidadãos têm direito de participar direta e indiretamente das tomadas de decisão, e com o desenvolvimento da democracia, passamos à defesa dos direitos de liberdade. Para grande parte dos pensadores da época, o povo não deveria governar, por não ser bom nisso. O povo é eficiente para escolher seus governantes, tão somente. (BOBBIO, p. 44, 1993). Afirmação está que não entrando em mérito, é algo assustador em um momento atual no nosso sistema, pois em aspecto superficial e aparentes, nem neste quesito o povo seria tão bom, visto os recorrentes casos de corrupção no cenário Brasileiro.

Nesta perspectiva Bobbio afirma que:

> A soberania do cidadão está limitada pelo fato das grandes decisões quanto ao desenvolvimento econômico ou não chegarem aos órgãos representativos ou, se chegarem, serem tomadas [...] em sedes onde a grande maioria dos cidadãos soberanos não tem a menor voz ativa (Bobbio, 1993, p. 52)

Assim, Bobbio avalia que apesar de não termos espaço efetivo para as decisões, a forma direta de democracia seria inviável, visto o grande número de habitantes, bem como a extensão territorial e as necessidades de cada região, que por sua vez, não são as mesmas. Logo, as decisões não poderiam ser iguais em todo o país, por exemplo.

Contudo, desde 1993, nas palavras de Bobbio, já existia a preocupação com a dificuldade da efetividade da democracia, por ser em muitos casos, decisão vinda de um grupo e não da coletividade. Para este pensador, existia naquele momento e que transcende aos dias de hoje, um acordo que pode ser observado para o fim maior da democracia, conforme segue:

> Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar

> decisões coletivas e com quais procedimentos. Todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente. (BOBBIO, 2009, p. 30).

Ainda, Habermas tendeu a observar as potencialidades da democracia, mas tinha convicção de que não é tão simples realizar a democracia direta, sendo que a soberania do povo deve ser a todo custo preservada, mesmo com o pluralismo, seja cultural ou de interesses, bem como complexidade social existentes na atualidade. A democracia é a tentativa de síntese entre as concepções dos tempos antigos e dos tempos modernos, porque pretende fazer o equilíbrio entre a soberania popular e a autodeterminação do povo (HABERMAS, 1994, p. 361).

Na democracia indireta o representante do povo detém a confiança dos eleitores e a responsabilidade nas tomadas de decisão, como podemos ver no discurso formulado por Edmund Burke (1999, p. 10-11):

> Certainly, Gentlemen, it ought to be the happiness and glory of a Representative, to live in the strictest union, the closest correspondence, and the most unreserved communication with his constituents. Their wishes ought to have great weight with him; their opinion high respect; their business unremitted attention. It is his duty to sacrifice his repose, his pleasures, his satisfactions, to theirs; and, above all, ever and in all cases, to prefer their interest to his own. But, his unbiased opinion, his mature judgment, his enlightened conscience, he ought not to sacrifice to you; to any man, or to any sett of men living. These he does nor derive from your pleasure; no, nor from the Law and the Constitution. They are a trust from Providence, for the abuse of which he is deeply answerable. Your Representative owes you, not his industry only, but his judgment; and he betrays, instead of serving you, if he sacrifices it to your opinion.5 (BURKE, 1999, p. 10-11).

Para Bobbio, a forma indireta de democracia não garante que será realizada a vontade de quem elegeu seu representante, mas é a demonstração de confiança na opinião, visto que, escolhe-se alguém que decida por outrem (BOBBIO, 2000).

Neste mesmo sentido, Norberto Bobbio afirma que:

> (...) a unanimidade é possível apenas num grupo restrito ou homogêneo, e pode ser exigida em dois casos extremos e contrapostos: ou no caso de decisões muito graves em que cada um dos participantes tem direito de veto, ou no caso de decisões de escassa importância, em que se declara de acordo quem não se opõe expressamente (é o caso do consentimento tácito). (BOBBIO, 2000, p. 17)

Logo, a decisão da maioria nem sempre é a melhor decisão numa visão de sociedade complexa, desta forma a democracia não é estática, ela está em constante mudança conforme as necessidades sociais e as mudanças que nela ocorrem.

Habermas propõe a democracia deliberativa, com a reconstrução da sociedade moderna, aceitando que a sociedade moderna é marcada pelo pluralismo e pela complexidade, essa complexidade perpassa as questões capitalistas para as questões intrínsecas da vida. (HABERMAS, 1981, p. 299)

Nino busca estudar e superar a concepção de populismo moral de Habermas, acreditando em uma democracia mais confiável, mais voltada à aceitação, onde a opinião individual ou de grupos são agregadas. Acredita, ainda, que as decisões sob influência de negociações ou emoções têm grandes chances de não ser benéficas (GODOY, 2011, p. 72).

Para uma comparação de concepções temos que, Nino defende a moral como satisfação inerente ao raciocínio do indivíduo, já para Habermas, a moral é resultado do consenso social.

Para Nino, existe uma tensão entre democracia e constitucionalidade, sendo que aquela é um procedimento construído através da comunicabilidade, tendo por finalidade decisões moralmente corretas, sem violação da Constituição. Essa é uma diferença encontrada entre a teoria de Nino e Habermas, não se deseja superar esta tensão, mas conviver com ela Chueri (2010, p. 170).

Angeles Rodenas diverge de Nino, pois não concorda que o procedimento democrático traz decisões corretas moralmente. Visto que, pelo que se pode entender esta decisão seria inquestionável. Logo, para Angeles a

teoria precisa ser revista com profundidade quanto autonomia moral, pois diante a democracia prevalece a questão coletiva e deixamos de lado a moral individual, fazendo com que o procedimento adotado pela autoridade seja melhor que nosso próprio juízo (RODENAS, 1996,pg. 325).

Em verdade, muitos governos na atualidade usam o termo democracia com intuito de se beneficiarem do clamor popular e como própria justificação de se fixar ao poder (HOBSBAWM, 2010). Além disso, proporciona competição política e é capaz de contemplar a realização de eleições livres, com voto secreto, além de maior liberdade de escolha e expressão. É inquestionável que existe apoio à democracia, mas também, insatisfação com o seu funcionamento, basta que paremos para refletir sobre as desigualdades sociais.

Para além da avaliação realizada pelos autores até aqui citados, talvez precisássemos ampliar a ideia de democracia e reavaliar os processos de tomada de decisão. Mas se o fim da democracia é a igualdade dos homens, e para sua efetividade faz-se necessário políticas, nada mais importante seria neste momento do que o estudo das políticas públicas, que de certa forma, são dirigidas a este fim.

3. Políticas Públicas como consequência da Democracia

A preocupação com manutenção da ordem social e a sua estabilidade, nos amplos aspectos da existência humana, é uma discussão pertinente, em qualquer momento histórico, mas nem sempre, foi um foco de governabilidade. Visto que, o governo em tempos remotos não tinham os mesmos interesses, ou até mesmo, as mesmas imposições sociais que hoje temos, e que necessariamente, precisa ser melhorado como construção permanente. A proposta desta seção é abordar aspectos históricos que contribuíram na construção de políticas públicas, por consequente, para o exercício da democracia.

Sobre políticas públicas, Machado afirma que:

> A realização das atividades estatais se materializa por meio da atuação dos governantes, os quais adotam políticas públicas diversas para implementar as ações que julgam mais adequadas e oportunas, levando em conta os recursos econômicos, financeiros, humanos, etc, de que dispõem. Pode-se afirmar que são políticas públicas todas as medidas tomadas pela administração pública em nível federal, estadual ou municipal com a finalidade de obter resultados coletivos, em benefício da sociedade (2003, pg.74).

Em um contexto histórico, os gregos declaravam a necessidade da ordem social. Mas para isso, relata-se o conflito humano a respeito do tema, visto que envolve as situações entre a natureza humana e o desejo de viver a melhor vida a partir de metas, isso para os estudiosos se trata do *physis* e *telos*, demonstrando a complexidade do problema que envolve este estudo.

Antes de adentrar nas questões mais específicas sobre políticas públicas, adentremos na definição:

> As políticas Públicas são diretrizes, princípios norteadores de ação do poder público; regras e procedimentos para as relações entre poder público e sociedade, mediações entre atores da sociedade e do Estado. São, nesse caso, explicitadas, sistematizadas ou formuladas em documentos (leis, programas, linhas de financiamento), orientam ações que normalmente envolvem aplicações de recursos públicos. Nem sempre, porém, há compatibilidade entre as intervenções e declarações de vontade e as ações desenvolvidas (TEIXEIRA, 2002, p.2).

Além de definir, o autor procurou classificar as políticas públicas: a) políticas distributivas; b) políticas redistributivas, que redirecionamos recursos de uma parcela da sociedade detentora de melhores condições para a parcela da sociedade que é vulnerável; c) políticas regulatórias, que visam administrar e regulamentar os espaços e serviços públicos a fim de manter ou estabelecer uma ordem; e d) políticas estruturadoras, questão ligadas à estruturação do sistema político e normalmente não conta com o envolvimento da população (TEIXEIRA, 2002, p. 03).

O Brasil é um país amplo e heterogêneo, devido a isso possui políticas publicas que observam as especificidades individuais de cada região.

Importante salientar que os objetivos das políticas públicas que não atentem à estas diversidades causam problemas, principalmente para a classe com mais dificuldade econômica, visto que não cumprem as expectativas e necessidades do povo. Para Machado (2003, pg. 76): "Um dos problemas mais graves a serem enfrentados é o da desigualdade – o que não acontece apenas no Brasil, como se sabe".

Neste sentido, este autor contribui conectando a democracia à política pública:

> (...) acredita-se mais na viabilidade de implementação de políticas públicas que obtenham resultados mais satisfatórios, em Estados democráticos, porque se presume a existência de um maior vínculo entre candidatos eleitos e seus eleitores. Mesmo assim, não basta que a escolha seja democrática. É fundamental que haja efetiva participação da sociedade, por meio dos partidos políticos, das entidades de classe e de agremiações e organizações de diversas espécies, desde que essa participação seja ampla, livre e voluntária para os indivíduos e para os grupos que os representem.

As políticas públicas são baseadas em discurso de luta pelo poder e na busca de significado. Os sistemas de ideias constroem os interesses dos tomadores de decisões. É neste contexto que Abrucio (2002) elucida claramente que as importantes políticas no Brasil democrático, como por exemplo, as batalhas referentes ao ajuste e reforma fiscal, à estabilização econômica e à reforma do Estado, não podem ser compreendidas sem que se examine o federalismo.

Neste contexto, várias experiências inovadoras de governança no Brasil, ao longo das últimas décadas, revelaram um alto grau de eficiência na desprivatização do poder público, na democratização do processo decisório, ou ainda, na reversão de práticas. (CAVALHEIRO; JUCHEM, 2009, pg. 06)

Para Norberto Bobbio (2000, pg. 163), o poder político é o poder que um homem possui de exercer sobre os demais certa autoridade, podendo citar, por exemplo, a relação entre governante e o povo, com as políticas públicas impostas, que de certa forma são escolhas vindas devido o poder.

Ainda nas concepções de Bobbio, o poder político é uma espécie de poder coativo, no sentido mais estrito da palavra, também, é monopólio e exclusividade com consentimento da sociedade. A política possui muitas finalidades, dependendo de suas metas, sendo que seu objetivo mais importante é a manutenção da ordem pública e o bem estar do povo, esta que será melhor tratada a seguir.

4. Políticas Públicas e bem-estar social

Como visto até então, a democracia sofreu interferências de interesses individuais, nas quais possui conexão com o capitalismo. Mas este fato não tende a diminuir ou reprimir as vantagens da democracia diante do autoritarismo de poder, visto que até o momento, vimos que seu fim maior é a coletividade e suas necessidades para assim, possibilitar o bem estar e o bem viver, através da satisfação das necessidades básicas do indivíduo.

Desta forma, a democracia proporciona de certa forma, condições favoráveis para o desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social. No entanto, o Capitalismo como fator predominante no contexto social, fez com que o bem estar estivesse relacionado ao processo de industrialização e os problemas sociais gerados a partir dele.

Na concepção do autor o Estado deve ser o fomentador do interesse público. Como estado, a Grã-Bretanha foi à percursora em se empenhar no Estado de Bem-estar adotando políticas públicas nas áreas da saúde e escolarização, que impactou diretamente na economia. Este Estado de Bem-Estar Social s amplia devido às reivindicações e ajuda a minimizar as angústias geradas após a primeira guerra mundial (CERRONI, 1993, p.155).

O Estado do Bem-Estar Social aparentemente atende aos interesses de todos, mas para que isso de fato ocorra é necessário que existam recursos. Desta forma, o Estado atua como empresário regulador da economia e assume função fiscal com arrecadação de tributos que possibilitam as políticas públicas sociais.

Habermas, como já mencionado, levantou o problema de que o Estado do Bem-Estar sofre tensão entre o capitalismo e a democrática, bem como contradição entre o poder e a real necessidade do povo. Então, apesar deste empasse sabemos que de certa forma, ou então, em tese, o estado estaria munido de recursos, se a gestão dos impostos fosse efetiva, e consequentemente, seria possível suprir as demandas, se estas fossem de fato estudadas em prol do povo.

O Estado de bem-estar social somente teve significativa expressão até os anos 70, momento em que a Seguridade Social e a política social pós-guerra entraram em crise com o retorno da ideologia liberal (DRAIBE e HENRIQUE, 1988, p.56). Com a queda do Estado de bem estar, nos anos 90 ocorre à contrarreforma neoliberal que retrocedeu os ideais liberais passando para a iniciativa privada setores como saúde e assistência social (BEHRING, 2010, p. 153).

Para Machado (2003, pg. 96) no Brasil houve diminuição de empregos devido a falta de competitividade de produtos nacionais, em decorrência disso, aumento de desemprego. O neoliberalismo espalhou-se pelo mundo e o capitalismo alcançou.

Ainda, nas concepções de Machado diante as dificuldades dos Estados em decorrência do mencionando:

> O Estado deve cuidar apenas daquilo em que a iniciativa privada não vislumbrar lucratividade – a parte onerosa das relações com a sociedade. O que fazer, no entanto, com a enorme massa de pessoas excluídas do mercado de trabalho, que necessitam assistência à saúde e não podem contribuir, que precisam ter acesso ao ensino público e gratuito e que para sobreviverem precisam comer? A resposta pode estar nas políticas públicas elaboradas a partir dos ideais social-democratas que, não excluindo o capitalismo, podem com ele conviver priorizando as áreas sociais e procurando retomar os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade motivadores da Revolução Francesa, agregando a solidariedade, tão necessária para diminuir as desigualdades que se acentuaram nos últimos anos. Aplicando-se políticas públicas adequadas, voltadas para a solução dos problemas que atingem a maior parte da população brasileira, o

> novo governo federal poderá, ao final do seu mandato, ter conseguido transformar um Estado que hoje está no rumo do neoliberalismo em um Estado do Bem-Estar Social (2003, pg. 96).

Tratando de política pública, bem estar e poder do governo, tem-se ainda nas concepções de Machado a seguinte indagação: até que ponto o Estado resolve os problemas da sociedade? Que é respondida pelos argumentos de Bruno Trentin, que o Estado não pode ser visto como a "mãe", ele deve promover uma igualdade de oportunidades para os cidadãos.

Além dos aspectos tratados, faz-se importante a avaliação das políticas públicas em prol ao bem estar e a diferença entre uma política eficiente e eficaz. Neste sentido, Figueiredo & Figueiredo (1986, apud ARRETCHE, 1999) entendem eficiência como sendo a avaliação da relação entre o esforço empregado na implementação de uma dada política e os resultados alcançados.

Neste sentido, ambas as morfologias são critérios essenciais para a avaliação, que consequentemente traduz as formulações e melhoramento de políticas públicas, para que estas sejam de fato sustentáveis e façam a diferença positiva esperada no campo do bem estar coletivo.

Conclusão

Neste trabalho, vimos que o termo democracia está atrelado a Grécia antiga, introduzido como um regime limitador do poder político. A partir da análise realizada é possível observar que não existe democracia sem decisões do povo, mas tão somente uma espécie de pseudorregime democrático similar em que a decisão é imposta. Como também, a democracia exercida tão somente por eleições torna o povo alienado, sendo insuficiente para a efetivação das políticas públicas.

Assim, a democracia vem do povo, e necessariamente, este precisa participar de forma ativa nas tomadas de decisões das políticas públicas, sob pena desta ser considerada ilegítima democraticamente falando. Neste contexto, é preciso reconhecer que a democracia representativa faz parte

da democracia, mas por si só, não demonstra efetividade. Em especial, ao que se refere a políticas públicas em um estado democrático é importante salientar que todos têm direito de participar.

Como visto no decorrer do trabalho, a democracia ainda é considerada a melhor forma de governo, no entanto, quando paramos para analisar sua a efetividade nos deparamos com interesses individuais em uma evolução histórica.

No entanto, se analisarmos nos dias atuais, estes interesses não se encontram tão desvelados, pelo menos diante os estudos realizados para a realização deste texto, mas existe aqui uma falta de participação da sociedade para a realização da política pública. Visto que, o Brasil é um país heterogêneo e extenso, o que de certa forma, dificulta o acesso à participação e torna-se inviável a forma direta de democracia para a tomada de decisão. Como alternativa a este impasse, os autores aqui relacionados propõe que os grupos que possuem afinidades, todos, sem exceção deveriam ser ouvidos para a elaboração das políticas.

Além disso, RODENAS esclarece um ponto importante e que vem ao encontro da falta de efetividade da democracia, para a autora esta forma de governo é questionável sim, e ainda, suas decisões são questionáveis, visto que não leva em conta a moral individual. Em analogia, a democracia não leva em conta a necessidade individual.

Para uma complexidade ainda maior, os autores acrescentam que estas necessidades individuais são na verdade uma criação intrínseca ao individuo levando em conta vários fatores, desde a criação, costume e, o mais importante, o intelecto que faz parte de um todo complexo individual. Como se pode observar a democracia está no campo da complexidade, mas que sua finalidade é atender as necessidades.

Conclui-se que, em decorrência da crise nas decisões democrática, ante um sistema insuficiente nas questões de garantia da legitimidade, que é necessária a revisão do objeto das decisões democráticas, para assegurar ao povo o poder decisório.

Referências

ALVES, Kátia Corrêa Peixoto. **Nas trilhas da História.** Belo Horizonte: Dimensão, 2000.

BEHRING, Elaine Rossetti; ALMEIDA, Maria Helena Tenório de. **Trabalho e seguridade social**: percursos e dilemas". 2. Ed. São Paulo: Cortez; Rio de Janeiro: FSS/UERJ, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Estado governo sociedade**; para uma teoria geral da política. 1987. 2a . ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 4a . ed. 1993. São Paulo: Brasiliense.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia;** um desafio das regras do jogo. 2009. 5a . ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 11. reimp. Coimbra: Almedina, 2000

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil** – o longo caminho. Rio de janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

CERRONI, Umberto. **Política:** métodos, teorias, processos, sujeitos, instituições, categorias (M. A. Nogueira, Trad.). 1993. São Paulo: Brasiliense.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. **Constitucionalismo e democracia**: soberania e poder constituinte. Rev. direito GV, v. 6, n. 1, p. 159-174, São Paulo: 2010. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000100009. Acesso em: 02 fev. 2017.

DAHL, Robert A. **Onde surgiu e como se desenvolveu a democracia? Uma breve história**. In: DAHL, Robert A. Sobre a democracia. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001;

DRAIBE, Sônia Miriam & HENRIQUE, Wilnês. "**Welfare State, Crise e Gestão da Crise**: um balanço da literatura internacional". Revista Brasileira de Ciências Sociais, nº 6, vol.3, fev. 1988.

FEDOZZI, Luciano. **Democracia participativa**, lutas por igualdade e iniqüidades da participação. 2008. Disponível em: < http://www.ufrgs.br/democracia participativa/biblioteca1/arquivos/Democracia%20participativa%20lutas%20por %20igualdade.pdf> Acesso em: 07 nov. 2019.

GODOY. Miguel Gualano. **A democracia deliberativa como guia para a tomada de decisões legítimas**. Revista co-herencia. Medellin, Colombia: 2011p. 63-91. Disponível em http://www.scielo.org.co/pdf/cohe/v8n14/v8n14a03.pdf. Acesso em: 02 fev. 2017.

LOCKE, J**. Segundo tratado sobre o governo.** In: Os pensadores (3a.ed., pp. 33-131). 1983 São Paulo: Abril Cultural.

MACHADO, Aquidaban F. **POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL E NO NEOLIBERALISMO** Alguns Aspectos. 2003 file:///C:/Users/user/ Downloads/739-Texto%20do%20artigo-2916-1-10-20130327.pdf

PAIVA, Denise. **As Percepções sobre Democracia, Cidadania e Direitos**. OPINIÃO PÚBLICA, Campinas, Vol. X, nº 2, Outubro, 2004.

RÓDENAS CALATAYUD, Ángeles. **Sobre la justificacion de la autoridade**. 1995. Centro de Estudos Constitucionais: Madrid, 1996.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Manual de auditoria operacional. 3 Ed., TCU, Brasília, 2010.

BURKE, Edmund. **Speech to the electors of Bristol**. In: CANAVAN, Francis (ed.). Selected works of Edmund Burke. Indianapolis: Liberty Fund, 1999. v. 4.

TEIXEIRA, E. C. **O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade.** Revista AATR, Salvador, 2002. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a_pdf/03_aatr_pp_papel.pdf>. Acesso em: 11 set. 2019.

13

A mediação no código de processo civil brasileiro e a dimensão da justiça em foco

Mayara Pellenz [1]
Silvia Helena Arizio [2]

Introdução

Atualmente, a mediação é considerada um instituto jurídico de fundamental importância no processo judicial brasileiro. Seja pela possibilidade de auxiliar na celeridade processual ou pela estimulação de um entendimento entre as partes, a mediação é uma forma de resolução dos conflitos que vem apresentado resultados satisfatórios aos casos concretos.

Em outros países, a prática vem se mostrando eficaz, e no Brasil, embora o instituto já fosse aplicado, adquiriu relevância legislativa no ano de 2015, com a promulgação do novo Código de Processo Civil. O referido diploma legal incorporou possibilidades de mediar de uma forma mais

[1] Mestre em Direito, Democracia e Sustentabilidade pela Faculdade Meridional - IMED. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Meridional - IMED e Psicologia Jurídica pela mesma Instituição.

Integrante do Grupo de Pesquisa Ética, Cidadania e Sustentabilidade - RS. Integrante do Grupo de Pesquisa Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos – RS. Docente Titular do Curso de Direito da Faculdade UNISOCIESC em Blumenau (SC). Docente da Pós-Graduação em Direito da Faculdade Avantis, Balneário Camboriú (SC). Email: maypellenz@hotmail.com

[2] Mestre do Programa de Pós-Graduação da Faculdade Meridional - IMED. Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Docente Titular do Curso de Direito da Faculdade UNISOCIESC em Blumenau (SC). E-mail: sharizio@yahoo.com.br.

completa e abrangente, tamanha sua importância no que se refere à celeridade processual e na (re) significação do conceito de justiça, entre as partes.

Quando há referência ao princípio do acesso à justiça e ainda à outras formas de resolução de conflitos, afasta-se em alguma medida a hegemonia do sistema judicial, abrindo espaço para que haja conveniência e convivência de outros métodos de solução de litígios para além do Estado-juiz. Tal situação sinaliza para que a justiça seja concretizada a partir do diálogo entre as partes, de forma respeitosa e com segurança jurídica, oportunizando uma troca verbalizada que, em muitas vezes, encerra o conflito em definitivo.

Por meio de uma abordagem interdisciplinar, identifica-se a mediação como categoria que pode ser inserida em uma proposta de entendimento de maneira consensual, ativa, bilateral, transformando casos judiciais em entendimentos positivos. Destaca-se a pertinência na busca de novas formas de resolução de conflitos, objetivando a conciliação e a comunicação com foco na justiça e na não violência. Por essa razão, é tão importante refletir sobre o alcance da mediação no referido código, haja vista que sua prática vem se mostrando positiva e adequada.

Para estruturar esta pesquisa, no primeiro ponto analisa-se a mediação como instituto do Direito numa perspectiva ampla. Aborda-se o panorama e as perspectivas da mediação, quando os operadores jurídicos e a partes são incentivadas à tal possibilidade no âmbito processual. O segundo ponto objetiva conceituar a mediação bem como identificar suas principais características. É fundamental reconhecer a importância do instituto e compreendê-lo em sua totalidade, pois sua materialização e concretização vincula-se de forma direta à atuação das partes processuais na prática restauradora, bem como do estímulo que deve ocorrer, da parte, dos advogados e dos juízes, para promover o entendimento e resolução de conflitos judiciais de forma pacífica e célere.

Por fim, analisa-se a tutela jurídica das práticas de mediação a partir do Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 2015. Destaca-se a

mediação como categoria fundamental no Direito, tamanha sua relevância tanto na atuação dos operadores quanto para as partes envolvidas no processo. Este artigo baseia-se na no método indutivo e na pesquisa bibliográfica e documental, bem como de uma análise crítica a respeito da mediação nos dias de hoje.

1 O panorama do poder judiciário brasileiro e a questão da mediação

O ponto de partida desta pesquisa é uma reflexão veiculada no canal de discussão jurídica Consultor Jurídico (CONJUR) que informava que em 2014 havia 99,7 milhões de ações em trâmite no país[3]. Estes números, por si só, causam perplexidade e revelam a situação caótica em que a Justiça brasileira se encontra, o que leva a sociedade a questionar a atuação dos operadores do Direito, a segurança e a qualidade das decisões e principalmente, quais são as alternativas para que uma melhora no âmbito judicial ocorra a curto prazo. A partir dos dados informados, outra constatação causa perplexidade: a população nacional brasileira contabiliza 200 milhões de pessoas. Isso significa que, naquele tempo, havia cerca de um processo para cada duas pessoas domiciliadas no Brasil.

Cabe destacar que a partir da Constituição de 1988, o país contabilizou demandas cada vez maiores, o que veio a contribuir com a explosão ações judiciais em massa. Se por um lado o Poder Judiciário tornou-se mais acessível e com maior visibilidade para a população, observou-se que a prestação desse serviço decaiu, ao menos quando se refere à solução de conflitos de forma célere.

O cenário de crise é ainda mais grave nos principais centros urbanos, onde os cartórios e fóruns encontram-se abarrotado de processos e sem possibilidade de findá-los em tempo hábil, de forma a concretizar o princípio da razoável duração do processo. Essa situação apresentou uma

[3] CARDOSO, Maurício. Brasil atinge a marca de 100 milhões de processos em tramitação na Justiça. In: **Consultor Jurídico**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao. Acesso em: 11 mai 2020.

melhora com o surgimento dos processos eletrônicos, mas ainda não está em condição adequada de atender as demandas judiciais da população.

As partes processuais e os demais atores do processo têm dificuldade de acesso a seus direitos em razão da morosidade do Poder Judiciário, o que leva, muitas vezes, a desacreditar no sistema de justiça brasileiro. Em paralelo, essa situação também afeta gravemente os profissionais de Direito. Afeta os procuradores que dependem de honorários para sua sobrevivência e afeta também sua relação com os clientes, pois estes, muitas vezes, não conseguem compreender a dimensão e a complexidade da estrutura judiciária, e, muito menos, a situação caótica em que se encontra a justiça nos dias de hoje.

Ainda, é prejudicial aos operadores do Direito que são sobrecarregados pelo excesso de trabalho e não conseguem suprir a demanda de forma célere, em virtude da burocracia e do volume de processos. Mas, é a sociedade que mais sofre com essa situação, pois deve suportar o cenário de crise mesmo com os altos valores pagos em tributos e impostos que são direcionados na manutenção do Poder Judiciário e do sistema de justiça, bem como toda a sua estrutura.

Avançando na compreensão do tema, a partir do artigo 334 do Código de Processo Civil de 2015, que estabelece as audiências de conciliação e mediação e que devem ocorrer preferencialmente nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC)) por meio da atuação de conciliadores e mediadores cadastrados nos tribunais locais, percebe-se a relevância das formas alternativas de resolução de conflito, de modo organizacional. Com efeito, de acordo com o art. 8º da Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça (2020):

> Para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis e Fazendários, os Tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania ("Centros"), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

Esta é uma importante determinação na escala da pacificação, além das situações já trazidas por diplomas legais como a lei da Ação Popular n. 4.717/65, a lei da Ação Civil Pública de n. 7.347/85, o Código de Defesa do Consumidor de n. 8.078/90, a lei dos Juizados Especiais de n. 9.099/95 e a Lei de Arbitragem de n. 9.307/96.

O artigo 1º da Resolução 125, traz a obrigatoriedade de o Poder Judiciário oferecer, além da solução adjudicada por sentença estatal, outros meios de resolução de controvérsia, como a conciliação e a mediação. A garantia de acesso à um processo justo, sem entraves e delongas, perpassa por uma fase transformativa, onde a mediação é um importante instrumento que pode auxiliar na resolução desta crise institucional, pois o entendimento entre as partes, por meio da figura de um mediador[4], traz inúmeros benefícios. Tanto é verdade esta afirmação que o próprio magistrado tem o dever de fazer uma tentativa de conciliação entre as partes, explicando os benefícios que ambas terão caso cheguem a um denominador comum.

Imprescindível destacar que Conselho Nacional de Justiça[5], por meio dos tribunais, coordenou a Semana Nacional de Conciliação entre 04 de novembro e 8 de novembro de 2019 em todo o país, proporcionando o atendimento de 813.299 mil pessoas durante a semana. No mesmo cenário, contabilizou-se nas Justiças Estadual, Federal e Trabalhistas um total de 424.208 audiências marcadas, 321.095 audiências realizadas e um total 148.086 acordos efetuados.

Nesse sentido, teve como objetivo solucionar os conflitos por meio da conciliação e reduzir os milhares de processo por meio satisfatório para a sociedade, vindo a contribuir na construção da cultura pacificadora social.

---

[4] A função do mediador, para Riskin, é auxiliar as partes na busca de uma solução pacífica e voluntária ao conflito. Todavia, o autor indica a importância deste em ser especialista no objeto do litígio. Isso irá auxiliar na compreensão da problemática em todo seu contexto, em relação a natureza e também as consequências do conflito. O mediador indagar as partes e tentar auxiliá-las, estimulando o entendimento. RISKIN, Leonard L. Compreendendo as orientações, estratégias, e técnicas do mediador: um padrão para iniciantes. In: **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 84.

[5]Conselho Nacional Justiça. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/02/Semana-concilia%C3%A7%C3%A3o-total.pdf Acesso em: 03 ago.2020.

Assim, como prática, a mediação pode ser compreendida como uma alternativa de resolução de conflitos. Trata-se de um novo olhar sendo construído, que surge em decorrência de diversos problemas que são comuns no Poder Judiciário. Da forma como se encontra, o sistema processual brasileiro é, muitas vezes, ineficiente, quando se trata de princípios como acesso à justiça e razoável duração do processo.

Por este motivo, a vivência e a experimentação do ato de dialogar e compreender o outro, mesmo no cenário de conflito judicial, sinaliza a atuação do mediador como ator processual de extrema relevância. Sua ação deve ser técnica e imparcial, no sentido de validar a linguagem ordinária das partes. Isso significa oportunizar as suas sensações, sentimentos e pensamentos, bem como a manifestação de desejos e desfechos pessoais, protegidos e resguardados pela confidencialidade. Ao mesmo tempo, recomenda-se que o mediador possua conhecimento jurídico técnico, pois deverá informar as partes sobre todos os aspectos da prática da mediação, e, portanto, a segurança jurídica do ato.

É preciso destacar que o mediador possui papel fundamental nas relações pessoais objetos da mediação, que podem estar verdadeiramente causando o litígio. Muitas vezes, numa situação de Direito de Família, por exemplo, existem questões pessoais a serem resolvidas pelas partes. Essa falta de entendimento acaba refletindo no Judiciário, chamado a manifestar-se sobre as demandas mais íntimas dos envolvidos.

Assim, o mediador deve ser capaz de promover uma reflexão coletiva e estimular o acordo com responsabilidade e zelo. É nesse cenário que se observa a complexidade da prática. Para além de conceitos técnicos taxativos sobre o que é ou o que não mediação, ou, ainda, o que compete ou o que não compete ao mediador, explica-se que este deve estar capacitado para intervir nos conflitos nos seus mais variados níveis.

Como afirma Linck (1997), o mediador tem um papel de reengenharia do conflito[6], que pode resultar, com sua atuação, em bons frutos para

[6] LINCK, Delfina. **El valor de la Mediación**. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc, 1997, p. 145.

as partes. Todavia, é preciso uma conscientização da sociedade e dos operadores do Direito no sentido de vivenciar a mediação e ampliar os espaços para o diálogo, de forma a respeitar e compreender quem está envolvido no processo e também a atuação do mediador no âmbito jurídico.

2 O instituto da mediação: compreender para praticar

O instituto da mediação possui vários conceitos, com diversos alcances, sendo uma prática difundida e realizada no mundo já há muitos anos. A tendência no entendimento e no diálogo é importante e fundamental, considerando a apreciação deste tema pela legislação pátria. Como se percebe, o não-litígio é um tema que está em voga, a partir da mediação e da conciliação como práticas que precisam ser compreendidas e estimuladas, e, portanto, praticadas. Não é por outro motivo que diversos estudiosos debruçam-se sobre o tema na atualidade, e que locais próprios para a mediação são disponibilizados pelos Tribunais de Justiça no sentido de facilitar o acesso aos mediadores e ao Poder Judiciário como um todo. Trata-se então de um instituto que estimula e concretiza o princípio do acesso a justiça. Por estas razões é importante, nesta pesquisa, destacar alguns aspectos da mediação e, especialmente, contextualizá-lo com o novo diploma.

A intenção é refletir sobre a mediação considerando o que Bacellar[7] aponta sobre o tema. O autor explica que, na prática, a crise do Poder Judiciário demanda um discurso que busca mais infraestrutura do sistema, mais recursos humanos para atender a demanda e uma maior atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)para fazer com que a situação de crise seja revertida. Trata-se, para o autor, de pedir mais do mesmo. Mas, clamar este discurso é instituir num cenário irreal, considerando os problemas políticos e econômicos que o país enfrenta.

A mediação é importante na resolução dos conflitos pois é capaz de preencher as lacunas da justiça, em relação ao tempo da lide processual,

[7] BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo (SP): Saraiva, 2012, p. 13.

por exemplo. Essa colaboração é necessária, pois visa reduzir o tempo em que o processo terá fim, proporcionando entendimento por meio do diálogo.

Nesse sentido, paulatinamente, a mediação foi se difundido em nosso país, não obstante a carência de marco legal regulatório. A primeira tentativa de regulação deu-se pelo Projeto de Lei de 98 de n. 4827 da ex-deputada Zulaiê Cobra, que acabou se transformando em diversos projetos, que desencadeou hoje o que conhecemos de normatividade para a implementação dos institutos de solução de conflito.

A mediação trabalha o restabelecimento, trata-se de um método não adversarial de solução de controvérsias, no qual os interesses antagônicos são compostos com o auxílio de terceiros, que incentiva, mas não prescreve, a solução.

Para fins de conceituação, a Lei nº. 13.140/2015, que no artigo 1º define a mediação como "atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para controvérsia". No Novo CPC/2015 prescreve também, no artigo 165 §3º, o mediador,

> [...] que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

A categoria promove a participação das partes, proporcionando um cenário que se sobrepõe ao modelo retributivo, os atores processuais se apropriam dos fatos e buscam uma forma de minimizar as consequências do processo, por meio de uma prática de entendimento. Nesse ponto, Warat (2004) explica que:

> O que se procura com a mediação é um trabalho de reconstrução simbólica, imaginária e sensível, com o outro do conflito; de produção com o outro das

> diferenças que nos permitam superar as divergências e formar identidades culturais[8].

Todavia, é comum que a mediação encontre resistências dos atores do processo, que buscam a litigância como se o resultado final fosse o aspecto mais importante. Chama-se atenção ao papel dos advogados de explicar a parte os benefícios de um acordo, pois a prática da mediação reduzirá o tempo do processo, os custos e pode ainda proporcionar o entendimento entre as partes de modo satisfatório. Muitas vezes, a mediação promove o reestabelecimento de vínculos e da credibilidade. Este modelo de resolução de conflitos objetiva solucionar o conflito de forma pacífica, por meio do diálogo e da atuação de um mediador que irá conduzir o andamento do processo.

A mediação de conflitos corrobora com o intersubjetivo e o transdisciplinar e concretiza-se como método que facilita o encontro das soluções consensuais, que precisa ser interpretado de modo jurídico, e necessariamente democrático. Portanto, supera positivismo fixado e limitador com aspecto ordenador, regulador e hierarquizante: a ideia de poder e de autoridade fica diluída em face da importância da emancipação e do empoderamento, que é norteador das relações entre os cidadãos livres e iguais.

Warat entende que a mediação é uma forma alternativa de resolução de conflitos jurídicos, sem que exista a preocupação de dividir a justiça ou de ajustar o acordo às disposições do Direito positivo[9]. Trata-se então de uma prática compreendida para além do Direito: ainda que haja consequências jurídicas, busca-se a mediação em outros espaços de convivência. Isso porque a mediação, como instituto, transita entre a psicologia, a pedagogia e outros campos do saber, proporcionando uma prática mediadora democrática, quando os conflitos são resolvidos, em diálogo, na comunidade, entre vizinhos, nas escolas, associações, condomínios, dentre outros.

---

[8] WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004, p. 57.

[9] WARAT, Luis Alberto. Ecologia, Psicanálise e Mediação. In: WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em nome do acordo: a mediação no Direito**. 2. ed. Buenos Aires: Associação Latino-Americana de Mediação, 1999, p. 5.

Democraticamente, a mediação pressupõe então a efetiva participação dos envolvidos. Não se considera, nesta prática, somente o interesse pessoal: conjuga-se o conflito instaurado para que haja um processo de inclusão entre as partes, oportunizando o debate, o esclarecimento e a real possibilidade de entendimento entre as partes. Desta forma, avança-se na concretização dos princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia, pois na mediação oportuniza-se o diálogo e a reflexão das partes, conduzidas por um mediador. Com base nestes pressupostos, a mediação pode ser conceituada como:

> uma técnica pela qual, duas ou mais pessoas, em conflito potencial ou real, recorrem a um profissional imparcial, para obterem num espaço curto de tempo e a baixos custos uma solução consensual e amigável, culminando num acordo em que todos ganhem. A Mediação é uma resposta ao incremento da agressividade e desumanização de nossos dias, através de uma nova cultura, em que a solução dos conflitos passa por um facilitador profissional que tenta através de várias técnicas, pela conscientização e pelo diálogo proporcionar uma compreensão do problema e dos reais interesses e assim ajudar as partes a acordarem entre si, sem imposição de uma decisão por terceiro, num efetivo exercício de cidadania[10].

A partir desta perspectiva, é possível promover a emancipação e a independência das partes, incentivadas pelo diálogo e conjugando os interesses processuais[11]. É preciso compreender o que é a mediação e quais seus objetivos para que se possa enfim, praticá-la de maneira eficiente no âmbito judicial e extrajudicial.

Entende-se que de forma voluntária, é possível buscar soluções aos danos sofridos por meio do instituto da mediação. As novas formas de dirimir os conflitos causados pelas relações humanas são, diante da crise do Poder Judiciário, uma urgente necessidade da sociedade contemporânea.

---

[10] ABREU, Maria Elizete Batista. **Mediação Familiar:** a dimensão inovadora dessa intervenção frente às demandas postas ao serviço da Vara de Família. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel) - Curso de Serviço Social, Departamento de Serviço Social, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003, p. 45.

[11] Nesse sentido que Leonard L. Riskin entende que a mediação pode atingir quatro níveis de interesses, de interesses restritos para mais amplos, são eles: i) interesses no objeto litigioso; ii) interesses comerciais; iii) interesses relacionais; e iv) interesses comunitários. RISKIN, Leonard L. In: **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. p. 76.

Com efeito, as instituições do Estado precisam ser redesenhadas a partir do que os novos tempos ensejam em seu aspecto jurídico e social: só assim estarão legitimados no seu papel de operadores dos conflitos. Isso justifica o porquê priorizar a profunda alteração ao incorporar a nova linguagem de concretizar o direito, no viés humano e dialogal.

Paralelamente, o mediador age no caso concreto oportunizando o entendimento das partes envolvidas no sentido de reconstruir algo que um dia existiu. Se essa reconstrução não for possível, o conflito deve ser dirimido pelas partes considerando os diversos pontos de vista que uma situação pode ter, o que indica analisar o problema sob "novas lentes" e não apenas sob uma perspectiva individualista e egoísta. Nesse sentido, para Linck, como seres humanos, tem-se o impulso para atuar de forma auto-proteção, sem pensar de forma coletiva[12].

A mediação possibilita um novo cenário de convivência, um espaço que estimula a experimentação da alteridade e da solidariedade, diante da crise de valores que é tão presente no mundo moderno. A mediação, no ambiente democrático, promove a percepção mais apurada do conjunto. É necessário, para promover essas ideias, pensar em soluções coletivas que também sejam mais favoráveis individualmente. Mais do que uma rotina ou um manual de condutas, o mediador deve ter sensibilidade e tratar cada caso como se fosse exemplar[13].

O ato de praticar a mediação é um vetor para o diálogo, o entendimento e a verbalização de questões importantes às partes. Nesse ponto, para Bacellar (2012), uma nova abordagem pode alterar a percepção sobre o conflito e o diálogo que é desenvolvido no curso da mediação pode esclarecer eventuais falhas de comunicação[14] que ocorreram durante a situação causadora do conflito.

Portanto, a mediação é a oportunidade conferida as partes de solucionar criativamente os seus problemas, por meio da autonomia e da

[12] LINCK, Delfina. **El valor de la mediación**.p. 149.

[13] LINCK, Delfina. **El valor de la mediación**., p. 149.

[14] BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47.

determinação como elementos-chave para a mediação obter êxito na sua finalidade. Além disso, a mediação direcionada àqueles que mantem relações permanentes e continuadas traduz-se em resultados, que são transformadores. Evidencia-se uma mudança de atitude em relação ao conflito: o litígio transforma-se em obtenção de um acordo pois os mediantes, em suas narrativas, identificam reais interesses e necessidades, restabelecendo a relação.

O papel do mediador é fundamental, pois ele irá conduzir este processo, direcionar as práticas mediadoras e esclarecer as partes de que forma a mediação pode ocorrer. Todavia, trata-se de um processo que exige o respeito mútuo e a atenção, ainda que as opiniões não sejam as mesmas em alguns aspectos. Estas diferenças podem enriquecer a prática mediadora e proporcionar uma troca, que compreenda o entendimento entre as partes ainda que suas convicções sejam mantidas.

Reconfigura-se o papel do Juiz como aquele que deve "dizer o Direito". Essa possibilidade vista como única acaba perdendo sua força a medida que as próprias partes possam gerenciar seu conflito[15] e intervir positivamente na sua resolução. Ao mediador caberá a tarefa de informar a respeito da mediação, explicando que o acordo, por vezes, é a melhor solução para aquele caso. Para tanto, ceder é muito importante. As partes devem estar dispostas a lançar mão de alguma questão que envolve o conflito para que esse se resolva de forma célere, considerando-se, no entanto, que mediação pressupõe um equilíbrio, e não a imposição de uma vontade sobre a outra, de forma a gerar prejuízos irreparáveis.

Além destes aspectos positivos já destacados, a mediação é um instituto mundialmente reconhecido pois possibilita aos operadores do Direito uma forma de resolver conflitos que não necessariamente envolva o Poder Judiciário na busca de soluções a questões especificas. Na busca por um acordo, o mediador tem de promover a autocrítica das partes envolvidas. Cada um deve ser capaz de questionar se não está agindo de forma equivocada em algum aspecto da relação com o outro que está em conflito.

[15] WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: ofício do mediador**. p. 62.

Importante destacar que o acordo deve ser estimulado, mas nem sempre, essa via poderá surtir algum efeito positivo. Tudo dependerá do interesse das partes, da receptividade ao entendimento e até mesmo ao ambiente em que a resolução do conflito será oportunizada. Esse ambiente deverá ser de total informação e transparência as partes, em relação ao caso concreto. A clareza das implicações e consequências jurídicas do acordo, na mediação, faz a diferença àqueles que estão envolvidos no conflito.

Portanto, a mediação é um convite ao entendimento. Neste convite, o meio em que a prática se estabelece pode fazer a diferença em relação aos sujeitos processuais. O local da mediação, se possuir condições de agradabilidade, poderá facilitar o diálogo e entendimento e, assim, a receptividade da prática mediadora. Locais adequados a esta prática agregam na promoção do entendimento pacífico e voluntário entre as partes. Além disso, o objeto do litígio pode ser o ponto de partida para que outras questões sejam abordadas entre as partes.

Num conflito, por exemplo, ao se mediar sobre o direito do consumidor, é possível resolver a questão que está sendo discutida naquele momento e também indicar e sugerir melhorias ao fornecedor em relação aos aspectos negativos que o conflito identificou. Neste caso em específico, proporciona-se, de imediato, o aprimoramento das relações consumidoras e a credibilidade do cliente em relação a empresa, se esta comprometer-se a melhorar seus produtos naquele quesito. Socialmente, esta prática estará proporcionando o entendimento daquela relação pontual e, ainda, oportunizando que esta relação se perpetue no tempo e no espaço.

3 Aspectos do código de processo civil de 2015 e a mediação

Cada vez mais, a mediação adquire importância em âmbito processual, diante dos mais variados aspectos positivos da prática, já destacados nesta pesquisa. Mais um exemplo da importância deste instituto é na adequação das questões a ser ressaltada diz respeito à mediação para dirimir

os litígios de natureza familiar, que muito bem foi incorporada no novo Código de Processo Civil dos artigos 165 a 175, numa posição de destaque que merece ser analisada. Como destaca Fernanda Tartuce,

> No direito de família, o aspecto continuativo da relação jurídica em tudo recomenda que haja uma eficiente e respeitável comunicação entre os indivíduos, despontando a mediação como importante instrumento para viabilizá-la. A relação familiar, afinal, é perene: ainda que haja desconstituição da sociedade conjugal pela separação, remanesce ainda o vínculo (e alguns dos efeitos do casamento, especialmente o da mútua assistência) até a decretação do divórcio. Após a realização deste, ainda assim pode haver relação continuativa no que se refere à obrigação alimentar. Caso esta não exista e não mais haja nenhum tipo de contato, de qualquer forma, é recomendável que haja paz entre os ex-cônjuges, razão pela qual a mediação sempre tem pertinência como método consensual de abordagem do conflito[16].

Tal análise, em síntese, demonstra e determina a adequação da mediação como método de solução de conflitos familiares e de permanente vínculo social e jurídico, compreendendo a um não rompimento definitivo desse vínculo.

O Código de Processo Civil de 2015, desenha um microssistema normativo para os institutos da mediação e conciliação, e oferece a solução alternativa na adequação dos conflitos, como a exemplo, o artigo 694. Para Tartuce:

> Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação". Ademais, segundo o parágrafo único de referido artigo, "a requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar[17].

Num primeiro momento, é preciso destacar que culturalmente, o ser humano se em situação de adversidade, quando se trata de um conflito

[16] TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis**, São Paulo: GEN, 2008, p. 96.

[17] TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis**, São Paulo: GEN, 2008, p. 93.

judicial. Essa situação é compreensível em certa medida, mas, por outro lado, deve ser refutada, em prol de um diálogo que oportunize acordos e beneficie a todos os envolvidos.

Desloca-se a função do magistrado para as partes, que, com segurança jurídica, podem estabelecer acordos e regras próprias que resolvam determinado conflito. Regular o instituto e estabelecer padrões para a prática da mediação é um dos objetivos do novo Código de Processo Civil. Neste diploma também são abordados a conciliação e a arbitragem como categorias que podem ser utilizadas para solucionar conflitos.

A localização da mediação no novo Código ocorre de forma esparsa em diversos artigos, a preocupação do legislador com a atividade de conciliação e mediação feita dentro da estrutura do Poder Judiciário. Na forma do art. 175 o diploma não exclui, a mediação e conciliação prévias ou mesmo a possibilidade de utilização de outros meios de solução de conflito.

Desta forma, o Código de Processo Civil trata do tema na Parte Geral, Título IV, Capítulo III, Secção V, sob a rubrica de "auxiliares da justiça", de acordo ao artigo 139, inciso V "promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais." No início do texto, no artigo 3º, § 2º fica instituída a necessidade por parte do Estado de estimular a solução consensual de conflitos. No § 3º do mesmo artigo, o Código de Processo Civil preconiza que os profissionais do Direito, como juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público devem não somente estimular, mas, também, praticar as diversas formas de solução consensual de conflitos.

De acordo com o art. 10 da lei n. 13.140/2015, na mediação extrajudicial "as partes assistidas por advogados ou defensores públicos". No parágrafo único do referido artigo, se apenas uma delas comparecer com seu representante, o mediador deverá suspender o procedimento para que ambas sejam devidamente assistidas, destaca-se aqui o princípio da isonomia nessas sessões, na mediação judicial a presença dos advogados é obrigatória, nos termos do artigo 695, §4º.

No Código de Processo Civil, para desestimular o litígio exacerbado, inovou expressivamente com as modificações a respeito dos honorários advocatícios. O referido diploma, no artigo 85, a condenação da parte vencida ao pagamento dos honorários ao advogado da parte vencedora como elemento que deve constar em sentença, na cobrança de um direito obtido em razão da sucumbência da parte adversa.

Estas primeiras disposições sinalizam a necessidade de uma mudança de pensamento que perpassa pelas heranças culturais, no sentido de efetivar princípios como acesso à justiça e celeridade processual, além de contribuir de forma direta no enfrentamento da crise do Poder Judiciário em relação ao número de processos que tramitam atualmente. Ainda, relevante destacar a atividade a ser conduzida pelo mediador profissional, imparcial, portanto, essa não deve ser acumulada por profissionais como juízes, promotores e defensores públicos.

O mediador deve ser escolhido pelas partes ou designado pela autoridade competente, através dos profissionais cadastrados no tribunal, é escolhido para o exercício que consiste no fato de que as partes envolvidas no conflito, eivadas de suas emoções, dificilmente conseguem vislumbrar um solução para o impasse.

Atentos a esta realidade, os legisladores incluíram no novo diploma legal estas questões, possibilitando um novo viés a cultura de conflito no Brasil. Se litigar é a primeira opção, a segunda é obrigatoriamente possibilitar um entendimento pacífico e voluntário entre as partes. A intenção dos legisladores é positiva, a medida que a auto composição encontra-se em diversos dispositivos do novo Código de Processo Civil.

O Código de Processo Civil, pode ser destacado em duas fases, a pré-processual e fase processual, ou seja, da reclamação, para o setor de conciliação e mediação, carta convite, reunião de acordo ou não acordo, homologação (título judicial) sem distribuição. Fase processual, fase da distribuição do processo, triagem inicial de petição inicial, setor de conciliação e mediação, citação e intimação 30 dias, reunião de mediação, acordo ou não acordo, homologação e extinção do processo ou retorno aos

trâmites processuais normais. Inicial, contestação, réplica, triagem final (saneamento) audiência preliminar aqui pode haver conciliação (homologação de acordo e extinção do processo), busca de meios alternativos de solução de conflitos (mediação, arbitragem, avaliação neutra sigilosa de um Terceiro) designação de audiência de instrução e julgamento, homologação de acordo e extinção do processo.

Outro ponto, que deve ser observado é que as partes obrigam-se a participar de audiências de mediação ou conciliação. Todavia, o viés coercitivo não é único: no art. 165 está disposto que os tribunais devem criar centros de solução consensual e promover programas para auxílio, orientação e estímulo à auto composição. Esta determinação já é uma realidade em diversos Tribunais de Justiça e de comarcas.

Os Centros judiciários de solução consensual de conflito (art. 10, da resolução nº 10, CNJ) e o setor de solução de conflitos pré-processual coordenado por juiz adjunto, setor de solução de conflitos processual e setor de cidadania, ainda os conciliadores e mediadores capacitados e servidores com dedicação exclusiva e pelo menos um capacitado também para a triagem.

Em especial, o artigo 166 do CPC elenca os princípios fundamentais na prática da mediação, como: autonomia do mediador (que pode agir independentemente do posicionamento do juiz da causa), oralidade (o que auxilia de forma direta na celeridade processual), confidencialidade (como benefício que visa proteger a imagem das partes, que poderiam ser comprometidas caso o litígio tornasse-se público) e informalidade, o que não exime, no entanto, as partes de agirem de forma comprometida e o mediador, de forma técnica. O diploma legal prevê no artigo 334 a audiência de conciliação e mediação, que pode ocorrer mais de uma vez no decorrer do processo. Essa prática indica a importância do acordo no decorrer do processo, a medida que as informações são prestadas. Essa troca e esse entendimento podem resultar numa solução pacífica dos conflitos antes de uma sentença, por exemplo. Esse é um dos principais aspectos inovadores em relação ao código que estava vigente.

Ainda, no artigo 334, § 4º, I, e 335, II, as partes podem optar ou não pela realização de audiência de mediação e conciliação, sendo que o prazo para contestar inicia justamente após a realização desta audiência. É nesse momento que deve ser avaliada a postura das partes, pois essa previsão legal pode gerar o protelamento do feito, sendo que a audiência de mediação e conciliação, se requerida, pode figurar como um artifício, se a parte requerente não tem nenhum interesse ou não objetiva o acordo.

Outra observação a ser feita, quanto a aplicação do principio da cooperação no novo Código Civil, consiste na possibilidade do magistrado, dependendo à complexidade da demanda em matéria de fato ou de direito, designar audiência de saneamento para que as partes possam levar um rol de testemunhas, bem como provas, para aclarar pontos ainda não esclarecido, situação pontuada no artigo 357 e seus parágrafos.

Nesse viés, o CPC aduz que os tribunais devem ater-se nas edições enunciados de súmulas, com a uniformização e a coerência na aplicação de precedentes judiciais, visando garantir a segurança jurídica. Para Grinover, a justiça tradicional que julga e sentencia está fadada ao fracasso, pois mantem uma hierarquia, a verticalidade de um elitismo hereditário, com bases em uma cultura patriarcal de domínio, enquanto a justiça informal se dirige ao futuro, sob cultura da paz e direitos humanos prevalecendo sentimentos de igualdade, fundada na autonomia de vontade em tendências horizontalizadas, destacando-se a persuasão, a negociação, a conciliação e a mediação[18].

Portanto, insiste-se na importância das mudanças trazidas ao novo Código de Processo Civil em sua estrutura com ruptura a cultura de dominação e propiciando a prática de cooperação, com vista aos interesses comuns, aos ganhos mútuos de orientações ao desenvolvimento de novas habilidades comunicativas.

Zygmunt Bauman (2001, p. 07) observa-se que, neste espaço de tempo, a interrogação que lhe acomete é sobre quem pode mudar a

[18] GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os fundamentos da justiça conciliativa**. In. Revista da Escola de Magistratura, v. 2, n.5, abr. 2008. Disponível em: https://issuu.com/editorajc/docs/enm_5 Acesso em 03 ago. 2020.

realidade de um mundo onde a esperança está à deriva. Destaca a diversidade de novas havilidades comunicativas, pois a diversidade dos convívios em lugares complexos, supõe novas competências, habilidades para compreender com esforços a diferença a fragilidade e a “fluidez” das relações humanas. O sociólogo expõe a exacerbação do "eu" em que as sociedades foram individualizadas, em detrimento do sentido de coletividade

A participação social, no campo da justiça, como corpo colaborativo nos procedimentos de conciliação e mediação é um cenário que busca um entendimento cooperativo e sadio, afastando preconceitos e rótulos. Os mediadores experientes sabem que, em situações de disputas, a atitude dominadora, em cada mediando, tende a ser reconstruida, além do papel transformador que altera os processos e resgatando o diálogo.

Assim, a participação como princípio vem a ser impulsionador de democracia representada na mediação e na conciliação, como estímulo ao surgimento de um novo contrato social de pacificação e ao empoderamento da comunicação da justiça mais horizontalizada. Nesse sentido, o principio representa a identificação do interesse comum e fundamenta-se na proteção da dignidade humana, onde estabelece um regime mais comunitário, uma cidadania empreendedora e socialmente responsavel.

Para Vasconcelos[19], os advogados que ainda não tiveram oportunidade de estar mais próximo as mudanças dos paradigmas consensuais, pois mantinham a décadas a dogmática de “ganha-perde”, deveram superar o senso comum teórico de trocar o chip do litigio pelo chip da colaboração, em novo processo de cooperação. Estar certos que o cliente tomou certa a decisão de participar da mediação.

Considerando a importância do advogado nas transformações do litigio, na contribuição de reconhecer o papel dos mediadores, fundamental o espaço das práticas colaborativas, extrajudiciais e judiciais,

[19] VASCONCELOS. Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 138.

diante da necessidade de prestar esclarecimento sobre todo o procedimento, além de contribuir no exercício de assessoria ao cliente.

Eis os desafios. Compete com firmeza e coragem, a atuação do advogado num viés comunitário e em perspectiva pacifista, acreditando no restabelecimento de uma idelização harmonica social. Pensar em mediação e no agir comunicativo, significa, como destaca Habermas20, o lugar daquele terceiro termo em que os cidadãos podem cooperar na criação quotidiana da democracia.

Considerações finais

Longe da pretensão de esgotar um tema tão complexo, esta pesquisa objetivou destacar alguns aspectos importantes sobre o instituto da mediação. Com a dimensão da justiça em foco, evidencia-se a necessidade de buscar e estimular o entendimento pacífico e voluntário entre as partes, de forma a garantir a segurança jurídica e oportunizar o diálogo naquele litígio.

Com a dimensão da justiça em foco, chama-se atenção ao diversos países que adotam esta postura, a exemplo do Brasil, que no ano passado preconizou no novo Código de Processo Civil diversos artigos esparsos que tratam deste tema em específico. É preciso, no entanto, compreender o que é e para que serve o instituto da mediação, a função do mediador e a pré-disposição das partes para dialogarem a respeito daquele conflito.

É importante que este cenário seja construído, ainda, num local agradável, que seja convidativo ao diálogo e reflexão. Já estão sendo ambientados espaços desta natureza nos Tribunais e comarcas do Brasil, com objetivo de reunir os envolvidos e estimular o entendimento, com informação a respeito de todo o processo e segurança jurídica daquilo que for acordado entre as partes.

[20] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. Ed. Tradução de Flávio B. Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

Além disso, nesses locais, os espaços de circulação proporcionam uma melhor socialidade. O encontro das partes para buscar um acordo, na primeira audiência, por exemplo, pode constranger os envolvidos se estes não estiverem exatamente informados a respeito do procedimento judicial. Em ambientes adequados para a prática da mediação, ainda que não haja um entendimento sobre o caso concreto, as partes poderão ouvir, ser ouvidas e informar-se a respeito daquele litígio, o que pode promover um entendimento no futuro, a partir da disposição legal de que, a qualquer tempo, as partes podem propor um acordo que encerre a situação de forma satisfatória a todos (artigo 334 do novo Código de Processo Civil de 2015). Dialogando em ambientes específicos, o processo pode encerrar, contribuindo de forma direta na concretização dos princípios do acesso a justiça e da celeridade processual.

Por este viés, a mediação é um vetor para a democracia, a medida que as partes deliberadamente podem buscar soluções conjuntas aquela situação e, ao mesmo tempo, contribuir no enfrentamento da crise do Poder Judiciário, em relação aos milhares de processos que lotam os fóruns, comarcas e tribunais em todo o país.

Trata-se de uma prática compreendida para além do Direito: a mediação é uma categoria que envolve a psicologia, a pedagogia e outros campos do saber, proporcionando a materialização da democracia, nos mais variados espaços sociais. Não se considera, nesta prática, somente o interesse pessoal. O debate, quando oportunizado, proporciona uma possibilidade de entendimento entre os envolvidos. Desta forma, avança-se na concretização dos princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia, contribuindo para a efetivação da justiça no seu aspecto mais amplo.

Referências

ABREU, Maria Elizete Batista. **Mediação Familiar:** a dimensão inovadora dessa intervenção frente às demandas postas ao serviço da Vara de Família. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel) - Curso de Serviço Social, Departamento de Serviço Social, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo (SP): Saraiva, 2012.

BAUMAN, Zygmunt**. Modernidade líquida.** Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GRATH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Gracie Northflleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1988. Disponível em: https://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF Acesso em: 03 ago. 2020.

CONSELHO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE MEDIAÇÃO E ARBRITAGEM. **Código de Ética para os Mediadores**. Disponível em: https://conima.org.br/mediacao/codigo-de-etica-para-mediadores/

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 125 de 29 de novembro de 2010.** Disponível em https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156 Acesso em ago. 2020.

_____. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicia**l. 5. ed. Brasília (DF): CNJ, 2015.

_____ **MOVIMENTO PELA CONCILIAÇÃO**. SEMANA NACIONAL DE CONCILIAÇÃO - 2019 - 04/11/2019 a 08/11/2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/02/Semana-concilia%C3%A7%C3%A3o-total.pdf Acesso em: 03 ago.2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os fundamentos da justiça conciliativa**. In. Revista da Escola de Magistratura, v. 2, n.5, abr. 2008. Disponível em: https://issuu.com/editorajc/docs/enm_5 Acesso em 03 ago. 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. Ed. Tradução de Flávio B. Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LINCK, Delfina. **El valor de la Mediación**. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc, 1997.

RISKIN, Leonard L. Compreendendo as orientações, estratégias, e técnicas do mediador: um padrão para iniciantes. In: **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis**, São Paulo: GEN, 2008.

VASCONCELOS. Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. Ecologia, Psicanálise e Mediação. In: WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em nome do acordo: a mediação no Direito**. 2. ed. Buenos Aires: Associação Latino-Americana de Mediação,1999.

14

A difusão substancial do acesso à justiça no Brasil por meio da desjudicialização

Rafael Fritzen [1]
Marco André Simm de Faveri [2]
Luíza Seger [3]

Introdução

A Constituição da República de 1988autodeterminou o Brasil como um Estado Democrático de Direito. Como tal, deve o estado brasileiro obedecer aos princípios ou valores basilares à democracia: a igualdade, a liberdade e a dignidade.

A proteção aos direitos fundamentais, nessa toada, se mostra um elemento primordial dentro do regime democrático, essencialmente voltado à busca pela justiça social e ao respeito à dignidade da pessoa humana. Dentro os direitos fundamentais, por sua vez, o acesso à justiça ganha uma posição de relevante destaque, uma vez que, por meio desse direito-garantia, concretiza-se a realização de inúmeros outros direitos fundamentais que são a ele conexos e dependentes.

Denota-se, dessa forma, a importância em delimitar-se a maneira e a amplitude em que os cidadãos irão buscar seus direitos perante o Estado,

[1] Mestrando em Direito (IMED). Especialista em Direito Notarial e Registral (Instituto de Educação Verbo Jurídico). Especialista em Direito Público (IMED). Graduado em Direito (ULBRA). E-mail: rafafritzen@gmail.com.

[2] Mestrando em Direito (IMED); Especialista em Ciências Criminais (ULBRA); Especialista em Processo Civil (UNINTER); Graduado em Direito (ULBRA – 2011). E-mail: marcoandredefaveri@gmail.com

[3] Mestranda em Direito (IMED). Especialista em Direito Notarial e Registral (Damásio). Graduada em Direito (FMP). E-mail: segerluiza@gmail.com

pois um acesso à justiça ineficiente ou reducionista (apenas formal), compreendido apenas como a possibilidade de se ingressar com uma demanda perante o Poder Judiciário, fatalmente atingirá os pressupostos democráticos estabelecidos na Constituição.

Assim sendo, revela-se a premente necessidade de se ampliar o alcance e o espectro do acesso à justiça,não se limitando ao processo jurisdicional, mas sim, ofertando-se outras possibilidades que garantam direitos de forma célere, segura e adequada. Esse desiderato, potencialmente, pode ser obtido por meio do processo de desjudicialização, instituto tendente a concretizar o direito fundamental em seu aspecto substancial.

Desse modo, a partir desses pressupostos, questiona-se: poderá a desjudicializaçãoatuarcomo uma ferramenta democrática para concretizar o acesso à justiça substancial no Brasil?A hipótese levantada, de forma prévia, é que a desjudicializaçãopode ser um importante colaborador na concretização do acesso à justiça, conferindo direitos subjetivos à sociedadebrasileira na perspectiva dos valores defendidos pelo Estado Democrático de Direito.

Portanto, o objetivo geral desta pesquisa, a ser desenvolvida em duas seções, é analisar, de forma criteriosa, o instituto da desjudicialização contextualizando-o com o direito fundamental de acesso à justiça, em sua dimensão substancial. A metodologia a ser utilizada é baseada na pesquisa bibliográfica através do método dedutivo, a qual parte de uma visão geral sobre o direito constitucional de acesso à justiça, para, após, voltar-se a uma análise focalizada na desjudicialização e na exemplificação de dois de seus procedimentos.

Em um primeiro momento serão tecidas considerações sobre odireito fundamental de acesso à justiça, apresentando suas características, os problemas de acesso e sua delimitação semântica. Finalmente, com os esclarecimentos a serem obtidos, adentrar-se-á no instituto da desjudicialização, com o exame de dois instrumentos utilizados pelos serviços notariais e de registros, potenciais catalizadores para a concretização, de forma adequada, do princípio constitucional em suavertente substancial.

1 O direito de acesso à justiça no regime democrático brasileiro

O Brasil se define como um Estado Democrático de Direito[4], conceito este considerado híbrido e que reúne os postulados emanados do Estado de Direito e do Estado Democrático[5]. Caracteriza-se, em apertada síntese, pela completa submissão dos poderes estatais à Constituição e aosdireitos fundamentais nela consagrados, voltados à dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade pluralista, livre, justa e solidária, onde todo o poder emane do povo e este seja exercido em seu exclusivo benefício.

Deve o Estado brasileiro, dessa forma, atender aos valores da igualdade, liberdade e dignidade imanentes da democracia que, como esclarece Silva, "não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um *processo* de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história" (1993, p. 114, grifo do autor).

Nesse turno, revela-se extremamente importante à democracia estabelecer-se como e de que forma os cidadãos vão postular o exercício de seus direitos (litigiosos ou não) perante o Estado-Juiz, sendo este o titular da função pública em substituição à antiga autotutela (justiça privada). Este é um ponto, deveras, fulcral para a consolidação de qualquer regime democrático e dos postulados por ele defendidos, poisa maneira como se acessa à justiça, segundo inferem Cappelletti, Garth (1988, p. 11-12), desvela a proteção de inúmeros outros direitos fundamentais a ele consequentes e intrinsicamente interligados.

Pois bem, como observado, cabe ao Estado, por meio do Poder Judiciário,o "poder-dever" de resolver os conflitos públicos ou privados, individuais ou coletivos que lhe são apresentados. Esta responsabilidade estatal, por um lado, e direito das pessoas, por outro, é chamado de acesso

[4] Na forma prevista pelo Preâmbulo e pelo artigo 1º da Constituição de 1988. (BRASIL, 1988, [n.p]).

[5]Segundo José Afonso da Silva, não se caracteriza como uma simples reunião de formal de elementos, mas "revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*". (1993, p. 102, grifo do autor).

à justiça[6], postulado que se encontra expresso no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (BRASIL, 1988, [n.p]).

Sobre a previsão constitucional, Luiz Guilherme Marinoni comenta que:

> As Constituições do século XX procuraram integrar as liberdades clássicas, inclusive as de natureza processual, com os direitos sociais, objetivando permitir a concreta participação do cidadão na sociedade, mediante, inclusive, a realização do direito de ação, que passou a ser focalizado como 'direito de acesso à justiça', tornando-se objeto da preocupação dos mais modernos sistemas jurídicos do século passado (MARINONI, 2008, p. 185).

Contudo, frente a interpretação do texto constitucional, é fundamental perquirir qual seria o alcance e o conteúdo semântico do direito do acesso à justiça, ou seja, se no atual contexto da sociedade e na perspectiva da maximização de direitos perseguidos pela democracia, atingir-se-ia o desiderato do acesso à justiça com a simples possibilidade de se ingressar com uma demanda perante o Poder Judiciário.

Deve-se compreender, de forma inexorável, que o direito do acesso à justiça – em sua concepção contemporânea – é muito mais amplo e extenso do que meramente "bater às portas" do Poder Judiciário por meio do exercício do direito de ação. Mauro Cappelletti e Bryant Garth proclamam que:

> A expressão "acesso à Justiça" é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básica do sistema jurídico – o sistema pela qual as pessoas podem reivindicar seus diretos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (CAPPELLETTI, GARTH, 1998, p. 8).

[6] Usualmente também é conhecido como "inafastabilidade da jurisdição" ou "direito de ação". Para os fins pretendidos nesse artigo, será adotado unicamente a expressão "acesso à justiça".

Na verdade, como elucida Scheleder (2015, p. 213), o conteúdo do direito ao acesso à justiça é polissêmico, possuindo uma acepção que evolui conforme as necessidades políticas e sociológicas da sociedade pela busca na afirmação de direitos fundamentais democráticos, sendo um insofismável direito-garantia.

Deveras, este processo evolutivo do acesso à justiça foi corretamente identificado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth através de três ondas renovatórias. Relevante mencionar, nesse ponto, que as chamadas "três ondas renovatórias" são resultado de uma importantíssima pesquisa denominada "Projeto Florença", que detectou, através do estudo comparado entre diversos países participantes[7], os entraves à realização do acesso à justiça, formulando alternativas viáveis e soluções práticas para a plena efetivação do direito, contextualizadas e resumidas nas "ondas" supracitadas.

Logo, a primeira onda renovatória, iniciada em 1965, corresponde a implantação da assistência judiciária gratuita, como forma de viabilizar aos economicamente necessitados, concomitantemente, o conhecimento de que seu direito fora violado e as condições para reivindicá-lo, isento de custos e honorários advocatícios. A segunda onda, por sua vez, caracteriza-se pelas reformas objetivando representar os interesses difusos, principalmente nas áreas de proteção ao meio ambiente e aos consumidores. Por fim, a terceira onda renovatória, de especial interesse para esta pesquisa, apresenta uma reestruturação do modo de processar e de prevenir conflitos, visando proporcionar modos de acesso à justiça mais articulados e compreensivos, por meio de prestação de serviços jurídicos simplificados, desburocratização e utilização de outros métodos para a solução de litígios. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 34-36).

Observe-se que, por sua própria alocação geográfica na Constituição[8] e, ainda previamente, diante da previsão contida na Declaração Universal

[7] Embora as propostas do Projeto Florença tenham influenciado a legislação e a vontade política brasileira, o Brasil, ao contrário de outros países da América Latina (como Chile, Uruguai, Colômbia e México) – potencialmente motivado por questões políticas – não fez parte do estudo comparado. (PORTO, 2009, p. 27).

[8] Junto ao Título II – Dos direitos e garantias fundamentais. (BRASIL, 1988, [n.p]).

dos Direitos Humanos – DUDH[9], o acesso à justiça é considerado como um direito fundamental e, como tal, em razão de suas características imanentes,deve permear o sistema jurídico e balizar a atuação do Poder Público (em sentido amplo). Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais são

> [...] todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhe ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal [...]. (SARLET, 2002, p. 82).

Desse modo, por sua eficácia irradiante, o direito fundamental do acesso à justiça deve vincular e corroborar todo o sistema jurídico que lhe é afeto e, ainda, possuindo a natureza jurídica de princípio, revela-se em comando a ser observado por todos os poderes estatais, sendo considerado pela doutrina, como expressa Barroso (2005), na figura de mandado de otimização, com força normativa e vinculante pelo qual se concretiza "*o princípio jurídico-constitucional fundamental e estruturante do respeito à dignidade da pessoa humana*" (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 455, grifo do autor).

Logo, devido sua importância, como asseverado, o acesso à justiça traz em seu bojo uma série de outros direitos e garantias fundamentais que lhe são consequentes e conexos (sendo uma porta de entrada), como, por exemplo, a razoável duração do processo, a igualdade material, a assistência judiciária, a imparcialidade, etc.; o que revela a importância em sua correta delimitação, essencialmente diante das necessidades advindas de uma sociedade democrática e à luz da dignidade da pessoa humana:

[9] Em seu artigo X, a DUDH – proclamada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 10 de dezembro de 1948 – estabeleceu o acesso à justiça como um direito humano no campo internacional. (ONU, 1948, [n.p]).

> O acesso à justiça não é apenas a porta de entrada que o Estado oferece ao indivíduo para lhe garantir os mínimos direitos. É também um dos vários eixos de produção e reprodução de relações sociais, nos padrões escolhidos pelos grupos contestatórios dos atuais padrões vigorantes. O acesso à justiça, numa ótica social e política, é uma concepção muito mais ampla que não se esgota em defender a igualdade de todos na justiça, na possibilidade de todos terem acesso sem restrições à tutela jurisdicional. (ABREU, 2008, p. 337).

Isso significa que o direito de acesso à justiça é um pressuposto fundamental do regime democrático, sendo indispensável ao próprio exercício da cidadania, justamente por ser um instrumento que garante a implementação de outros direitos (LUDWIG, 2011, p. 9-10). Nesses termos, Mauro Cappelletti e Bryant Garth aduzem que:

> De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação. O acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (CAPPELLETTI, GARTH, 1998, p. 11-12).

No mesmo teor, Bobbio (2004, p. 17) esclarece que: "não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los [...]".

Dessa maneira, torna-se claro que o princípio do acesso à justiça não pode ser compreendido de maneira restrita, ou seja, a simples possibilidade de se ingressar em juízo ou de ser admitido em um processo judicial (de maneira formal), o qual seja indiferente às distintas necessidades sociais, econômicas e culturais da sociedade, como afirma

Marinoni (2008, p. 75)[10], não representa a real busca por uma ordem jurídica justa e afronta diretamente ademocracia, que prima significantemente pela redução dos obstáculos e das desigualdades sociais.

Nesse sentido, Márcio Ricardo Staffen (2014, p. 175), em sua tese de doutorado, esclarece que: "Há de se afirmar que o acesso à justiça guarda em seu bojo uma amplitude que lhe é peculiar, mais contemplativa que tão somente manter dependência exclusiva em relação ao Poder Judiciário". O eminente Kazuo Watanabe, por seu turno, expressa que o acesso à justiça "deve ser interpretado [...] não apenas como garantia de mero acesso aos órgãos do Poder Judiciário, mas como garantia de **acesso à ordem jurídica justa**, de forma **efetiva, tempestiva e adequada**". (2011, p. 385, grifo do autor).

Deve-se, desse modo, alargar o conceito de acesso à justiça, buscando-se uma concepção substancial do princípio que, de forma concreta, proporcione a efetiva realização dos direitos suscitados, de forma justa, simples e célere, independentemente de terem sido perfectibilizados pelo Poder Judiciário ou por outros entes fora de sua estrutura, mas desde que, essencialmente, seja alcançada a dignidade da pessoa humana, valor basilar da democracia.

Portanto, torna-se imprescindível compreender que o princípio de acesso à justiça não se resume apenas à possibilidade do incurso das vias jurisdicionais (concepção meramente formal), eis que o âmbito de sua incidência é muito mais vasto, revelando-se que o próprio significado de Justiça e a maneira de acessá-la – em consequência direta – não pode ser restritivo, mas sim, inclusivo e multifacetado (GORETTI, 2016, p. 26).

Desse contexto, não há dúvidas de que o acesso à justiça não se esgota em um processo jurisdicional, muito pelo contrário, seu conteúdo é amplo e pode/deve ser exercido através de diversos outros meios alternativos ao Judiciário, seja para resolução ou para prevenção de conflitos, seja para a consecução de direitos básicos (políticas públicas) inerentes à própria cidadania democrática.

[10] Característica dos Estados liberais burgueses, como aduz.

Urge-se, desse modo, uma releitura e uma revisão conceitual do princípio de acesso à justiça, que em seu bojo compreenda o reconhecimento de meios alternativos de solução (e prevenção) de conflitos, congruentes com os ditames do atual Estado Democrático de Direito. Ao encontro desse entendimento:

> A justiça estatal clássica, adjudicada pelo juiz, não é mais o único meio adequado para a solução de conflitos. Ao lado dessa justiça de porta única, surgem novas formas de acesso: a justiça se torna uma justiça multiportas. Nesta nova justiça, a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser a *ultimaratio*, a *extrema ratio*. (Didier Júnior, Hermes Júnior, 2017, p. 36, grifo do autor).

Consequentemente, nesse viés – principalmente pela atual impossibilidade de se atender eficazmente as demandas exigidas, como será abordado – o Poder Judiciário passa a ser uma via residual, somente acionada se os demais meios alternativos de solução de conflitos não atingirem o conclame almejado pelas partes. Esse caminho, segundo infere Goretti (2016, p. 24), prestigia a equidade e a pacificação social, uma vez que o resultado final é pactuado diretamente pelos interessados, por meio do consenso, otimizando a efetividade dos direitos.

Não obstante, a concepção contemporânea do acesso à justiça subsome a realização de políticas públicas e de procedimentos administrativos voltados a solução de qualquer espécie de demanda social-jurídica, não necessariamente conflituosa, como discorre Kazuo Watanabe, em precisos apontamentos:

> O **princípio de acesso à justiça**, inscrito no n. XXXV do art. 5º, da Constituição Federal, não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, e sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à **ordem jurídica justa**, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário. Assim, cabe ao Judiciário não somente organizar os serviços que são prestados por meio de processos judiciais, como também aqueles que socorram os cidadãos de modo mais

> abrangente, de solução por vezes de simples problemas jurídicos, como a obtenção de documentos essenciais para o exercício da cidadania, e até mesmo de simples palavras de orientação jurídica (WATANABE, 2011, p. 383, grifo do autor).

Evidencia-se, por todo contexto apresentado, que o princípio de acesso à justiça, em sua concepção substancial, é entendido de forma ampla, destinado à pura efetivação de direitos, de forma justa, célere e segura, independentemente de ser realizado dentro ou fora de um processo judicial. Assim sendo, por primarem em soluções pacíficas e centradas no acordo e na conformidade entre os interessados, entende-se que os meios alternativos de resolução de conflitos devem ser fomentados e difundidos à sociedade, restando ao Poder Judiciário a atuação em casos específicos e determinados, como uma porta final.

Desse modo, o caminhar alternativo se mostra extremamente salutar frente ao atual panorama do Poder Judiciário, abalroado em montanhas de processos judiciais e sem a estrutura necessária para responder eficazmente ao conclame do acesso à justiça. Esse cenário é apresentado por Fernando Fortes Said Filho:

> [...] é inegável que a estrutura atual do Poder Judiciário não mais se mostra apto de responder adequadamente às questões que lhe são postas. Trata-se de um modelo tradicional de jurisdição incapaz de atender à complexidade das demandas contemporâneas, seja pela precariedade da estrutura que dispõe, seja pela falta de recurso humano necessário ou mesmo pela inexistência de mecanismos legais apropriados para solução da controvérsia. De qualquer forma, é preciso que, a partir desta constatação, passe a se (re)pensar em formas alternativas de organização/distribuição da função jurisdicional, uma vez que a tradicional centralização da competência no Poder Judiciário tornou-se impotente no contexto do Estado contemporâneo. (SAID FILHO, 2017, p. 197).

Logo, por não prestar uma tutela jurisdicional adequada, o Poder Judiciário convive com o crescente descrédito da população, motivado exatamente pela excessiva demora na resolução de conflitos, gerando um sentimento geral de impunidade e desligitimação de poder (GORETTI,

2016, p. 45). Tal assertiva é consubstanciada pelo programa "Justiça em Números" do Conselho Nacional de Justiça – CNJ[11], que objetiva retratar, de forma transparente, os progressos e retrocessos do Judiciário com base em diagnósticos e pesquisas empíricas quantitativas.

Por meio do relatório analítico do "Justiça em Números" 2019, ano-base 2018, vislumbrou-se que, ao final do ano de 2018, os estoques de processos pendentes representavam mais de 78 milhões de ações, sendo que 28 milhões decorrentes de novos casos apresentados no ano-base analisado. A despesa anual girou em torno de 93 bilhões de reais, a maioria alocada em despesas de pessoal em encargos, distribuído em mais de 450 mil pessoas. Em termos de produtividade, cada juiz julga, em média, 8 casos por dia útil do ano, sendo de 4 anos e 10 meses o tempo de solução/sentença dos processos, contabilizando ainda 5 anos e 11 meses na fase de execução (obtenção do bem da vida) para, assim, dar-se baixa final ao processo. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, [n.p]).

Os esforços são louváveis, mas é nítido o cenário de inefetivação do princípio fundamental do acesso à justiça, pois, como assevera Mancuso (2019, p. 33-34, grifo do autor): "não admira que a crise numérica de processos siga livre curso, não dando mostras de arrefecer: o *gigantismo judiciário*, sobre não debelar aquela crise, em larga medida a *retroalimenta* [...]".

Destarte, torna-se premente a necessidade de se maximizar os meios alternativos de solução de conflitos, isso, não estritamente para desafogar o Poder Judiciário, mas propriamente para se criar outros métodos de resolução desburocratizados, mais céleres e pacificadores à disposição da sociedade, possibilidades que se concatenem aos princípios constitucionais fundamentais e ao regime democrático (ZANFERDINI, 2012, p. 238-239).

[11] Dentro de sua competência de avaliação institucional do Poder Judiciário e de apresentar indicadores de toda atividade jurisdicional brasileira, nos termos do artigo 103-B, parágrafo quarto da Constituição Federal de 1988. (BRASIL, 1988, [n.p]).

Assim sendo, dentre os meios alternativos de resolução de conflitos, na busca pela concretização substancial do acesso à justiça e o efetivo gozo de direitos à população, pode-se citar o instituto da desjudicialização.

2. O processo de desjudicialização e os instrumento praticados pela atividade extrajudicial

Como neologismo, a desjudicialização objetiva retirar ou diminuir competências do Poder Judiciário, especialmente no campo da jurisdição voluntária e em situações sem conflito, atribuindo-as para outros profissionais fora de sua estrutura (DINIZ, 2012, p. 87). Isso, obviamente, em razão da inafastabilidade da jurisdição, sem excluir do Poder Judiciário a possibilidade de apreciação dessas matérias:

> Portanto, é possível a desoneração do Poder Judiciário, retirando de sua esfera de atuação os casos não conflituosos, de modo que esse poder poderá se dedicar à sua função precípua: a jurisdição contenciosa. Trata-se de uma questão fundamental para a administração da justiça: a desjudicialização permite, em tese, a diminuição ou atenuação da demanda judiciária, liberando o magistrado para se ocupar das soluções de litígios de maior importância social e proporcionando-lhes mais tempo para o necessário estudo do processo. (LOUREIRO, 2018, p. 184).

Trata-se, portanto, de se reconhecer um novo modelo de distribuição de justiça, onde não exista unicamente uma forma de acesso, mas múltiplas possibilidades para solução de conflitos, onde os meios alternativos, como a desjudicialização, convivam mutuamente e não subsidiariamente ao contencioso processual (GORETTI, 2016, p. 35). Nesses mesmos termos, Rodolfo de Camargo Mancuso expressa que:

> Renovação semelhante se vem passando com o sentido da expressão *acesso à Justiça*, inicialmente informada pela vetusta concepção do *monopólio estatal*, mas que ora vai cedendo espaço a novas ideias e propostas, aderentes à tendencial e crescente *desjudicialização dos conflitos*. (MANCUSO, 2019, p. 27, grifo do autor).

Portanto, com a transferência de competências do Poder Judiciário para outras pessoas, a desjudicialização funciona como uma alternativa ao cidadão, que diante do leque de possibilidades que lhe é oferecido, possa adotar a escolha que melhor lhe favoreça, que mais célere e eficazmente lhe proporcione a obtenção dos direitos subjetivos perseguidos, em nítida consolidação e maximização do regime democrático.

Deveras, como exemplo concretizador do processo de desjudicialização, elencar-se-á dois procedimentos[12] que foram destinados aosdelegatários de serventias extrajudiciais (tabeliães e registradores)[13], os quais, potencialmente, podem apresentar resultados mais efetivos e céleres do que seus paralelos jurisdicionais.

Veja-se que estes profissionais, titulares da atividade extrajudicial[14], possuem entre seus pressupostos fundantes a fé-pública (presunção de veracidade), a segurança jurídica e a prevenção de litígios (profilaxia), sendo investidos por lei a garantir a publicidade, a autenticidade e a eficácia dos atos jurídicos[15], valores e competências que os estabelecem como principais atores para a prática de institutos decorrentes da desjudicialização (EL DEBS, 2018, p. 259-260).

Logo, em primeiro lugar, tem-se a escritura pública de separação, divórcio, inventário e partilha extrajudicial, de competência do tabelião de notas. Instituída pela Lei nº 11.441 e regulamentada pela Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, ambas do ano de 2007, a possibilidade prática de referido ato notarial representou uma valiosa contribuição à Justiça Brasileira.

---

[12]Diversos instrumentos decorrentes da desjudicialização já foram destinados à atividade extrajudicial. Delimitou-se à análise, nesse estudo, sobre dois procedimentos considerados essenciais ao acesso à justiça substancial, um pelo efeito numérico, outro, pelo efetivo valor humano obtido.

[13] Loureiro (2018, p. 184) afirma que "além dos modos alternativos de solução de litígios, tal objetivo pode ser obtido por meio da transferência de competências dos juízos para outros profissionais, como os notários [...]".

[14]A Constituição de 1998, em seu artigo 236, determinou que "Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público". (BRASIL, 1988, [n.p]).

[15] Nos termos do artigo 1º da Lei Federal 8.935/1994, considerada a lei orgânica dos notários e registradores. (BRASIL, 1994, [n.p]).

Atendidos certos requisitos, em especial a existência de consenso entre as partes interessadas, é possível a lavratura de atos que, dependendo da complexidade, poderiam demorar anos, até décadas para serem solucionados na esfera judicial. Ou seja, não havendo bens a serem partilhados, as separações e divórcios são finalizados no mesmo dia. Os inventários e partilhas, por sua vez, atos notoriamente conhecidos pela excessiva demora processual, são concluídos em poucas semanas.

Desse modo, a realização de escrituras púbicas de separação, divórcio, inventário – que inclusive podem ser gratuitas, por declaração das partes – devem observar, em síntese, os seguintes requisitos: *(i)* todas as partes devem ser maiores e capazes (inclusive os eventuais filhos, no caso de separação e divórcio); *(ii)* as partes devem estar em pleno consenso e *(iii)* é necessária a presença de advogado ou defensor público. Realizado o ato, independentemente de homologação judicial, a escritura pública é título hábil para toda e qualquer transferência de bens e direitos, bem como para promoção de todos os atos necessários ao levantamento de valores depositados em instituições financeiras e entidades assemelhadas. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2007, [n.p]).

Observe-se que, segundo dados fornecidos pelo Colégio Notarial do Brasil[16], desde 2007, já foram realizados mais de 2,2 milhões de atos com base na Lei nº 11.441, o que representa uma economia mais de 5,2 bilhões de reais ao Estado e aos contribuintes, em razão do custo de cada processo judicial evitado. (COLÉGIO NOTARIAL DO BRAIL, 2019, [n.p]).

Em segundo lugar, por fim, elenca-se um procedimento desjudicializante praticado pelo Registro Civil das Pessoas Naturais, especialidade que agrega a relação dos atos mais importantes da vida civil das pessoas: os registros de nascimentos, casamentos e óbito, bem como todas as modificações fáticas ocorridas posteriormente a estes, chamados de averbações. Esta especialidade, conforme descreve Ferrari, Kümpel (2017, p. 112), caracteriza-se por ser um celeiro da cidadania, responsável pela colheita e manutenção dos dados mais importantes à dignidade da pessoa humana.

[16] Entidade de classe de âmbito federal.

Veja-se que, a par de importantes instrumentos voltados ao acesso à justiça no Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais, os quais atingem um significado número de pessoas e representam inúmeros benefícios à sociedade como um todo – cita-se, por exemplo, o reconhecimento de paternidade tardia[17], reconhecimento de filiação sociafetiva e retificações de erros evidentes[18] – delinear-se-á um procedimento que, apesar de quantitativamente não ser expressivo, representa uma conquista extremamente importante na vida das pessoas por ele compreendidas, tornando-se, para elas, o ato de desjudicialização e acesso de justiça social mais inclusivo: a alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento da pessoa transgênero.

Regulamentado pelo Provimento nº 73/2018 do CNJ, em face da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275/DF, o procedimento é realizado inteiramente perante o registrador civil das pessoas naturais, independentemente de homologação judicial, onde a parte interessada, por meio de declaração escrita, alterará seu prenome e gênero para adequá-los com a identidade auto percebida, privilegiando sua autonomia. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018. [n.p]).

Para tanto, é necessário que a parte tenha ao menos 18 anos de idade[19], apresente uma série de certidões, declarações e documentos de identificação, sendo que, caso haja suspeita de fraude, falsidade, má-fé ou simulação quanto ao desejo real, o registrador fundamentará a recusa e encaminhará o pedido ao juízo competente (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018, [n.p]).

Deferido o procedimento e realizada a averbação no registro de nascimento, o registrador comunicará a mudança aos órgãos públicos responsáveis pelos documentos de identidade civil, além da Polícia Federal

[17] Programa "Pai Presente", que resultou no aumento de 108% dos reconhecimentos de paternidade tardia no Brasil (FERRARI, KÜMPEL, 2017, 98-99).

[18] Estudo pormenorizado que escapa ao objetivo desta pesquisa.

[19] O artigo 2º do Provimento nº 73/2018 do CNJ adotou o critério etário (e não da capacidade civil) como requisito para o procedimento de averbação (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018, [n.p]).

e do Tribunal Regional Eleitoral, ficando o interessado responsável, por sua vez, a promover a modificação nos eventuais registros subsequentes – com autorização das pessoas atingidas pelo ato, como o casamento ou nascimento de filhos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018, [n.p]).

Verdadeiramente, o procedimento privilegia o direito fundamental subjetivo à identidade de gênero, a liberdade, a igualdade, a auto percepção da pessoa e tutela importantes direitos da personalidade das pessoas transgênero[20], substituindo e abreviando de sobremaneira o tempo e os custos do procedimento judicial, o qual era moroso e gerava desconfortos e insegurança jurídica. Ressalta-se que, com a apresentação dos documentos, o processo é finalizado no mesmo dia em que protocolado.

Indene de dúvidas, por conseguinte, que este instrumento a serviço dos registradores amplia o acesso à justiça, confere os direitos de forma adequada, rápida e simples, concretizando, ao fim e ao cabo, a dignidade da pessoa humana.

Portanto, diante dos elementose das análises exemplificativas acima expostas, vislumbra-se que a desjudicialização, como oarquétipo dos procedimentos desenvolvidos pela atividade extrajudicial,atua diretamente na difusão e concretização do princípio fundamental de acesso à justiça em seu aspecto substancial, possibilitando – sob a luz da legalidade – a obtenção de direitos de forma rápida, simples e segura, consagrando, em última instância, a consolidação da democracia e a cultura da pacificação social.

Considerações finais

O presente trabalho, atendendo aos objetivos a que se propôs, procurou analisar, de forma crítica,o instituto da desjudicialização como uma importante ferramenta democrática para a concretização do acesso à justiça no Brasil, em sua concepção substancial.

[20] Inclusive, pela decisão do STF, ao contrário do que geralmente ocorria no processo judicial, não há necessidade de se comprovar qualquer tipo de realização de cirurgia de redesignação sexual e/ou de tratamento hormonal ou patologizante, assim como apresentar laudo médico ou psicológico. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018, [n.p]).

Nesse contexto, examinou-se preliminarmente a importância da forma em que os cidadãos, dentro das exigências impostas pelo Estado Democrático de Direito, buscam a efetivação de seus direitos perante o Estado-Juiz (Poder Judiciário). Vislumbrou-se que o acesso à justiça, no regime democrático brasileiro, deve pautar-se em seu aspecto substancial, garantindo a defesa dos valores democráticos de liberdade, de igualdade e de garantia de direitos fundamentais.

Definiu-se, dessa forma, que o espectro de atuação do princípio constitucional e direito fundamental de acesso à justiça não pode ser reducionista, mas deve ter sua concepção expandida e multifacetada, de modo a abarcar, juntamente com a possibilidade de ingresso comdemanda perante o Poder Judiciário, outros meios alternativos de resolução e prevenção de conflitos, que garantam os direitos subjetivos de forma célere, desburocratizada e segura.

Nesse diapasão,o instituto da desjudicialização se apresentou como uma importante ferramenta democrática, pois ao receber competências transferidas pelo Judiciário, auxilia de forma incisiva na redução do contingente de processos, garantindo o direito fundamental de acesso à justiça de maneira efetiva.Verificou-se que os tabeliães e registradores, pelas características e princípios estruturantes da atividade(fé-pública e a segurança jurídica), apresentam-se como principais operadores do instituto da desjudicialização.

Finalmente, apresentou-se dois instrumentos práticos operacionalizados pelas serventias de notas e de registros na consecução substancial do direito de acesso à justiça: as escrituras públicas de separação, divórcio, inventário e partilha extrajudicial e a alteração do prenome e gênero da pessoa transgênero,ambas alcançando, na esfera extrajudicial, resultados muito mais condizentes com os ditames do princípio constitucional.

Portanto, conclui-se, sem vacilar, que o instituto da desjudicialização é uma ferramenta extremamente importante para auxiliar na concretização substancial do direito fundamental do acesso à justiça no Brasil,

conferindo direitos subjetivos à sociedade, na perspectiva dos valores defendidos pelo regime democrático, de forma simples, célere e segura. Comprova-se, assim, na integralidade, a hipótese inicialmente levantada.

Referências

ABREU, Predo Manuel. **O processo jurisdicional como um *locus* da democraciaparticipativa e da cidadania inclusiva**. Orientador: Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues. 2009. 544 f. Tese de Doutorado. Direito, Estado e Sociedade, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/91342. Acesso em: 28 jun. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/7547. Acesso em: 10 jun. 2020.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

_____. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília, [1994]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm. Acesso em: 29 jun. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL. **Lei que acelerou divórcios e inventários completa 12 anos**. 2019. Disponível em: http://www.cnbsp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTczNDg=&MSG_IDENTIFY_CODE. Acesso em 28 jun. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2019**. Brasília, CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 27 jun. 2020.

_____. **Provimento nº 73, de 28 de junho de 2018**. Dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN). Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2623. Acesso em: 28 jun. 2020.

_____. **Resolução nº 35/2007, de 24 de abril de 2007**. Disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/179. Acesso em: 27 jun. 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 10.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredier; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Justiça multiportas e a tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Coord). **Justiça multiportas:** mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 36-66.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

EL DEBS, Martha. **Legislação notarial e de registros públicos comentada**. 3.ed. rev. ampl. Salvador: Juspodivm, 2018.

FERRARI, Carla Modina; KÜMPEL, Vitor Frederico. **Tratado notarial e registral**: ofício de registro civil das pessoas naturais. São Paulo: YK, 2017.

GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Manual de direito notarial**: da atividade e dos documentos notariais. 3.ed. rev. ampl. Salvador: Juspodivm, 2018.

LUDWIG, Guilherme Guimarães. **Entre o acesso à justiça e a "dependência química" do judiciário**: a conciliação prévia como resgate da cidadania. Revista RDC, n. 71, p. 8-36, maio/jun. 2011. Disponível em: http://docplayer.com.br/8474151-Entre-o-

acesso-a-justica-e-a-ependencia-quimica-do-judiciario-a-conciliacao-previa-moresgate-da-idadania.html. Acesso em: 26 jun. 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. 3.ed. rev. atual. eampl. Salvador: Juspodivm, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/. Acesso em: 28 jul. 2020.

PORTO, Júlia Pinto Ferreira. **Acesso à Justiça**: Projeto Florença e Banco Mundial. Orientador: Dr. Hélcio Ribeiro. 2009. 178 f. Dissertação de Mestrado. Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009. Disponível em: http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1267. Acesso em: 28 jun. 2020.

SAID FILHO, Fernando Fortes. **A crise do Poder Judiciário**: Os mecanismos alternativos de solução de conflitos como condição de possibilidade para a garantia do acesso à justiça. Revista Ajuris, v. 44, n. 142, p. 175-200, jun. 2017. Disponível em: http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/532/Ajuris_142_DT_7.pdf. Acesso em: 26 jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9.ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1993.

SCHELEDER, Adriana FasoloPilati. **A inconstitucionalidade da aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas nos juizados especiais**. Orientador: Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues. 2015. 406 f. Tese de Doutorado. Direito, Estado e Sociedade, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/158906. Acesso em: 28 jun. 2020.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Modelo constitucional de impugnação de julgados nos juizados especiais federais**: a uniformização na perspectiva do horizonte de eventos e do princípio da incerteza. Orientador: Dr. Zenildo Bodnar. 2014. 372 f. Tese de

Doutorado. Constitucionalidade, Transnacionalidade e Produção do Direito, Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2015. Disponível em: https://www.univali.br/pos/doutorado/doutorado-em-ciencia-juridica/banco-de-teses-com-dupla-titulacao/Paginas/default.aspx. Acesso em: 18 jul. 2020.

WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. Revista de Processo, São Paulo, ano 136, v. 195, p. 381-390, maio, 2011.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. **Desjudicializar conflitos**: uma necessária releitura do acesso à justiça. Revista Novos Estudos Jurídicos Eletrônica, Itajaí, v. 17, n. 2, p. 237-253, mai/ago. 2012. Disponível em: https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3970/2313. Acesso em: 27 abr. 2020.

15

Mediação e conciliação: uma forma democrática de acesso à justiça

Neuri Antônio Boscatto [1]
Caroline Wüst [2]

Introdução

Garantir que todos os cidadãos tenham acesso à justiça é um dos pressupostos do Estado Democrático de Direito. À vista disso, para concretizar os direitos e garantias fundamentais, bem como para resolver os conflitos as pessoas se socorrem do Poder Judiciário como meio tradicional, porém a explosão de litigiosidade leva a necessidade de busca de soluções que possibilitem a aproximação das partes e oportunizem espaços de diálogo e escuta.

É necessário criar novas formas de atender os inerentes conflitos sociais, momento em que a mediação e a conciliação são inseridas na legislação pátria (Resolução 125, do Conselho Nacional de Justiça, Lei de

1Mestrando em Direito IMED/2019- Linha de pesquisa Fundamentos do Direito, da Democracia e da Sustentabilidade. Advogado. Formado em Direito pela Faculdade IMED, Pós Graduado em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista, pela Faculdade Uninter. Conciliador Criminal, Certificado pela Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul - AJURIS. Conciliador Judicial, Mediador Cível Judicial, Mediador Judicial de Família -Cadastrado no - Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores do CNJ- Conselho Nacional de Justiça, Membro da Comissão Especial de Trânsito da OAB/RS da Subseção de Passo Fundo-RS, Membro da Comissão Especial de Mediação da OAB/RS da Subseção de Passo Fundo-RS, Delegado OAB-Prev da Subseção de Passo Fundo-RS, e-mail: neuriboscatto@gmail.com.

[2] Doutoranda em Direito pela URI, Campus Santo Ângelo. Mestra pela UNISC. Graduada em Direito pela URI, Campus Erechim. Advogada. Professora do Curso de Direito (graduação e especialização) da IMED de Passo Fundo. Mediadora judicial e extrajudicial. E-mail: caroline.wust@imed.edu.br; wustcarol@gmail.com

Mediação e Código de Processo Civil) como políticas públicas de tratamento adequado dos conflitos. Neste sentido, o presente estudo visa compreender se a mediação e a conciliação caracterizam-se como políticas públicas que viabilizam um acesso à justiça democrático, ou seja, se tais meios possibilitam a atuação ativa dos cidadãos na condução e solução das suas controvérsias.

A fim de atingir tal objetivo utilizou-se o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica por meio de estudos em doutrinas, legislações e artigos científicos. Assim, o primeiro item do texto abordará a mediação e a conciliação, suas características, legislação e peculiaridades. Na sequência será estudada a democracia e, finalmente, será analisado se a mediação e a conciliação são políticas públicas que permitem um democrático acesso à justiça.

1 Uma maneira diferente de tratar os conflitos sociais: mediação e conciliação

Os conflitos fazem parte das relações sociais. Eles se caracterizam pelo "entrechoque de ideias ou de interesses em razão do qual se instala um embate ou uma divergência entre fatos, coisas ou pessoas" (TARTUCE, 2008, p. 24). Logo, eles não são relativos apenas à distribuição de bens, mas envolvem todos os diferentes aspectos que compõem a vida em sociedade.

Para Vasconcelos (2012, p. 21), o conflito é sinônimo de dissenso, pois se relaciona com os diversos valores que permeiam os seres humanos, devendo ser encarado como algo natural, isto é, um fenômeno inerente às relações humanas que faculta a mudança de todos aqueles que o vivenciam na medida em que possibilita a percepção de variados pontos de vista.

Nesta perspectiva, Morais e Spengler (2012, p. 47) mencionam que:

> [...] o conflito é uma forma social possibilitadora de elaborações evolutivas e retroativas no concernente a instituições, estruturas e interações sociais,

> possuindo a capacidade de constituir-se num espaço em que o próprio confronto é um ato de reconhecimento produzindo, simultaneamente, uma transformação nas relações daí resultantes. Desse modo, o conflito pode ser classificado como um processo dinâmico de interação humana e confronto de poder no qual uma parte influencia e qualifica o movimento da outra.

Tendo como função precípua estabelecer um contrato entre as partes litigantes a fim de que construam uma relação de equidade e justiça, a dinâmica conflitiva deve ser percebida como "[...] o meio de manter a vida social, de determinar seu futuro, facilitar a mobilidade e valorizar certas configurações ou formas sociais em detrimento de outras" (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 53). Consequentemente, o conflito pode ser percebido como positivo ou negativo, sendo que o modo de assimilação perpassa a forma como ele é administrado.

Surgindo para coordenar os interesses, desejos e necessidades que se manifestam a partir das relações interpessoais, meios distintos existem com o fito de pôr fim às questões controvertidas, dentre os quais se destaca: a heterocomposição e a autocomposição. A primeira, com vistas a inibir a autotutela ocorre quando um terceiro alheio ao conflito profere uma decisão impositiva. Tal mecanismo pode ser verificado por meio da arbitragem, na qual são delegados poderes a uma terceira pessoa, de preferência especialista na matéria a ser analisada, que decidirá o litígio de modo imparcial (BACELLAR, 2016, p. 130) e pela via jurisdicional, quando o Estado representado pelo juiz aplica as normas jurídicas a uma situação concreta e diz quem está certo ou errado naquela demanda.

Já, a autocomposição, de acordo com Warat, (2004, p.58-59), é "um processo em que as partes envolvidas no conflito, buscam um acordo possível de ser alcançado, olhando sempre para o futuro da própria relação entre as partes". Ela se realiza na medida em que os protagonistas do conflito, aqueles que o vivem, encontram respostas para o mesmo de forma autônoma e consensual. Em tal caso, cita-se a conciliação e a mediação como meios aptos a representar essa espécie de solução.

Oriunda do latim a palavra mediação refere-se ao ato ou efeito de mediar, interceder, intervir e interpor (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 145). É, pois, uma forma dinâmica de restabelecer os vínculos rompidos pelo conflito por meio do diálogo e da compreensão das questões, sentimentos e interesses de todos os envolvidos. Ela é, pois, um modo de construção e gestão da vida social que tem como missão a harmonização das relações interpessoais.

No mesmo sentido, Calmon (2007, p. 120) menciona que mediação é "[...] um mecanismo não-adversarial em que um terceiro imparcial que não tem poder sobre as partes as ajuda para que de forma cooperativa encontrem o ponto de harmonia do conflito [...]". Enfim, a mediação compreende o conjunto de técnicas e práticas utilizadas para auxiliar pessoas que estão em uma controvérsia a encontrarem a melhor forma de resolver tal situação.

Ao proporcionar outro ângulo para o conflito pelo exercício da empatia, ela permite que os olhares se voltem para a solução consensual e consequentemente para a continuidade da relação entre as partes em uma perspectiva de futuro. Logo, para que atinja os seus objetivos (restabelecimento da comunicação, preservação do relacionamento dos envolvidos, prevenção do surgimento de novos conflitos e inclusão social) a mediação conta com o auxílio de um terceiro, denominado mediador, que tão somente tem a incumbência de:

> [...] suavizar os ânimos, atuando como orientador imparcial na discussão e assegurando a todos a oportunidade de expor a sua versão dos fatos. Deve também ajudar a diferenciar os interesses das posições, trabalhando com as partes para cogitar soluções criativas e eficientes. Deve conquistar a confiança das partes para que estas exponham as informações confidenciais relevantes e, com base nos dados colhidos, comunicá-los à outra parte de forma positiva. Deve ainda atuar como representante da realidade, ajudando as partes a serem mais realistas quanto às suas alternativas (TARTUCE, 2008, p. 232).

Para que exerça as suas funções com maestria e qualidade o mediador deverá se submeter a uma capacitação que envolve conhecimentos teóricos e práticos acerca da mediação. Assim, ele deve aplicar técnicas como a escuta ativa, o parafraseamento, as sessões individuais (*caucus)*, entre outras, para ajudar de maneira imparcial na construção de novos caminhos a serem seguidos e trilhados pelos envolvidos.

Diversamente da mediação que é indicada para casos em que há vínculos anteriores entre as partes, a conciliação destina-se àquelas lides em que não há relacionamento antecedente. Com foco no acordo, a postura do conciliador é mais ativa se comparada ao mediador, pois ele ouve a narrativa das pessoas, as orienta, auxilia com perguntas, propostas e sugestões de soluções que atendam os seus interesses (BACELLAR, 2016, p. 85).

Não obstante a mediação e a conciliação serem utilizadas por diversos países e em momentos históricos pretéritos, a introdução desses métodos no ordenamento jurídico brasileiro tem relação direta com o movimento de acesso à justiça e suas novas perspectivas diante das fragilidades/crises pela quais passa o sistema jurisdicional. Desta forma, em 29 de novembro de 2010 surgiu a Resolução 125, do Conselho Nacional de Justiça, a qual dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Tal norma visa a inserção de uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios. Para tanto, estabelece a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, locais onde são realizadas as mediações e conciliações, bem como traz as diretrizes curriculares e o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, entre outros temas.

Após cinco anos dessa Resolução, ambos os métodos foram inseridos no Código de Processo Civil por meio da Lei 13.105/2015. Ao incorporar a mediação e a conciliação como um procedimento judicial abriu-se espaço para uma nova forma de solução dos conflitos seja antes ou no curso da

ação judicial. Portanto, sempre que possível, o Estado promoverá a solução consensual dos conflitos, devendo esses métodos ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, bem como serão regidos pelos princípios da independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada (BRASIL, 2015).

Ademais, o Código de Processo Civil determina que os interessados a prover uma demanda judicial devem indicar ao distribuir da peça inaugural se desejam ou não que seja realizado o encaminhado da sua situação para a mediação ou a conciliação[3]. Já, o artigo 334 e seus parágrafos, descreve sobre a audiência[4] de conciliação e mediação, sendo que "se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação [...]" (BRASIL, 2015).

Logo, o não comparecimento das partes pode ser considerado ato atentatório à dignidade da justiça e poderá ser punido com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado, conforme menciona o parágrafo 8º, do artigo 334 acima mencionado. Percebe-se, então, que não é uma faculdade da parte comparecer à audiência de conciliação ou mediação, mas sim uma obrigatoriedade.

Verifica-se, assim, que tanto a mediação como a conciliação tem o condão de possibilitar uma melhor solução dos conflitos sociais junto ao Poder Judiciário, pois facultam um espaço de argumentações e possibilidades de construção de acordos sólidos, duráveis e efetivos. À vista disso, na audiência de mediação ou conciliação é criado um ambiente

[3] De acordo com o artigo 319, inciso VII, do Código de Processo Civil, "A petição inicial indicará: VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação" (BRASIL, 2015).

[4] Não obstante o Código de Processo Civil fazer referência ao ato da mediação e conciliação como audiência é importante destacar que existem autores que criticam essa denominação por entender que ele não é correto, uma vez que a forma de conduzir e de participação das partes envolvidas nesses métodos é diferente de uma audiência conduzida por um juiz. Logo, preferem esses doutrinadores utilizarem a expressão "sessão de mediação/conciliação". Entretanto, como este artigo menciona o Código de Processo Civil como uma legislação que incorporou esses métodos, utilizar-se-á a terminologia adotada por ele "audiência".

propício, sem qualquer poder de coerção, mas sim com o auxílio de um terceiro imparcial que conduzirá todo o procedimento e reduzirá a termo a decisão final das partes encaminhando-a posteriormente para homologação do magistrado.

Deste modo ao incorporar a mediação e a conciliação no procedimento judicial tradicional, o Estado está abrindo um novo caminho para a solução dos conflitos. Isso permite não apenas a garantia de direitos fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988, mas uma nova perspectiva para o acesso à justiça que não mais se preocupa em aplicar pura e simplesmente a lei a um caso concreto, mas oportuniza o diálogo e o consenso com vistas a concretizar o anseio de uma sociedade livre e democrática.

2 Democracia: breves introitos

A democracia tem origem em períodos pretéritos da história da humanidade[5], sendo os gregos que deram origem ao vocábulo *demokratia*, o qual pode ser traduzido como o governo do povo, isto é, refere-se a participação das pessoas que compunham a sociedade nas questões administrativas. Desta forma, a "*demokratia* era aplicada pelos atenienses e por outros gregos ao governo de Atenas e ao de muitas outras cidades gregas" (DAHL, 2016, p. 21-22).

[5] p. 321. Para assinalar algumas etapas deste longo percurso, recordamos Marsílio de Pádua (Defensor pacis, I, 8), São Tomás de Aquino (Summa Theologica, I-II, qu. 105, art. 1); Bodin (De la république, II, 1), Hobbes (Decive, cap. VII, Leviathan, cap. XIX), Locke (Segundo tratado sobre o Governo, cap. X), Rousseau (Contrato social, III, 4; 5, 6), Kant (Metafísica dos costumes. Doutrina do direito, § 51), Hegel (Linhas fundamentais de filosofia do direito, § 273). Não faltaram algumas variações, entre as quais se destacam três principais: a) a distinção entre formas de Estado e formas de Governo, elaborada por Bodin, com base na distinção entre a titularidade e o exercício da soberania, com o que se pode ter uma monarquia, um Estado em que o poder soberano pertence ao rei, governado democraticamente, pelo fato de as magistraturas serem atribuídas pelo rei a todos indistintamente, ou uma democracia aristocrática, como foi Roma durante um certo período de sua história, ou uma aristocracia democrática, e assim por diante; b) a supressão da distinção entre formas puras e formas corruptas, feita por Hobbes, com base no princípio de que para um poder soberano absoluto não se pode estabelecer nenhum critério para distinguir o uso do abuso de poder, e portanto o Governo bom do Governo mau; c) a degradação introduzida por Rousseau, das três formas de Governo nos três modos de exercício do poder executivo, ficando firme o princípio de que o poder legislativo, isto é, o poder que caracteriza a soberania pertence ao povo, cuja reunião num corpo político através do contrato social Rousseau chama de república, não de Democracia (que é apenas uma das formas com que se pode organizar o poder executivo).

Com o passar dos tempos, especialmente na Inglaterra do século XVIII, passou-se a ter uma nova compreensão da democracia. Neste sentido, o parlamento deveria ser representado politicamente por todo o povo devendo haver uma alternância de governo com grupos socialmente homogêneos, ou seja, que tivessem o mesmo objetivo. Ressalta-se, contudo, que isso não impediu de fazer florescer a oposição, mas o certo é que o reconhecimento do voto em 1884 aos operários da indústria e trabalhadores rurais, bem como o surgimento dos partidos de massa caracterizam essa nova era da democracia (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO,1998, p. 847).

Percebe-se assim que a democracia sofreu transformações, sendo que ela possui "[...] significados diferentes para povos diferentes em diferentes tempos e diferentes lugares" (DAHL, 2016, p. 13). No século XIX, em contraposição ao liberalismo político, [...] "a discussão em torno da democracia foi se desenvolvendo principalmente através de um confronto com as doutrinas políticas dominantes no tempo, o liberalismo de um lado e o socialismo do outro [...]" (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO,1998, p. 323).

De acordo com o pensamento liberal, só pode existir democracia se reconhecido o direito fundamental de liberdade, o qual torna possível a participação política "guiada pela vontade autônoma de cada indivíduo" que constitui o povo. Neste sentido, Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998, p. 324) destacam que:

> [...] ao longo de todo o curso de um desenvolvimento que chega até nossos dias, o processo de democratização, tal como se desenvolveu nos Estados, que hoje são chamados de Democracia liberal, consiste numa transformação mais quantitativa do que qualitativa do regime representativo. Neste contexto histórico a Democracia não se apresenta como alternativa (como seria no projeto de Rousseau rejeitado por Constant) ao regime representativo, mas é o seu complemento; não é uma reviravolta, mas uma correção.

A democracia é, portanto, um conjunto de regras primárias que estabelece quem está autorizado a tomar decisões coletivas as quais

procedem da legalidade e são vinculadas a todos os membros do grupo. Para Bobbio (2000, p. 30-31):

> [...] quando se fala em democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la como um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelece quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais os procedimentos. [...] para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos.

A regra fundamental da democracia é a regra da maioria, tomada em benefício de todos, da coletividade. À vista disso, uma das condições para decidir é a liberdade de escolha que é vislumbrada pelo voto e, consequentemente, atribui-se poderes aos representantes políticos que criam as regras para o estabelecimento e desenvolvimento de uma sociedade democrática e civilizada, as quais devem ter como meta o benefício coletivo.

Segundo Mouffe (1996, p. 24 e 33) "uma hegemonia nunca será completa e desejável em suma sociedade, se esta for governada por uma única lógica democrática". Para estabelecer uma equivalência democrática, é necessário o reconhecimento das pluralidades para que sejam criadas condições de participação política dos indivíduos na esfera pública, especialmente por políticas públicas que visam garantir condições de igualdade e liberdade na sociedade.

Mudanças no regime democrático, observando-se os diferentes valores tutelados pelos representantes dos cidadãos remonta a democracia do período da Grécia antiga, (Atenas) com a participação direta dos cidadãos em assuntos coletivos da sociedade, concedendo ao povo o poder de decidir sobre políticas públicas e problemas da sociedade, o que efetiva direitos e deveres (SALDANHA, 2003). O poder de escolha dado aos cidadãos contribui para a melhor escolha de seus líderes, o quais poderão

criar políticas públicas que atendam as demandas de seu povo democraticamente.

A essência da democracia é a sociedade, pois é ela que tem o poder de escolha coletiva de determinados grupos que podem e devem decidir para garantir o bem-estar comum, por meio do voto. Nesse sentido, é por meio do voto que são escolhidos os representantes do povo que serão os responsáveis por criarem políticas públicas democráticas, como o uso da mediação e da conciliação no tratamento dos conflitos.

3 Mediação e conciliação como políticas públicas ensejadoras de um acesso à justiça democrático

Com o passar dos tempos, a sociedade evoluiu e se transformou. Desta forma, como já mencionado, a pluralidade de diferenças que a compõem (desigualdade social, diversidade de culturas, religião, etc.) fez com que formas diversificadas de solução dos conflitos surgissem como verdadeiros meios de acesso à justiça, ou seja, métodos hetero e autocompositivos são recepcionados pela legislação para que haja uma variedade de opções de resolução das controvérsias.

Portanto, considerando que as políticas públicas são de todos e para todos os cidadãos, elas visam a realização de metas socialmente relevantes e politicamente determinadas com vistas a "movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na óptica dos juristas, concretizar um direito" (BUCCI, 2006, p. 14). Desta forma, caracteriza-se a mediação e a conciliação como verdadeiras políticas públicas, pois possibilitam o desenvolvimento e a harmonia social por meio da participação ativa das partes.

Tais métodos foram colocados à disposição dos cidadãos com estímulo do Estado a partir da proposta de Frank Sander na década de 1970 que idealizou o sistema múltiplas portas, o qual pressupõe o encaminhamento dos conflitos para a mais ampla oferta de mecanismos de

solução das disputas, ou seja, para cada situação controvertida há um meio mais adequado de resolução (BACELLAR, 2016, p. 79).

O direcionamento correto das lides para o meio mais apropriado faz com que haja uma melhora nas relações sociais, redução do tempo das demandas e de custos dispendidos pelo Poder Judiciário, logo, está-se diante de um sistema que possibilita o acesso à Justiça na sua forma mais ampla.

Neste sentido, no Brasil no ano de 2010, a Resolução 125, do Conselho Nacional de Justiça trouxe a mediação e a conciliação como políticas públicas de tratamento adequado dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário. Esta Resolução possibilitou o início de uma nova perspectiva de pacificação social com um aprimoramento do acesso à justiça, na medida em que emancipou os cidadãos para que autonomamente pudessem resolver as questões conflituosas que envolvem as suas vidas. Pode-se afirmar, então, que o ordenamento jurídico, deu espaço para um sistema pluri-processual[6] que permite atender da melhor forma as disputas no caso concreto (BRASIL, 2015, p. 39).

Ademais, a Lei 13.140/2015 foi criada para dar efetividade a esses meios, oportunizando o acesso à justiça não só entre particulares, mas também em situações que tenham como partes a união, os estados e os municípios. Em consonância, o Código de Processo Civil incorporou a mediação e a conciliação como etapas do processo jurisdicional.

O uso de métodos autocompositivos e consensuais promoveu a democratização e humanização do Poder Judiciário, na medida em que expandiu os canais de resolução de conflitos que até então eram direcionados unicamente para a solução adjudicada e impositiva dada pelo juiz. As pessoas que perdiam a face e a voz em um processo tradicional agora passaram a ser vistas, ouvidas e respeitadas. Ocorreu, portanto, uma verdadeira revolução no modo de agir do Poder Judiciário.

[6] AZEVEDO, André Gome de Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual, in Estudos em arbitragem, Mediação e negociação. Vol.3. Brasília, Grupo de Pesquisa, 2005, p. 151.

Uma sociedade democrática, com uma Constituição que garante direitos individuais e coletivos deve primar por essa multiplicidade de oportunidades de solução de conflitos. Liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana são expressões do Estado Democrático de Direito e devem ser efetivamente garantidas e não apenas proclamadas na legislação pátria. Por isso "a democracia não é um conceito ou uma possibilidade individualista, mas sim um sistema no qual se podem estabelecer procedimentos a partir do interior da sociedade, sendo o cidadão sujeito em relação aos demais e para com as instituições [...]" (ZAMBAM, 2004, p. 115).

Tendo em vista que o meio heterocompositivo tradicional coloca as partes em lados contrários como verdadeiros guerreiros que têm a incumbência de vencer o oponente sem, no entanto, permitir a fala espontânea dos mesmos é preciso criar espaços dialógicos, emancipativos e respeitosos de solução das lides dentro do Poder Judiciário, pois "quem pode escutar-se a si mesmo começa a sentir-se cidadão" (WARAT, 2004, p. 303).

Assim, a mediação e a conciliação são primordiais para efetivar esta condição de sujeito das partes, haja vista que as torna protagonistas não apenas do conflito vivido, mas também da solução. Ao terem a possibilidade de comunicação e escuta direta cria-se um ambiente favorável à compreensão de todos os sentimentos, questões e interesses que as envolvem e, consequentemente, tornam-se empoderadas para decidir as suas vidas.

A mediação e a conciliação enquanto políticas públicas são ferramentas imprescindíveis para a transformação social, pois não apenas auxiliam no descongestionamento do Poder Judiciário, mas também tratam de modo adequado os conflitos, o que possibilita o acesso a uma ordem jurídica justa, democrática e eficaz de forma célere e com vistas a cumprir o disposto no artigo 1º e seus incisos da Constituição Federal[7].

[7] CF/88. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, **constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos**: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo

Assim, o acesso à justiça é realmente alcançado quando as pessoas envoltas na situação conflituosa, em igualdade de condições e por meio do restabelecimento da comunicação rompida, têm a oportunidade de tratar harmonicamente suas divergências, de acordo com seus interesses, valores, sentimentos e concepções. Ou seja, há a concretização desse direito constitucionalmente previsto de acesso à justiça quando ele é democratizado por métodos como a mediação e a conciliação.

Logo, caracteriza-se a mediação e a conciliação como políticas públicas democratizadoras do acesso à justiça justamente porque facultam um novo olhar para a jurisdição, isto é, possibilitam a autonomia, o diálogo e o restabelecimento de vínculos rompidos pela lide num verdadeiro movimento de emancipação de todos os envolvidos.

Conclusão

O acesso à justiça é um direito constitucionalmente previsto que deve ser respeitado de forma ampla em uma sociedade democrática. Princípios como a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana devem ser garantidos e concretizados na sociedade, inclusive quando se aborda a temática de resolução dos conflitos.

A concepção de que o inciso XXXV, do artigo 5º, da Carta Magna deve ser compreendido como o acesso ao Poder Judiciário enquanto forma heterocompositiva abre espaço para uma nova interpretação na qual estão inseridas a mediação e a conciliação. Entende-se hodiernamente tal norma como acesso a uma ordem jurídica justa extensiva ao maior número de pessoas possível e por formas consensuais de solução de conflitos.

---

político. **Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição**. Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. **Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...); VII - solução pacífica dos conflitos (Grifo nosso)**.

É direito de todos de ter suas demandas atendidas de maneira célere e efetiva, o que se coaduna com a perspectiva de solução de litígios focada na oportunidade de conhecimento da multiplicidade de formas de resolução das contendas e de atuação ativa dos cidadãos na construção de uma sociedade justa e igualitária.

Neste sentido, a legislação brasileira representada pelo Código de Processo Civil, Lei de Mediação e Resolução 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, trouxe um novo olhar e postura das partes e do próprio Poder Judiciário em relação à solução dos conflitos que permeiam a sociedade, especialmente pela inserção da conciliação e a da mediação como políticas públicas que visam o tratamento dos litígios por meio do diálogo, da escuta ativa e do restabelecimento de vínculos.

A necessidade de desenvolver e tornar acessível a toda a sociedade o uso da mediação e da conciliação se mostra necessária para promover a efetividade dos direitos constitucionais e, consequentemente, concretizar o desejo de se ter uma sociedade livre, justa e democrática. Logo, tais métodos promovem a democratização do acesso à justiça e a emancipação dos atores sociais.

Referências

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais: a nova mediação paraprocessual**: São Paulo: RT, 2003.

BACELLAR, Roberto Portugal**. Mediação e Arbitragem.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf.Acesso: 04 jan. 2019.

BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas**. Tradução de José Gradel. Rio de Janeiro. Zahar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**, 2000.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfeanco. **Dicionário de política**. trad. Carmem C, Varriale et.al.; coord. trad. João Ferreira.; rev. Geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1ª ed. 1998.

BOSCATTO, Neuri Antônio. Políticas públicas e solução de conflitos: visão a partir da ideia de Justiça em Amartya Sen. *In*: Estudos sobre Amartya Sen, Volume 7. **Anais do III Seminário Internacional Sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen.**

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). O conceito de política pública em direito. In: ___. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL **Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em números 2019. Anual. 236 f:il. I Poder Judiciário estatística - Brasil. II Administração pública - estatística - Brasil. Brasília: CNJ. Disponível<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>>. Acessado em 31 dez 2019a.

BRASIL **Constituição Federal**. Senado Federal, 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Brasília, 1988. Acesso em: 31 dez 2019.

BRASIL **Lei nº 13.140**, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 20 do art. 60 da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF, 26 jun. de 2015. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em 02 Dez. 2019b.

BRASIL **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Brasília, DF, 26 jun. de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 22 jul. 2020.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Conciliação e Mediação**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-mediacao. Brasília, DF, 27 de nov. 2015. Acesso em: 26 de nov. 2019c.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Albuquerque, Dionara Oliveira; Fagundes, Izabel Cristina Peres (Org.). **O marco legal da mediação no Brasil e o mediador judicial, sua capacitação e formação continuad**a – o exemplo do Nupemec- TJRS, Porto Alegre, 2017.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 5ª Edição (Porto Alegre/RS:TJRS), 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia.** Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**: **doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. ***Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!*** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. trad. Ana Cecilia Simões. Lisboa: Gradiva, 1996.

NALINI, José Roberto. **A rebelião da Toga**; Campinas, Millennium, 2008.

SALDANHA. Nelson. **Secularização e democracia – sobre a relação entre formas de governo e contextos culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SPENGLER, Fabiana Marion, **Da Jurisdição à Mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos; Ijuí, UNIJUI, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion. **A desisntitucionalização da família e a prática da mediação familiar no Brasil**. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). Direito das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis**; Rio de Janeiro, Forense, METODO, 2008.

TAVARES, Fernando Horta. **Mediação e conciliação**, Belo Horizonte, Mandamentos, 2002.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação e prática restaurativa.** Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: ofício do mediador**; coordenadores MEZZAROBA, Orides, DAL RI, Arno Junior, ROVER, Aires José, MONTEIRO, Claudia Servilha, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2004.

ZAMBAM, Neuro José. **A teoria da justiça em John Rawls: uma leitura**. Passo Fundo. ed. UPF. 2004.

16

Genocídio, políticas públicas e omissão: aportes para um debate inicial

Philippe De Faria Corrêa Grey [1]
Dionis Janner Leal [2]

Introdução

O presente estudo tem por objetivo promover um debate inicial sobre a forma omissiva do genocídio, um dos crimes mais graves contra a humanidade, e sua relação com as políticas públicas. Quando se fala em genocídio, comumente vem à mente a prática de um ou mais atos para consecução da intenção de destruir no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Entretanto, cogita-se da perpetração do genocídio também na forma omissiva, hipótese consagrada internacionalmente. No caso, especial relevo ganha o tipo de genocídio definido no Artigo II, c, da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, repetido no artigo 1º, c, da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956 e art. 6º, c, do Estatuto de Roma, considerado o ato mais óbvio de genocídio por omissão. Ainda, e em especial, faz-se aporte no campo de estudo da política pública para registrar o entendimento da existência de políticas públicas de vinculação constitucional que encerram

[1] Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Auditor do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Farroupilha. Especialista em Direito Público pela IMED/ESMAFE-RS. Mestre em Políticas Públicas - Ciência Política pela Universidade Federal do Pampa.

[2] Mestrando em Direito do PPGD-IMED, membro do Grupo de Pesquisa CNPq 'Direito Novas Tecnologias e Desenvolvimento' e membro do GEDIPI, da Faculdade Meridional de Passo Fundo-RS. Especialista em Direito Público. Advogado.

mandado de implementação. Por fim, exemplifica-se a hipótese de genocídio por omissão por meio da não implementação, implementação deficiente ou cessão de política pública de caráter constitucional vinculado.

No que diz respeito à metodologia, predomina a abordagem dada pelo método dedutivo, destacando-se ainda que este trabalho justifica-se pela temática pouquíssima tratada, não tendo sido encontrado nenhum estudo específico sobre o objeto de análise composto pela intersecção genocídio, direito e políticas públicas.

1. O crime de genocídio: conduta omissiva e a submissão intencional de um grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial.

O termo genocídio, inseparavelmente conectado com a história alemã (GROPENGIEßER, 2005, p. 329), foi cunhado pelo jurista judeu-polonês Raphael Lemkin em decorrência de estudos sobre a matança e deportação de armênios promovida pela Turquia, a partir de 1914, e do massacre de cristãos assírios pelo governo do Iraque em 1933,[3] mas que ganhou destaque em razão dos horrores da Segunda Guerra Mundial perpetrados, principalmente, pelos nazistas. Expressa pela composição híbrida dos radicais grego "genos" (tribo, raça, povo) e latino "cædere" (matar),[4] a palavra genocídio evoca a barbárie e o desrespeito à toda a humanidade. Foi empregada durante o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, ao

[3] LEMKIN HOUSE. Life of Raphael Lemkin. Disponível em: <http://lemkinhouse.org/about-us/life-of-raphael-lemkin/>. Acesso em: ago. 2020.

[4] Adverte AMBOS (2005, p. 117) que "La denominación alemana '*Völkermord*' (genocidio) es imprecisa e induce a error, ya que el tipo penal no exige la matanza de un pueblo (*Volk*) en sentido amplio. El concepto de genocidio (*Genozid*) – que aqui se utiliza -, compuesto de *genos* (del griego: raza, linaje) y *cide* (del latin caedere: matar), es preferible, pues tanto el art. II (a)-(e) de la Convención como el § 220 a I nro. 1-5 del StGB exigen objetivamente um ataque a la existencia física (nro. 1-3) o a la futura existencia (nro. 4-5) de un grupo nacional, racial, religioso o étnico." Observamos que o § 220a do StGB (*Strafgesetzbuch* – Código Penal alemão) foi revogado em 26 de junho de 2002 pelo artigo 2 n. 1 da EGVStGB (*Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches* - Lei de Introdução ao Código de Crimes contra o Direito Internacional), ou também mencionado como VStGB (*Völkerstrafgesetzbuch* – Código de Crimes contra o Direito Internacional). Entretanto, a redação do § 220a do StGB foi transferida, sem alteração significante (GROPENGIEßER, 2005, P. 331), para o artigo 6 do VStGB. BARTH (2006, p. 19) também salienta a imprecisão da tradução para o alemão do termo "genocídio" como *Völkermord* e seu uso como sinônimo de *Genozid*, uma vez que o conceito de assassinato em massa (*Völkermord*) não corresponde exatamente à definição restritiva da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio.

final da Segunda Guerra Mundial, que, todavia, não julgou o crime de genocídio especificamente, mas sim crimes contra a humanidade.

Posteriormente, por meio da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (CPRCG), de 1948,[5] o termo passou a designar a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso.[6] Já aqui destacamos que a doutrina enxerga na expressão "intenção de" a exigência do dolo específico de "destruir, no todo ou em parte" (RAMOS, 2019, p. 476). A convenção foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952 e, em seu artigo II, fornece a seguinte tradução em língua portuguesa para o crime de genocídio:

> ARTIGO II
> Na presente Convenção entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:
> a) matar membros do grupo;
> b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
> c) submeter intencionalmente o grupo a condição de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
> d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio de grupo;
> e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

[5] Após longa discussão, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (CPRCG) foi aprovada unanimemente, em 9 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da Resolução 260 A (III). Passou a vigorar três meses após o depósito do vigésimo instrumento de ratificação ocorrido em 12 de janeiro de 1951. Trata-se do "primeiro tratado multilateral a respeito de um crime internacional a entrar em vigor na História" (CRETELLA NETO, 2008 p. 330). Merece nota a íntima relação entre a CPRCG e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas apenas um dia após, em 10 de dezembro de 1948 (BARTH, 2006, p. 15). A CPRCG foi ratificada pela Alemanha em 1955 e pelos Estados Unidos somente em 1988.

[6] Apenas esses quatro grupos foram elencados como possível alvo do crime de genocídio. Apesar das tentativas de alargar o número de grupos humanos merecedores de proteção, todas as propostas foram rejeitadas. A proteção a grupos linguísticos foi considerada redundante. Já os grupos sociais, políticos, ideológicos e econômicos foram intencionalmente excluídos do espectro protetivo (SCHABAS, 2009, p. 117; SCHABAS, 2016, p. 137). A questão voltou a ser debatida nos trabalhos preparatórios do ER, mas o alargamento do âmbito de proteção não obteve sucesso e foi mantido o espírito da CPRCG. Entretanto, a primeira decisão judicial que enfrentou a questão da abrangência protetiva, proferida pelo Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), considerou *ejusdem generis* a enumeração da norma (CPRCG e ER), entendendo pela proteção de todos os grupos estáveis e constituídos de forma permanente, cuja filiação é determinada pelo nascimento. Todavia, essa interpretação não vingou em sede de apelação, sendo reafirmada a interpretação restritiva. No entanto, em especial no campo doutrinário e inclusive de outras comissões da ONU, há progressivo entendimento no sentido de que a lista de grupos na definição da CPRCG (e por reflexo no ER) deve receber uma interpretação ampla e liberal (SCHABAS, 2016, p. 135-136).

A Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, decorrente do compromisso assumido com a ratificação da CPRCG, define e pune o crime de genocídio em terras brasileiras repetindo os termos da Convenção:

> Art. 1º Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:
> a) matar membros do grupo;
> b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
> c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
> d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
> e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo; (...)[7]

Por sua vez, o genocídio, tanto na forma consumada quanto na tentada, recebeu a rotulagem da hediondez por previsão expressa no artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a "Lei dos Crimes Hediondos", por inclusão da redação da Lei nº 8.930, de 06 de setembro de 1994.[8]

Igualmente, há previsão no ordenamento pátrio da punição do genocídio no Direito Penal Militar. Assim, se for considerado o genocídio como crime militar,[9] aplica-se, em tempo de paz, a previsão do artigo 208 do Código Penal Militar; se em tempo de guerra, os artigos 401 e 402, também do Código Penal Militar.

No âmbito internacional, o Estatuto de Roma (ER)[10] incorporou o genocídio como uma das quatro categorias de crime sujeitas à jurisdição

---

[7] O preceito secundário do tipo penal em questão prevê, por remissão ao Código Penal, as seguintes penas: "Será punido: Com as penas do art. 121, § 2º, do Código Penal, no caso da letra a; Com as penas do art. 129, § 2º, no caso da letra b; Com as penas do art. 270, no caso da letra c; Com as penas do art. 125, no caso da letra d; Com as penas do art. 148, no caso da letra e;".

[8] Atualmente o genocídio está previsto como crime hediondo no inciso I do artigo 1º da Lei nº 8.072/1990, por inclusão da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, alcunhada de "Pacote Anticrime". Entretanto, o rótulo de hediondo não abarca o genocídio previsto no Código Penal Militar.

[9] Para configuração dessa hipótese, deverão estar presentes os critérios legais previstos no artigo 9º do Código Penal Militar.

[10] O tratado internacional que criou o Estatuto do Tribunal Penal Internacional foi adotado durante Conferência Intergovernamental em Roma, no ano de 1998. Aberto à assinatura em 17 de julho de 1998, passou a viger internacionalmente a partir de 1º de setembro de 2002.

do Tribunal Penal Internacional (TPI).[11] Aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002, o ER passou a viger em 1º de setembro de 2002, sendo promulgado pelo Decreto Legislativo nº 4.388, de 25 de setembro deste mesmo ano.

Quanto à competência, embora o genocídio tenha origem no direito internacional, importa ressaltar que o ER na verdade afirma a subsidiariedade da jurisdição internacional, da mesma forma que os tribunais de direitos humanos, consagrando o princípio da complementaridade. Assim sendo, o TPI não exerce sua jurisdição se a investigação ou o processo penal já tenha iniciado ou terminado, salvo se o Estado não tiver "capacidade" ou "vontade" de realizar justiça (RAMOS, 2019, p. 474).

Dessa forma, no quadro da competência jurisdicional interna, no que diz respeito à competência de Justiça, tem-se que, se o genocídio não se revestir do caráter de internacionalidade, a competência para o processo e o julgamento, como regra, será da Justiça Estadual. Isso porque "o simples fato de o delito estar previsto em tratado ou convenção internacional assinada pelo Brasil não enseja, por si só, a competência da Justiça Federal" em decorrência do previsto no artigo 109, inciso V, da Constituição Federal (LIMA, 2020 p. 487). No entanto, e em especial por tratar-se o genocídio de crime intrinsecamente grave e violador de direitos humanos, a competência pode ser incidentalmente deslocada para a Justiça Federal por iniciativa do Procurador-Geral da República, conforme artigo 109, § 5º, da Constituição Federal. Ainda, em especial, quando se tratar de genocídio contra povos indígenas, a competência há de ser da Justiça Federal, pois:

> [...] como o delito teria o condão de atingir potencialmente a própria existência de uma determinada etnia indígena, inegável tratar-se de crime envolvendo a disputa sobre direitos indígenas, atraindo, por conseguinte, a competência da

[11] Os crimes submetidos à jurisdição do TPI são considerados os "crimes mais graves que preocupam a comunidade internacional em seu conjunto", conforme artigo 5.1 do ER. Representam o que se chama de *core crimes* (crimes nucleares) do atual Direito Internacional Penal (CRETELLA NETO, 2008, p. 325). Além do genocídio, o ER prevê em seu artigo 5.1 a competência do TPI para julgar os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão.

> Justiça Federal, nos termos do art. 109, inciso XI, da Constituição Federal, e afastando a aplicação da súmula n. 140 do STJ ("Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima"). (LIMA, 2020, p. 487)

No que diz respeito à competência do órgão jurisdicional, o crime de genocídio pode ser da competência do juiz singular ou do Tribunal do Júri. O Plenário do STF, no julgamento do RE 351.487,[12] em questão envolvendo o assassinato de índios Yanomami da tribo Haximú, por garimpeiros desejosos em explorar incontinente terras férteis para lavra garimpeira, episódio chamado "Massacre de Haximú", reconheceu a competência para processo e julgamento do crime de genocídio ao juízo monocrático da Justiça Federal, excepcionada a modalidade em que os atos de destruição forem crimes dolosos contra a vida, hipótese que deve ser submetida ao escrutínio de um Tribunal do Júri federal. No caso, se entendeu pela caracterização de concurso formal impróprio entre o crime de genocídio e os atos também tipificados de sua realização (homicídio, lesão corporal, etc.) (RAMOS, 2019, p. 476). Ainda sobre esse aspecto, ensina a doutrina:

> Como o delito de genocídio não é crime doloso contra a vida, mas sim contra a existência de grupo nacional, étnico, racial ou religioso, eventual delito de genocídio deve ser processado e julgado, pelo menos em regra, perante um juiz singular. Assim, se o genocídio for praticado por meio da conduta descrita na alínea "d" do art. 1º da Lei n. 2.889/56, o agente deverá ser processado e julgado perante um juiz singular - estadual, pelo menos em regra, ou federal, se cometido em detrimento de índios.
>
> Todavia, esse mesmo delito de genocídio pode ser praticado mediante morte de membros do grupo. Nesse caso, se o agente resolver matar vários integrantes do grupo, em circunstâncias semelhantes de tempo e de lugar, e com o mesmo modus operandi, deverá responder pelos diversos homicídios (em continuidade delitiva) e pelo crime de genocídio, em concurso formal

[12] Da leitura do inteiro teor do julgamento extrai-se que, no caso concreto, como houve a condenação apenas pelo crime de genocídio pelo juízo singular, mesmo tendo sido praticado por homicídio, e não houve recurso da acusação, operou a *ne reformatio in pejus*. Daí a atribuição "em tese" da competência ao Tribunal do Júri, como consta no acórdão.

> impróprio, não sendo possível a aplicação do princípio da consunção. Nesse caso, os diversos crimes dolosos contra a vida praticados em continuidade delitiva deverão ser processados e julgados perante um Tribunal do Júri - em regra, Estadual; se cometido em detrimento de índios, Tribunal do Júri Federal -, que exercerá força atrativa em relação ao crime conexo de genocídio, tal qual dispõe o art. 78, inciso I, do Código de Processo Penal. (LIMA, 2020, p. 488).

Por seu turno, no âmbito da Justiça Militar da União, compete ao Conselho de Justiça o processo e julgamento da prática de genocídio, crime militar impróprio, quando nas hipóteses dos artigos 208, 401 ou 402, ambos do CPM, observada a competência do Tribunal do Júri apenas em tempo de paz.

Quanto aos demais aspectos do crime de genocídio, para o propósito deste estudo despendemos atenção concentrada no exame da forma de conduta, se positiva (comissiva) ou negativa (omissiva), em especial a análise desta. Ainda, em razão da proposta de identificar, em tese, a conexão entre omissão no campo das políticas públicas direcionada a eliminar no todo ou em parte grupo nacional, étnico, racial ou religioso e sua repercussão penal, foi levada a exame apenas a hipótese de submissão intencional de um grupo à condição de existência capaz de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial.[13] Assim, não serão desenvolvidos aqui comentários extensivos no que diz respeito a todos os elementos e modalidades de genocídio, até porque existente doutrina de peso que cumpre esse mister. Destaca-se, no entanto, conforme decidido pelo Plenário do STF no julgamento do RE 351.487, que o bem jurídico tutelado é de caráter supraindividual, plasmado na existência de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Essa existência do grupo é que se coloca "em risco por ações que podem também ser ofensivas a bens jurídicos individuais, como o direito à vida, à integridade física ou mental, a liberdade de locomoção, etc." (STF, 2006). Ainda, o crime é comum, ou seja, pode ser cometido por qualquer pessoa, é crime formal, pois não exige resultado material, e pode ter como sujeito ativo apenas uma pessoa.

[13] Artigo II, c, da CPRCG; artigo 1º, c, da Lei nº 2.889/1956; art. 6º, c, do ER.

Nesse jaez, seguimos este trabalho com o estudo da conduta omissiva no crime de genocídio e a submissão intencional de um grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial, pela não implementação, implementação deficiente ou cessação de uma política pública de vinculação constitucional.

O delito de genocídio pode ser cometido tanto por ação quanto por omissão (GIL GIL, 2005, p. 256). No mesmo sentido Schabas (2009, p. 177), que entende serem todas as formas de genocídio enumeradas no artigo II da CPRCG, incluindo o assassinato, passíveis de serem cometidas por ação ou omissão. Entretanto, destaca que o ato mais óbvio de genocídio por omissão é o previsto no artigo II, c, aquele de "submeter intencionalmente o grupo a condição de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial", tendo inclusive tal perspectiva sido utilizada em julgamentos do Tribunal Penal Internacional para Ruanda[14] (SCHABAS, 2009, p. 177). A essa hipótese chama-se de "violência negativa" (*negative violence*) (LACHS *apud* SCHABAS, 2009. p. 177). A lei penal canadense (*Crimes Against Humanity and War Crimes Act*), por exemplo, prevê expressamente a forma omissiva para o genocídio.[15]

Infligir deliberadamente ao grupo condições de vida calculadas para provocar sua destruição física "total ou parcial" é o terceiro ato de genocídio enumerado no artigo II da CPRCG e no artigo 6 do ER, espelhados na legislação brasileira no art. 1º, c, da Lei nº 2.889/1956 e art.

---

[14] V. Caso nº ICTR-96-4 (*The Prosecutor* vs. *Jean-Paul* AKAYESU) levado a julgamento no TPIR, disponível: <https://unictr.irmct.org/en/cases/ictr-96-4>. Este processo, o qual ainda estamos examinando, contempla discussões acerca do genocídio por omissão.

[15] "(3) genocide means an act or omission committed with intent to destroy, in whole or in part, an identifiable group of persons, as such, that, at the time and in the place of its commission, constitutes genocide according to customary international law or conventional international law or by virtue of its being criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission." (CANADA, 2000). Tradução nossa: "(3) genocídio significa um ato ou omissão cometido com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo identificável de pessoas, como tal, que, no momento e no local de sua prática, constitui genocídio de acordo com o direito internacional consuetudinário ou o direito internacional convencional ou em virtude de ser [ato] criminoso de acordo com os princípios gerais do direito reconhecidos pela comunidade das nações, quer constitua ou não uma violação da lei em vigor no momento e no local de sua comissão." Ressalta-se que há intensa e atual discussão no Canadá acerca da omissão estatal em relação à proteção de seus povos indígenas, em especial mulheres e crianças, cujo desaparecimento está sendo considerado como genocídio por estudiosos e parte da imprensa, bem como parte da opinião pública. Debates e controvérsias desta índole também ocorrem na Austrália.

208, II, do Código Penal Militar.[16] Entretanto, diversamente das demais hipóteses do art. 1º da Lei nº 2.889/1956, a alínea "c" não encontra perfeita adequação a um tipo penal específico do Código Penal (LIMA, 2020, p. 485). De qualquer maneira, sugere-se

> [...] que tal conduta pode se dar "pela privação de alimentos, água, roupas, remédios, ou material de higiene; internação em campos de concentração ou de refugiados, exposição a intempérie, ou a condições de trabalho extenuantes, marchas forçadas, expulsão das casas ou local de moradia, ou outros atos que possam levar à destruição física do grupo. Não há, aqui, uma duração previamente determinada da imposição de tais condições para o reconhecimento do delito que pretende causar a morte lenta dos membros do grupo, ao contrário do homicídio. O delito é permanente e a duração da imposição das condições que pretendem levar à extinção deve ser verificada no caso concreto"; (BALTAZAR JÚNIOR *apud* LIMA, 2020, p. 485).

Por sua vez, como exemplos de condições capazes de ocasionar destruição física total ou parcial, a doutrina internacional menciona, entre outros atos, a deportação, a colocação de um grupo de pessoas em uma dieta de subsistência, a redução dos serviços médicos necessários abaixo do mínimo e a negação de acomodações suficientes para moradia, mas apenas até o ponto em que tais medidas sejam impostas com a intenção de destruir o grupo no todo ou em parte (SCHABAS, 2016, p. 139).

Estabelecida, pois, a possibilidade da perpetração do genocídio em sua forma omissiva, seguimos para o ponto que diz respeito à política pública como veículo para a submissão de um grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física, total ou parcial.

[16] Observam-se três situações no que diz respeito ao Código Penal Militar e o tratamento do genocídio: a) o tipo "matar membros de um grupo" recebeu tratamento diferenciado e encabeça o artigo 208, indicando tratar-se do genocídio propriamente dito; b) o parágrafo único do artigo 208 traz a rubrica "casos assimilados", dando tratamento diverso daquele dos tratados internacionais; c) o inciso II do parágrafo único do artigo 208 em questão agrega um elemento moral ao tipo, elastecendo a concepção nessa hipótese, na medida em que prediz que será punido quem "submete o grupo a condições de existência, físicas ou morais, capazes de ocasionar a *eliminação* de todos os seus membros ou parte dêles."

2. Políticas públicas e direito, vinculação constitucional e omissão de implementação

A relação entre políticas públicas e direito não é pacífica nem uniforme. Percebemos, da mesma forma que Freitas (2015, p. 200), a existência de uma "crença infundada de que as políticas públicas pertenceriam ao reino da discricionariedade insindicável, como se as escolhas políticas (e, por vezes, as omissões), embora manifestamente viciadas, não fossem catalogáveis como inconstitucionais." Como houvesse uma difamação da lei como um aspecto autônomo, distinto e não processual da política (LOWI, 2003, p. 498).

Entendemos que tal crença tenha origem na preferência, no campo de estudo das políticas públicas, quanto à análise ou avaliação do "ciclo da política pública" em detrimento do seu conteúdo ou elemento substancial. O "ciclo da política pública" é uma tipologia de análise, entre várias, que "vê a política pública como um ciclo deliberativo, formado por vários estágios e constituindo um processo dinâmico e de aprendizado" (SOUZA, 2006, p. 29). O ciclo da política pública é composto pelos estágios de definição de agenda, identificação de alternativas, avaliação de opções, seleção de opções, implementação e avaliação. Ao se referir a esse modelo de análise, DYE (2013, p. 15-16), além de enfatizar o seu caráter processual, alerta que não há competição entre os modelos de análise de políticas públicas, ou seja, não há um melhor do que o outro, já que a maioria das políticas é um combinação de planejamento racional, incrementalismo, atividade de grupos de interesse, preferências de elite, jogos, escolha pública, processo políticos e influências institucionais.

Theodor J. Lowi, importante cientista político estadunidense, ao tratar da relação entre direito e política pública, adverte que ninguém está à margem do direito[17] e ele é tão universal e quase tão antigo quanto a

[17] A palavra "law" aqui foi utilizada no sentido de "direito", ou seja, do conjunto de normas que compõem um sistema ou ordenamento jurídico. No original, LOWI (2003), utiliza "law" para indicar "direito" e por vezes "lei", no sentido da norma escrita instituída pelo legislador.

própria civilização (LOWI, 2003, p. 493). O motivo do aparente afastamento entre direito e política pública deve-se ao fato de que a política pública somente entrou em cena em meados do século XIX e o fez de forma distanciada do direito, assim permanecendo até o início do século XX, principalmente em razão da influência de Woodrow Wilson, jurista americano que veio a se tornar o vigésimo oitavo presidente dos Estados Unidos da América (LOWI, 2003, p. 494).[18] Somente mais tarde, a partir dos anos 1930, com o crescimento do Estado, é que direito e política pública, paulatinamente, tomaram caminho para se conciliar (LOWI, 2003, p. 498). É possível dizer que seriam os dois lados de uma mesma moeda, sendo a lei o formal e a política o real (LOWI, 2003, p. 500). Assim:

> Sempre haverá algum grau de distância entre o formal e o real - nas burocracias públicas e privadas, nas famílias e em todas as outras formas de obrigações contratuais, nos esportes e em outras competições, inclusive nas eleições, e em todos os aspectos do governo. Mas em todas essas questões, principalmente em governos democráticos, a distância entre o formal e o real pode ser tomada como uma definição operacional de ilegitimidade. A política é o lado informal do governo, a declaração real do que o governo realmente faz. Mas a política deve ser tolerada, não adotada e, mesmo assim, tolerada apenas enquanto souber seu lugar: como servidora do Estado de direito. (LOWI, 2003, p. 501).[19]

É razoável supor, nas democracias ocidentais, que o processo de formação de uma política pública envolve os esforços de grupos de interesse concorrentes para influenciar os formuladores de políticas em seu favor (KILPATRICK, 2000). Não obstante, o ambiente no qual ocorre tal concorrência deve ter como limite e parâmetro o direito e seu corpo normativo cujo cume é o texto constitucional. Assim, um aspecto importante da política pública é a lei, que em um sentido geral, inclui

[18] LOWI (2003), apresenta uma interessante percepção histórico-evolutiva da relação entre o direito (lei) e a política pública, mas com detalhamento e inserções que fogem ao escopo do presente estudo, razão pela qual pede-se licença para remeter ao artigo em questão.

[19] Tradução nossa.

legislação específica e disposições mais amplamente definidas de direito constitucional ou internacional (KILPATRICK, 2000).

A maioria das democracias modernas tem uma declaração de direitos que exclui vários tipos de políticas (prisão arbitrária, discriminação, censura e assim por diante), enquanto impõe outras (defesa nacional, educação e seguro social). (CONGLETON; SWEDENBORG, 2006, p. 26). Por sua vez, a política pública pode ser geralmente definida como um sistema de leis, medidas regulatórias, cursos de ação e prioridades de financiamento relativas a um determinado tópico promulgado por uma entidade governamental ou seus representantes (KILPATRICK, 2000). O direito, portanto, "tem importância fundamental para as políticas públicas, fazendo-se presente desde sua concepção até sua implantação, controle e revisão" (SUNDFELD; ROSILHO, 2014, p. 47).

O ente estatal tem como papel a promoção de políticas e ações públicas voltadas a atenuar ou suprimir as contingências que resultam na limitação de direitos humanos dos cidadãos. Como objetivo constitucional, no caso brasileiro, há inúmeras políticas contudo, faltam, em alguns casos, controles e procedimentos de *accountability*[20] (SEN, 2015, on-line, p. 141), essencial para que a máquina pública se torne eficiente, e suas políticas sejam efetivas, com a aptidão de comportamentos administrativos que provocam os resultados pretendidos (MODESTO, 2000, p. 6).

Percebe-se que as políticas públicas são os vetores de desenvolvimento de liberdades, cujas capacitações poderão ser ampliadas ou não a depender de haver contribuição efetiva do Estado e de outros atores na elaboração e execução de novas políticas.

É possível afirmar, portanto, que existem políticas públicas inseridas no texto constitucional, como é o caso da preservação das comunidades quilombolas, regulamentada por decreto (SUNDFELD; ROSILHO, 2014, p. 70), políticas públicas de vinculação constitucional e que encerram

[20] Sobre o tema ver: LEAL, Dionis Janner. Accountability no setor público sobre a perspectiva de Amartya Sen: do estado eficiente ao estado de controle e gestão de riscos. In: LUCAS, Doglas Cesar et al (Orgs.). Direitos Humanos e Democracia em tempos de crise: a proteção jurídica das minorias. Vol. 2. p. 544-558. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

mandamento de implementação, uma vez que "o Estado Constitucional consagra, explícitas e implícitas, prioridades vinculantes a serem observadas, de modo criterioso, na enunciação e na implementação das políticas públicas" (FREITAS, 2015, p. 206). Nesse passo, ainda na voz de Juarez Freitas:

> No caso brasileiro, em razão de seu modelo constitucional, as políticas públicas devem ser implementadas e controladas, obrigatoriamente, com base nas prioridades constitucionais vinculantes e no direito fundamental à boa administração.[21] .
>
> Sob o espectro jurídico, a legitimidade das políticas públicas, ou seja, sua conformidade com a "tábua axiológica da Constituição e os seus objetivos concomitantes de justiça e desenvolvimento sustentável" acarreta necessariamente, e principalmente, a "observância de obrigações resumidas no direito fundamental à boa administração" (FREITAS, 2015, p. 196)

De fato, no cenário brasileiro, toda política pública deve buscar seu status de validade no texto constitucional. No caso das políticas públicas insertas na constituição, ou seja, expressas, como o direito à saúde, essa vinculação constitucional encerra um dever, uma prestação positiva estatal, cuja implementação deficiente ou omissão merece ser sindicada nos âmbitos da responsabilização administrativa, civil e penal. Neste último caso, extremo e de *ultima ratio*, é que situamos o estudo corrente, para o exame da hipótese do próximo item.

No entanto, adianta-se, no caso de genocídio, uma abordagem dos crimes de omissão que se baseie na existência de um dever positivo pode limitar indevidamente o alcance da norma, na medida em que é difícil estabelecer a extensão da obrigação de um Estado, ou no caso de um indivíduo, em termos de garantir nutrição, assistência médica e moradia

[21] De forma resumida, o direito fundamental à boa administração é o "lídimo plexo de direitos, regras e princípios, encartados numa síntese, ou seja, o somatório de direitos subjetivos públicos" (FREITAS, 2015, p. 198), considerados como "standard mínimo" e, por isso, sem excluir outros direitos, compreendendo: a) o direito à administração pública transparente; b) o direito à administração pública sustentável; c) o direito à administração pública dialógica; d) o direito à administração pública imparcial e o mais desenviesada possível; e) o direito à administração pública proba; f) o direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada; g) o direito à administração pública preventiva, precavida e eficaz (FREITAS, 2015, p. 198-199)

adequadas, por exemplo. O direito internacional dos direitos humanos fez incursões promissoras na proteção dos direitos econômicos e sociais, e suas normas podem fornecer algumas orientações úteis. Onde o genocídio é cometido pela omissão de prover as necessidades da vida, de uma maneira calculada para destruir o grupo no todo ou em parte, essa omissão provavelmente será aparente não por algum padrão abstrato de um mínimo vital, mas porque é discriminatório *vis-à-vis* em relação a outros grupos (SCHABAS, 2009, p. 196).

3. A omissão de implementação de políticas públicas vinculadas constitucionalmente e responsabilização penal. breve contribuição a partir de um exemplo hipotético.

Assim, para o exercício ao qual se propõe o presente estudo, ficou sedimentado que o genocídio pode ser praticado por meio de omissão e as políticas públicas devem obedecer a parâmetros e vínculos constitucionais. Assim, imagine-se que um governo não implemente, implemente deficientemente ou cesse uma política pública constitucional de caráter vinculado e os destinatários passem a sofrer direta e indiretamente as consequências desse não agir, estando claro o nexo causal e a intenção de causar danos, inclusive a destruição física, mediante a submissão a condições existência precárias.

Com inspiração no caso "Massacre do Haximú", anteriormente mencionado, desenvolvemos o seguinte exemplo tendo por base a seguinte situação fática: garimpeiros com a intenção de explorar terra indígena habitada por uma pequena etnia, ao invés de partir para o confronto direto, intimidação e até atos contra a vida, utilizam de meios políticos, como o estabelecimento de grupos de interesse, para que a referida etnia seja submetida a condições de existência tais que ocasione, no tempo, a sua natural destruição física.

Assim, toma-se a proteção ao indígena albergada na Constituição Federal Brasileira de 1988. No texto constitucional está anotado, no artigo

231, que aos "índios são reconhecidos sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens." Além disso, o § 1º desse mesmo artigo 231 esclarece que as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas são aquelas "habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições."

Sabendo-se que o direito à saúde é um direito fundamental (artigo 6º da Constituição Federal), houve especial preocupação em estipular que a sua promoção, proteção e recuperação seja garantida por meio de políticas sociais e econômicas destinadas a redução do risco de doença e de outros agravos, bem como o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. Ainda, são consideradas de relevância públicas as ações e serviços de saúde (artigo 197 da Constituição Federal).

Por sua vez, a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, com inclusões e alterações dadas pela Lei nº 9.836, de 23 de setembro de 1999, instituiu um Subsistema de Atenção à Saúde Indígena no seu artigo 19 e seguintes, componente e integrado ao Sistema Único de Saúde (SUS), cabendo à União, com recursos próprios, financiar esse subsistema.

Ainda, o parágrafo único do art. 11 do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, que regulamenta o artigo 19 da Lei nº 8.080/1990, estabelece que a "população indígena contará com regramentos diferenciados de acesso, compatíveis com suas especificidades e com a necessidade de assistência integral à sua saúde".

Agora imaginemos que em razão dos grupos de pressão formados por garimpeiros e associações correlatas, com forte influência política e ligada a atores de alto poder financeiro, a regulamentação relativa à política pública constitucional de proteção à saúde dos indígenas comece a passar por alterações que retirem e dificultem o acesso ao atendimento à saúde, forçando até mesmo a etnia a abandonar as terras "necessárias a

sua reprodução física e cultural" (art. 231, § 1º, Constituição Federal) de forma a colocar em risco mesmo a própria existência do grupo étnico, com vistas a ter acesso a terras tradicionalmente ocupadas por povo indígenas. Estaria configurado o crime de genocídio?

A resposta não é de fácil apresentação. Isso porque, mesmo na sua forma omissiva, o crime de genocídio demanda a prova da intenção, ou seja, da vontade consciente e direcionada à obtenção do resultado desejado pela não implementação, implementação deficiente ou cessação de uma política pública. No caso, a produção de prova do liame subjetivo é de difícil obtenção. Entretanto, tal possibilidade não pode ser perdida de vista. No caso sob apreço, o crime do artigo II, "c", da CPRCG (artigo 1º, "c", da Lei nº 2.889/1956; art. 6º, "c", do ER), não exige resultado material, ou seja, trata-se de crime formal, pelo que a simples submissão intencional de um grupo a condições de existência com capacidade para ocasionar a sua destruição física, total ou parcial, já configura o crime. Havendo o resultado morte, ou seja, a destruição total ou parcial do grupo, o delito se subsume às letras "a" e "b" do artigo II, da CPRCG (artigo 1º, "a" e "b", da Lei nº 2.889/1956; art. 6º, "a" e "b", do ER). Assim, no exame do caso concreto, em comparação com o tratamento dispensado a outros grupos (SCHABAS, 2009, p. 196), sopesado o não atendimento à vinculação constitucional da política pública, seja pela sua não implementação, implementação deficiente ou cessação,[22] é possível, em *ultima ratio*, a configuração de genocídio nos termos do artigo II, "c", da CPRCG (artigo 1º, "c", da Lei nº 2.889/1956; art. 6º, "c", do ER), sendo a competência para processo e julgamento, no caso de etnia indígena afetada, atribuída à Justiça Federal, em juízo singular, observada a subsidiariedade da

[22] A inauguração do exame dessa questão sob a ótica do conceito de "dever de proteção" (*Schutzpflicht*) e dos critérios da "proibição de proteção insuficiente" (*Untermaßverbot*) e "proibição do excesso" (*Übermaßverbot*), no estudo dos elementos do princípio da proporcionalidade, merece atenção, aprofundamento e maturação, a qual no momento ainda se carece. Todavia, como anteriormente mencionado, tem-se que onde o genocídio é cometido pela omissão de prover as necessidades da vida, de uma maneira calculada para destruir o grupo no todo ou em parte, essa omissão provavelmente será aparente não por algum padrão abstrato de um mínimo vital, mas porque é discriminatório *vis-à-vis* em relação a outros grupos (SCHABAS, 2009, p. 196). Seria a revelação dessa desproporcionalidade em sentido estrito um indicativo da omissão genocida?

jurisdição internacional em homenagem ao princípio da complementaridade do TPI.

Conclusão

A intersecção genocídio, políticas públicas e direito é complexa, em especial do viés da responsabilização. Embora o mais distante, até por ser a *ultima ratio*, o enfoque da responsabilidade penal, aqui examinada, não merece ser colocado de lado. Outrossim, considerando que as políticas públicas devem ter como fundamento de validade, e por limite, em todo o seu ciclo, a constituição, não pode haver dissociação entre direito e políticas públicas. Nesse caldo, omissões estatais quanto à não implementação, implementação deficiente e cessamento de políticas públicas de vínculo constitucional, podem, no exame do caso concreto, e caracterizada a intenção exigida, ser consideradas como genocídio, reservado o processo e julgamento ao âmbito doméstico como regra e internacionalmente por subsidiaridade.

Referências

AMBOS, Kai. **La parte general del Derecho Penal Internacional: bases para una elaboración dogmática**. Montevideo: Duncker & Humblot; Konrad-Adenauer-Stiftung; Temis, 2005.

BARTH, Boris. **Genozid, Völkermord im 20. Jahrhundert: Geschichte, Theorien, Kontroversen**. München: C.H. Beck, 2006.

BRASIL. **Decreto nº 30.822**, de 6 de maio de 1952. Promulga a convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1952/D30822.html>. Acesso em ago. 2020.

_____. **Lei nº 2.889**, de 1º de outubro de 1956. Define e pune o crime de genocídio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2889.htm>. Acesso em ago. 2020.

_____. **Decreto-lei nº 1.001**, de 21 de dezembro de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: ago. 2020.

_____. **Lei nº 8.072**, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em ago. 2020.

_____. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: ago. 2020.

_____. **Decreto nº 7.508**, de 28 de junho de 2011. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.htm>. Acesso em: ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 351487. Relator: Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2006. **DJ** 10-11-2006 PP-00050; **EMENT** VOL-02255-03 PP-00571; **RTJ** VOL-00200-03 PP-01360; **RT** v. 96, n. 857, 2007, p. 543-557; **LEXSTF** v. 29, n. 338, 2007, p. 494-523. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago 2020.

CANADÁ. **Crimes Against Humanity and War Crimes Act**, de 29 de junho de 2000. S. C. 2000, c. 24. Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-45.9/page-1.html>. Acesso em: ago. 2020.

CONGLETON, Roger D.; SWEDENBORG, Birgitta. Introduction: Rational Choice Politics and Political Institutions. In: **Democratic Constitutional Design and Public Policy, Analysis and Evidence**. Cambridge: The MIT Press, 2006, p. 1-44.

CRETELLA NETO, José. **Curso de direito internacional penal.** Ijuí: Editora Unijuí, 2008.

DYE, Thomas R. **Understanding public policy**. 14ª ed. Upper Saddle River: Pearson, 2013.

FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. In: **Nomos, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará**, V. 35 n. 1: jan./jun. 2015, p. 195-217. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2079/1555>. Acesso em: ago. 2020.

GIL GIL, Alicia. Los Crímenes Contra la Humanidad y el Genocídio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la Luz de "Los Elementos de los Crímenes". In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de. **O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os Fundamentos e a Aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 221-260.

GROPENGIEßER, Helmut. The Criminal Law of Genocide: The German Perspective. In: **International Criminal Law Review**, 5, 2005. Brill: The Netherlands, p. 329–342. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/d5d760/>. Acesso em: nov. 2019.

KILPATRICK, Dean G. **Definitions of public policy and the law**. 2000. Disponível em: <https://mainweb-v.musc.edu/vawprevention/policy/definition.shtml>. Acesso em: ago, 2020.

LEAL, Dionis Janner. Accountability no setor público sobre a perspectiva de Amartya Sen: do estado eficiente ao estado de controle e gestão de riscos. In: LUCAS, Doglas Cesar et al (Orgs.). **Direitos Humanos e Democracia em tempos de crise: a proteção jurídica das minorias.** Vol. 2. p. 544-558. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019. Disponível em: https://3c290742-53df-4d6f-b12f-6b135a606bc7.filesusr.com/ugd/48d206_2da4445f97c94b8b9f8074df4630c076.pdf. Acesso em 12 set. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 8ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

LOWI, Theodor J. Law vs. Public Policy: A Critical Exploration. In: **Cornell Journal of Law and Public Policy**, vol. 12, n. 3, p. 493-501. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/cjlpp/vol12/iss3/2>. Acesso em: fev. 2020.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Interesse Público.** Belo Horizonte, v. 51, n. 2, p. 107-121, abr./jun. 2000. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=51586. Acesso em: 23 ago. 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RAUSSER, Gordon C.; ZUSMAN, Pinhas. Public policy and constitutional prescription. In: **American Journal of Agricultural Economics**, Volume 74, 2, mai. 1992, p. 247-257. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1242479>. Acesso em: ago. 2020.

SEN, Amartya; DRÈZE, Jean. **Glória incerta: a Índia e suas contradições.** Tradução de Ricardo Doninelli Mendes Laila Coutinho. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, on-line.

SCHABAS, William A. **Genocide in international law: the crime of the crimes.** 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

_____. Article 6: Genocide. In: TRIFFTERER, Otto; AMBOS, Kai (eds.). **The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary.** 3ª ed. München, Oxford, Baden-Baden: C. H. Beck; Hart; Nomos, 2016, pp. 127-143. <https://doi.org/10.5771/9783845263571>

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão de literatura. In: **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul./dez. 2006, p. 20-45. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1517-45222006000200003>. Acesso em: fev. 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (organizadores). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 45-79.

TRIFFTERER, Otto; AMBOS, Kai (eds.). **The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary.** 3ª ed. München, Oxford, Baden-Baden: C. H. Beck; Hart; Nomos, 2016.

17

Pandemia e violência: uma análise sobre os índices de violência contra a mulher durante a pandemia do covid-19 no Brasil

Carina Lopes De Souza [1]
Giulia Signor [2]
Thábata Santa Catarina De Souza [3]

Introdução

Desde dezembro de 2019 até o momento em que esta pesquisa está sendo realizada, o mundo sofreu os efeitos do surgimento de uma nova síndrome respiratória causada pelo até então desconhecido, SARS-COV-2, ou comumente denominado com Coronavírus. A inexistência de resistência biológica contra o vírus, a rápida propagação e as altas taxas de letalidade obrigaram a Organização Mundial da Saúde a decretar pandemia no dia 11 de março de 2020 (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020).

Diversos países adotaram o sistema de *lockdown* ou quarentena a fim de prevenir a rápida disseminação da doença e a sobrecarga nos sistemas

[1] Graduada em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3105828369221271>. Endereço eletrônico: carina.souza@imed.edu.br.

[2] Graduada em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. Beneficiária da taxa PROSUP/CAPES. Advogada. Currículo lattes <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K8012466A1>. Endereço eletrônico: giulia.signor@yahoo.com.br

[3] Graduada em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. Mestranda em Direito da Faculdade Meridional – IMED. Membro do Grupo de pesquisa Biopolítica, Gênero e Direito (CNPq/IMED). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2478265556025667>. Endereço eletrônico: thabata09898@gmail.com.br

de saúde, dentre os quais está o Brasil. Por consequência, outras problemáticas acentuam-se em decorrência da alteração na dinâmica social, tal como um possível aumento dos casos de violência doméstica registrados no período.

Nesse sentido, a presente pesquisa busca responder a seguinte problemática: é possível que, durante o primeiro semestre de 2020, exista um aumento nos casos de violência doméstica como consequência da pandemia do COVID-19? Para tanto, estabelece-se como objetivo geral avaliar se, efetivamente, o isolamento social corrobora para o aumento da violência contra a mulher.

Já os objetivos específicos são: a) estudar o que é a violência contra a mulher e as formas em que se manifesta; b) analisar os dados disponibilizados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública sobre violência contra a mulher durante o período da pandemia; c) verificar as ações do poder público para o combate à violência durante a pandemia.

Para tanto foi utilizado como método de abordagem o método hipotético-dedutivo, com pesquisa bibliográfica, bem como em fontes secundárias estatísticas, especialmente as divulgadas pelo Fórum Brasileiro de Segurança Nacional.

1. Violência contra a mulher perpetrada pelo parceiro amoroso

A violência consiste em ações que ocasionem a morte ou lesão à dignidade, integridade física, moral, psicológica e sexual, seja por meio de ameaças, coerção, opressão ou restrição à liberdade; sendo que tais condutas podem partir de indivíduos, grupos, classes sociais, ou até mesmo nações inteiras. A definição aplicada pela Organização Mundial da Saúde (1996) associa a intenção ao ato, independentemente da sequela ocasionada. Excluem-se da definição episódios não intencionais, como a maioria das lesões causadas por acidentes de trânsito e queimaduras.

Alguns autores, como Jean Bergeret (2007, p. 36), lecionam que a violência consiste na formação primitiva do ser humano, pela qual é levado

a dominar o outro como condição de sobrevivência. Em outras palavras, é resultado de necessidades biológicas, psicológicas ou sociais. Portanto, por ser a agressividade uma característica inata à natureza do ser humano os conflitos da vida em sociedade, detém caráter "eterno e natural", assim como é a fome e o instinto sexual.

Em contrapartida, segundo Colin Wilson (1964-65, s/p), a violência social é resultado das situações de miséria e desigualdade que trouxeram sentimentos de insatisfação permanente aos homens. Nessa linha de raciocínio, a violência se apresenta como um fenômeno de causalidade apenas social, provocada pela cessação da ordem e pela revolta dos reprimidos.

Independentemente dos motivos, o certo é que no Brasil a violência acarreta impactos bem significativos sobre o campo da saúde, principalmente nas grandes regiões metropolitanas, visto que essas áreas representam uma concentração de 75% da população, conforme o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (FIBGE, 1991). De acordo com os dados retirados do Atlas da Violência de 2018, elaborado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, no ano de 2016, o Brasil alcançou a marca histórica de 62.517 homicídios.

Por sua vez, a GBV - gender-based violence[4] - é um fenômeno social que ultrapassa classes e segmentos sociais, recebendo, cada vez mais, atenção dos governantes para aplicação de políticas públicas no mundo todo, principalmente no contexto dos relacionamentos amorosos. Na construção da relação, o casal pode assumir diversos estilos de relacionamento, dentro disso o amor pode tomar outros rumos, a dependência emocional, a busca pela aceitação e o ciúme são comportamentos que envenenam, e até mesmo destroem, o vínculo.

Nesse sentido, a violência contra a mulher é defina pela Convenção de Belém do Pará como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher,

[4] O termo reconhecido internacionalmente pode ser traduzido como “violência de gênero”.

tanto na esfera pública como na esfera privada" (Organização dos Estados Americanos, 1994). A Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06), também traça uma definição conceitual da violência doméstica e familiar contra a mulher:

> Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:
>
> I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
> II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
> III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.
> Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. [...] (BRASIL, 2006)

O conceito apresentado é frequentemente utilizado como sinônimo de violência doméstica e violência contra a mulher por parte daqueles que exercem os poderes da dominação e buscam manter a "honra" e garantir a virilidade masculina. Os aspectos da violência, principalmente a doméstica, começam a ser traçados dentro deste contexto:

> Uma ideologia que define a condição 'feminina' como inferior à condição 'masculina'. As diferenças entre o feminino e o masculino são transformadas em desigualdades hierárquicas através dos discursos masculinos sobre a mulher, os quais incidem especificamente sobre o corpo da mulher (CHAUÍ, 1985, p.43).

A maioria das situações de violência física, psicológica, patrimonial e sexual vivenciadas pelas mulheres acontece no âmbito doméstico, conforme dados do Mapa da violência de 2015, no Brasil, no ano de 2014,

71,9% dos atendimentos realizados em mulheres vítimas da violência, registraram que o local do evento foi no próprio lar da vítima (WAISELFISZ, 2015, p. 43). Ainda, de acordo com o Mapa da Violência do ano de 2015, duas em cada três pessoas atendidas no SUS em razão de violência doméstica ou sexual são mulheres, isto é, a cada dia de 2014, 405 mulheres demandaram atendimento em uma unidade de saúde, por alguma violência sofrida (WAISELFISZ, 2015, p. 42).

Outro dado relevante foi obtido no balanço das ligações para a Central de Atendimento à Mulher (SPM-PR), realizado em 2014, onde foi apurado que em mais de 80% dos casos de agressão registrados, os agressores eram homens com quem as vítimas têm ou tiveram algum vínculo afetivo, fator que agrava ainda mais a problemática. Em grande parte dos casos a vítima nem mesmo tem consciência do quão prejudicial a relação é, sobretudo em razão dos ciclos que o relacionamento vivencia. Segundo Evans (2015, p. 28):

> Poucas dentre as mulheres que entrevistei tinham consciência do que estava acontecendo em seus relacionamentos; certamente não se viam como vítimas. Elas só sabiam que alguma coisa estava errada. Quando alguma delas tinha terminado o relacionamento, geralmente as razões envolviam outras questões.

A luta para combater tal problema é histórica, segundo ensina Soares (1998, p.25) "durante muitos séculos em nossa sociedade, o direito de um homem castigar sua mulher estava assegurado pela lei e legitimado culturalmente". A exemplo disso, no Brasil, até o ano 2015, o homicídio contra mulher, quando perpetrado com motivos relevantes sociais, era considerado um crime passional e "privilegiado". Foi somente a partir da edição da Lei n. 13.104/2015, a qual alterou o Código Penal Brasileiro, que o assassinato de mulheres, por razões de gênero, foi considerado uma modalidade de homicídio qualificado. Passando a ser chamado feminicídio[5], inclusive, crime incluindo no rol dos crimes hediondos.

[5] Crime de homicídio cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

Vislumbra-se uma divisão social essencialista, que se funda na delimitação de características e espaços de atuação para homens e mulheres, inclusive impondo comportamentos apropriados para cada gênero. Estabelecendo, assim, desigualdades e discriminações simbólicas, entendidas como normais e fruto da natureza de cada um.

Essa superioridade do masculino sobre o feminino é fortificada por meio de uma "dominação simbólica" onde os interiorizam a estrutura de dominação do ponto de vista dos dominantes, ou seja, como inevitável, natural e eterna. O que pode levar a uma espécie de autodesvalorização, quando, grande parte, especialmente, das mulheres fazem uma representação de sua identidade sexual como algo falho, têm o seu próprio corpo como instrumento de desvalorização, uma vez que, quando não segue os padrões estéticos da época, são considerados feios e repulsivos (BOURDIEU, 2018, p.55). Ainda, a perpetuação dessa dominação também reside, e talvez seja o lugar mais visível de sua execução, nas unidades privadas, dentro dos relacionamentos íntimos.

Outrossim, a origem da violência contra a companheira amorosa também pode estar associada às primeiras vivências, absorvida através da aprendizagem observacional, uma vez que, o ato de observar a violência se naturalizou, seja assistindo aos assassinatos cometidos todos os dias pela TV ou praticando atos violentos nos videogames. Ainda, esse fator pode ser agravado quando ocorre o testemunho de abusos dentro do próprio lar, entre os pais.

Com base nas ideias apresentadas por autores da abordagem familiar sistêmica, segundo as quais, as relações ocorridas no sistema familiar envolvem motivações e consequências transgeracionais. Nesse sentido a escolha de um parceiro íntimo estaria relacionada aos modelos da família de origem (SILVA; MENEZES; LOPES; 2010). Então, a criança herda a visão de mundo dos pais, o que resulta na transmissão do abuso de geração em geração, fator que potencializa as chances de se tornarem adultos violentos. É importante destacar que esse fator não gera o mesmo resultado

em todas as crianças, já que certas pessoas, apesar de testemunhar violência parental, resinificam tais comportamentos e não os reproduzem com seus parceiros.

O fato é que a violência contra a companheira pode ser facilmente implementada, já que as relações amorosas são repletas de poder, sendo que o poder está na mão daquele que precisa menos do outro parceiro. Em razão da dependência emocional, o dependente coloca a manutenção do relacionamento e a retenção do outro acima de qualquer princípio. Nessa seara, a violência é perpetrada quando a pessoa amada se aproveita do poder adquirido ao estar com alguém dependente afetivamente, sentindo-se em uma posição de superioridade e ativando esse privilégio em situações de brigas ou discussões (RISO, 2017, n/p).

De acordo com Evans (2015, p. 26-33) existem diferentes maneiras de vivenciar o poder, o modelo de controle e dominação para obter o que deseja é o chamado Poder Autoritário. Tal modelo tem permeado a consciência individual há milhares de anos e nossa civilização ocidental foi criada com base nesse tipo de relação. Principalmente por meio da "pedagogia do veneno", método toxico de ensinar a criança controlando seu comportamento através do Poder Autoritário, dentro disso é essa toxidade que encontramos nos relacionamentos abusivos, onde a vítima aprende a tolerar o abuso sem percebe-lo como tal.

Ademais, no que tange o sistema jurídico brasileiro, tradicionalmente, o direito ignora as relações que se dão no ambiente privado. Ainda que, a Constituição Federal de 1988, tenha representado um marco no processo de luta para obter a igualdade de homens e mulheres, excluído a figura do pai/ homem como chefe da relação conjugal e afirmando o dever do Estado em coibir a violência intrafamiliar, nosso ordenamento jurídico ainda se encontra estruturado sobre a figura masculina (CUNHA, 2014, p. 156).

Indubitavelmente, o rompimento dos ideais patriarcais vem sendo fomentado pela atuação dos movimentos feministas, os quais ascenderam na segunda metade do século XX, buscando os direitos das mulheres no

terreno jurídico e político. Muitos ganhos já foram alcançados, que, entre outros, asseguram a igualdade entre homens e mulheres, sobretudo, no espaço familiar, bem como a proteção especial da mulher no mercado de trabalho.

Do mesmo modo, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), ampliou a consciência de que a violência doméstica é um problema de saúde, portanto sendo dever do Estado combatê-la. A lei agrega no ordenamento jurídico uma nova proposta de abordagem da violência contra as mulheres, realizando uma estruturação das ações como vetor de políticas públicas. Por exemplo, prevê a atuação conjunta dos três Poderes, instituições e setores de governo com a sociedade, formando uma rede articulada e especializada de enfrentamento à violência. Além disso, prevê a criação de serviços especializados no atendimento da mulher, através da capacitação dos profissionais e a promoção de campanhas educativas sobre as causas dessa violência, suas formas de manifestação e de enfrentamento, caracterizando uma mudança de consciência social que possibilidade a efetiva erradicação (PASINATO; LEMOS, 2017, p. 13).

Ademais, é preciso considerar que passar por problemas na relação afetiva é normal, uma vez que estes fazem parte da vida cotidiana. Diante disso, os problemas mais comuns enfrentados pelo casal, são discussões por ciúmes, problemas financeiros, falta de ajuda, falta de diálogo, existência de papeis preestabelecidos ou problemas com a família de origem. O sentimento de raiva na relação amorosa também é comum, vez que a raiva está dentro do homem, é uma energia que se manifesta quando surge uma dificuldade. Não significa que seja uma emoção negativa ou positiva, é normal e o casal precisa aprender a lidar com ela dentro do relacionamento, ou seja, uma relação saudável é caracterizada pela canalização das emoções negativas. Nesse contexto, é importante ressaltar que o sentimento de raiva, não deve ser confundido com a conduta da violência (STAMATEAS, 2010, p. 13-16).

A violação de direitos pelo parceiro se concretiza quando a autoestima de seu companheiro amoroso é ferida e esse perde sua autonomia e dignidade. Nesse contexto, a violência psicológica e verbal podem ser mais nocivas do que a física, por ser invisível e ocorrer durante a comunicação cotidiana. Como exemplos estão os comportamentos voltados a rebaixar, ameaçar, coagir, explorar, humilhar, aprisionar e ignorar, além de atitudes como desqualificação perante terceiros ou forçar um sentimento de culpa interna pelas desgraças e males vivenciados pelo casal.

Quando vivenciadas tais violências no âmbito do relacionamento, o problema deixa de ser considerado íntimo e perpassa os limites da rede familiar, passando a ser considerado como um problema de saúde pública, objeto de estudo de psicólogos e juristas. Por todos esses motivos, não há como negar que o machismo, a hierarquia social, as discriminações e as questões de poder encontram-se muito próximas das relações afetivas e sexuais, quando ocorre, tal violência afeta demasiadamente a vida individual da mulher, lhe tira o direito à uma relação saudável e autônoma.

2. O aumento da violência doméstica como consequência da pandemia do Covid-19

Em dezembro de 2019 o mundo tomou conhecimento do aparecimento de uma nova síndrome respiratória de alto contágio e de letalidade comprovada na cidade de Wuhan, na província de Hubei, na China. O vírus causador da doença foi identificado como Coronavírus, possuindo 95% de similaridade com a corona vírus que acomete morcegos e 70% de familiaridade com o vírus Sars-Cov (SINGHAL, 2020). No dia 11 de janeiro de 2020 foi reportado o primeiro caso fatal da doença na cidade chinesa, e no dia 20 do mesmo mês foi detectada a transmissão para outros países.

O primeiro caso da nova doença no Brasil foi detectado em 26 de fevereiro de 2020, e a primeira morte ocorreu em 16 de março. Atualmente, até as 21 horas do dia 26 de junho de 2020, o mundo conta com 9.652.307 casos da doença e 491.115 mortes. No Brasil, na mesma data, as estatísticas

apontam 1.228.114 casos e 54.971, segundo a Organização Mundial da Saúde (2020a)[6]. Devido aos números elevados e rápida transmissibilidade do vírus, diversos países aderiram ao *lockdown*, que consiste no distanciamento social e no fechamento de serviços não essenciais, buscando diminuir a curva de contágio e o colapso dos sistemas de saúde (WALKER *et. al*, 2020, p. 12).

Com as medidas de isolamento, adotadas inclusive no Brasil, ocorre uma alteração na dinâmica social, que pode repercutir em outras problemáticas, como, por exemplo, o possível aumento de casos de violência doméstica (MACIEL *et.al*, 2020, p. 141). Apesar do isolamento social ser, comprovadamente, uma das medidas de combate mais efetivas contra o Coronavírus, para uma parcela da população que convive com situações de violência doméstica, o isolamento pode representar perigo, em razão da ampliação do tempo de convívio com o seu agressor.

Nessa perspectiva, sustenta-se que fatores como maior tempo de convivência com o agressor, aumento do nível de estresse, situações de incerteza sobre o futuro, impossibilidade de convívio social e redução da renda, contribuem para a suposta manutenção ou agravamento das situações de violência (DESLANDES *et.al*, 2020, p.13). Além disso, considera-se que:

> A sobrecarga feminina com o trabalho doméstico e o cuidado com os filhos, idosos e doentes também pode reduzir sua capacidade de evitar o conflito com o agressor, além de torná-la mais vulnerável à violência psicológica e à coerção sexual. O medo da violência também atingir seus filhos, restritos ao domicílio, é mais um fator paralisante que dificulta a busca de ajuda. Por fim, a dependência financeira com relação ao companheiro em função da estagnação econômica e da impossibilidade do trabalho informal em função do período de quarentena é outro aspecto que reduz a possibilidade de rompimento da situação. (DESLANDES *et.al*, 2020, p.13).

Entidades de caráter internacional também sinalizaram a importância da adoção de medidas voltadas ao combate da violência contra a

[6] Dados atualizado até o data de: 26 de junho de 2020.

mulher, supostamente agravada nesse período de isolamento social. A exemplo disso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos publicou a seguinte manifestação:

> Tendo em vista as medidas de isolamento social que podem levar a um aumento exponencial da violência contra mulheres e meninas em suas casas, é necessário enfatizar o dever do Estado de devida diligência estrita com respeito ao direito das mulheres a viverem uma vida livre de violência e, portanto, todas as ações necessárias devem ser tomadas para prevenir casos de violência de gênero e sexual; ter mecanismos seguros de denúncia direta e imediata; e reforçar a atenção às vítimas. Em demasiados casos, o Estado não é o protetor, mas o perpetrador da violência. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2020, p.2)

Nessa mesma perspectiva, o documento "Gênero e Covid-19 na América Latina e no Caribe: dimensões de Gênero na resposta", editado pela ONU Mulheres, atenta para o provável aumento da violência contra a mulher no contexto da pandemia:

> Em um contexto de emergência, aumentam os riscos de violência contra mulheres e meninas, especialmente a violência doméstica, aumentam devido ao aumento das tensões em casa e também podem aumentar o isolamento das mulheres. As sobreviventes da violência podem enfrentar obstáculos adicionais para fugir de situações violentas ou acessar ordens de proteção que salvam vidas e/ou serviços essenciais devido a fatores como restrições ao movimento em quarentena. (ONU, 2020, p.2).

Alinhado a esse discurso que caracteriza a permanência da mulher no lar, durante o período de pandemia, como potencializador da violência doméstica, diversos veículos de comunicação vêm propagando notícias relacionadas a um suposto aumento no número de casos de violência doméstica durante a pandemia, no Brasil[7]. No entanto, estudo realizado pelo

7 A página da Câmara de Deputados Federais publicou no dia 15 de maio de 2020 notícia intitulada "Crescem denúncias de violência doméstica durante pandemia". Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/661087-crescem-denuncias-de-violencia-domestica-durante-pandemia. Acesso em: 03 jul. 2020.

O Globo disponibilizou, também no dia 15 de maio de 2020, matéria intitulada "Brasil teve aumento de 35% nas denúncias de violência contra mulher durante pandemia, diz Damares". Disponível em:

Fórum Brasileiro de Segurança Pública, em comparação com o mesmo período no ano de 2019, aponta um decrescimento no número de boletins de ocorrência, desde a decretação de isolamento social nos estados brasileiros. Exemplificativamente:

> No Rio Grande do Sul os registros de agressão em decorrência da violência doméstica apresentaram uma queda de 9,4% em março deste ano em comparação com mesmo mês do ano passado, e de 14,7% em relação a 2018. Também na comparação de março de 2020 com março de 2019, no Acre a queda foi de 28,6%, no Ceará de 29,1%, e no Pará de 13,2%. (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020a, p. 6-7)

Ademais, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública divulgou, no dia 29 de maio de 2020, um segundo estudo acerca da violência doméstica durante a pandemia de Covid-19. Verifica-se a partir da análise dos dados contidos nesse relatório que o número de ocorrências relacionadas à violência contra a mulher apresenta redução, assim como no primeiro estudo divulgado pelo Fórum:

> Em todos os estados para os quais obtivemos os dados foi verificada redução dos registros de lesão corporal dolosa em decorrência de violência doméstica no período de março e abril de 2020. A redução média para março e abril de 2020 em relação ao mesmo período de 2019 é de 25,5%, o que coincide com o padrão verificado na Itália e em cidades dos EUA, onde as mulheres encontraram mais dificuldade de se deslocar para a delegacia. (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020b, p. 5)

Dessa forma, tendo como base esse decrescimento no número de boletins de ocorrência, não se pode afirmar, com amparo científico, que

---

https://oglobo.globo.com/sociedade/brasil-teve-aumento-de-35-nas-denuncias-de-violencia-contra-mulher-durante-pandemia-diz-damares-24428955. Acesso em 03 jun. 2020.

A página do Senado Federal disponibilizou, no dia 27 de maio de 2020, notícia intitulada "Paim alerta para aumento da violência contra mulheres durante pandemia" Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/27/paim-alerta-para-aumento-da-violencia-contra-mulheres-durante-pandemia. Acesso em: 03 jul. 2020.

A Revista Isto É disponibilizou no dia 1º de junho de 2020 a matéria intitulada "Violência contra a mulher aumenta em meio à pandemia; denúncias ao 180 sobem 40%". Disponível em: https://www.istoedinheiro.com.br/violencia-contra-a-mulher-aumenta-em-meio-a-pandemia-denuncias-ao-180- sobem-40/. Acesso em: 03 jul. 2020.

houve um aumento geral no número de casos de violência contra a mulher no Brasil, em decorrência da pandemia. A violência contra a mulher é uma temática que certamente merece a atenção das autoridades públicas e desperta a preocupação de inúmeros órgão e entidades não governamentais. Contudo, não se pode combater a violência contra a mulher a partir da propagação de um discurso genérico, que traz em seu bojo informações equivocadas.

Necessário considerar, porém, que a queda nos registros apontada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, em ambos os relatórios, pode derivar de dois fatores: a dificuldade da vítima em realizar a denúncia pelo meio eletrônico ou a impossibilidade do acesso aos serviços presenciais por conta das restrições de funcionamento (MACIEL *et.al*, 2020, p. 142). Notadamente, o isolamento social dificulta sobremaneira os registros de ocorrências nas delegacias de polícia.

Diante disso, é necessária a investigação das causas que levaram à redução no número de denúncias no período da pandemia do Coronavírus no Brasil. Para Deslandes *et.al* (2020, p.2), durante a pandemia "a busca por ajuda, proteção e alternativas está prejudicada devido à interrupção ou diminuição das atividades em igrejas, creches, escolas e serviços de proteção social." A ausência de contato da vítima com amigos e familiares, também ocasiona uma redução da possibilidade de criação de uma rede de apoio para buscar ajuda e sair da situação de violência (DESLANDES *et. al*, 2020, p. 13).

Nessa perspectiva, constata-se que embora o número de casos de violência contra a mulher não tenha sofrido aumento em decorrência do isolamento social, bem como os dados divulgados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, revelam uma redução significativa no número de denúncias. Essa circunstância merece atenção, pois deflagra a necessidade de um comportamento ativo por parte dos órgãos responsáveis a fim de garantir a ampliação dos mecanismos de comunicação de casos de violência contra a mulher.

Nessa seara, o Legislativo brasileiro apresentou uma iniciativa relevante no que diz respeito a expansão dos canais de comunicação voltados ao enfrentamento da violência contra a mulher. O Projeto de Lei nº 1.267/2020, de autoria de diversos deputados federais, busca alterar a redação da Lei Maria da Penha, para ampliar a divulgação do Disque 180 enquanto perdurar a pandemia do Covid-19.

Nesse sentido, o projeto propõe que durante o período de estado de emergência pública decorrente da Covid-19, as informações exibidas nos mais diversos meios de comunicação - rádio, televisão e internet - que tratem de episódios da violência contra a mulher, incluam menção expressa ao Disque 180. Assim, o projeto pretende ampliar a rede de denúncia, bem como, conectar, informar e reforçar a assistência sobre recursos existentes em matéria de prevenção à violência doméstica. (BRASIL, 2020, p.1). De acordo com os dados apresentados anteriormente, o número de denúncias sofreu uma queda significativa em comparação a anos anteriores. Dessa forma, é evidente a necessidade de fortalecer os canais de comunicação, incentivando a denúncia de práticas de violência contra a mulher.

Cabe salientar que o Disque 180 é um serviço que tem se demonstrado eficaz na defesa e proteção das mulheres vítimas de violência. A divulgação do serviço para a sociedade por meio da grande mídia amplia a esfera de proteção de direitos essenciais como a vida e a integridade física de um grande número de mulheres. Para além disso, essa iniciativa assume um caráter pedagógico, conscientizando a população acerca da gravidade do problema e disseminando conhecimento sobre os serviços disponíveis. (BRASIL, 2020, p.2).

O referido projeto amplia a discussão em torno da problemática, mas não esgota o rol de ações que devem ser implementadas no combate à violência contra a mulher. Evidentemente, o enfrentamento da violência doméstica no contexto não pode se restringir ao acolhimento de denúncias. Por conseguinte, além de fortalecer o canal para denúncias, também

é fundamental capacitar as equipes nas linhas diretas de prevenção e resposta à violência, bem como expandir as redes de apoio, incluindo a garantia do funcionamento e ampliação do número de vagas nos abrigos para mulheres sobreviventes (VIEIRA; GARCIA; MACIEL, 2020, p.4).

Do mesmo modo, é essencial fomentar iniciativas de suporte às mulheres, sobretudo no que diz respeito ao acompanhamento psicológico, jurídico e de saúde (DESLANDES *et. al*, 2020, p.5). Por fim, mas não menos importante, é necessário assegurar a agilidade no julgamento das denúncias de violência contra a mulher. O Estado tem um papel fundamental na garantia dos direitos das mulheres brasileiras, em especial, no que toca ao direito a viver sem violência.

Conclusão

A violência contra a mulher não é um problema isolado, próprio de determinada classe social, sequer um problema de saúde pública local, exclusivo do Brasil. Existe uma superioridade do masculino sobre o feminino enraizada na estrutura social, que se apresenta como um fenômeno natural, instituindo características, comportamentos e espaços de atuação apropriados para o homens e mulheres, acarretando reflexos nocivos, principalmente, no âmbito dos relacionamentos íntimos.

Como supra demonstrado, a maioria das situações de violência contra a mulher, em suas mais diversas formas de manifestação, ocorrem no ambiente doméstico. Diante disso, Em decorrência do aparecimento da nova síndrome respiratória Coronavírus em dezembro de 2019, bem como da medida lockdown aderida por diversos países, a fim de diminuir a curva de contágio, levantou-se uma questão preocupante no que tange o aumento da violência contra a mulher durante a pandemia do covid-19.

Em que pese tamanha preocupação com a potencialização dos contextos de violência doméstica em razão da obrigatoriedade de permanência da mulher no lar, bem como da propagação de notícias relacionadas a um suposto aumento no número desses casos no Brasil pelos

mais diversos veículos de comunicação, quando da análise dos dados nota-se uma redução significativa no número de denúncias.

No entanto, essa circunstância não pode ser considerada uma conquista social, vez que deflagra a imprescindibilidade de um comportamento ativo por parte dos órgãos responsáveis a fim de garantir a ampliação dos mecanismos de comunicação de casos de violência contra a mulher, para, somete assim, constatar se os índices de violência contra a mulher perpetrada por seu companheiro amoroso efetivamente sofreu uma redução.

Visando atender esse quadro, o Legislativo brasileiro tomou uma iniciativa pertinente, com o objetivo de ampliar os canais de comunicação voltados ao enfrentamento da violência contra a mulher. Trata-se do Projeto de Lei nº 1.267/2020, de autoria de diversos deputados federais, busca alterar a redação da Lei Maria da Penha, para ampliar a divulgação do Disque 180 enquanto perdurar a pandemia do Covid-19 a partir das informações exibidas nos mais diversos meios de comunicação.

Indubitavelmente, tal iniciativa não esgota o rol de ações que devem ser implementadas no combate à violência contra a mulher, sobretudo nesse período de isolamento social, onde a busca por assistência e socorro encontra-se prejudicada, pois a interrupção das atividades sociais se torna um obstáculo para a mulher acessar amigos e familiares.

Então, o Estado tem o papel essencial de fomentar iniciativas de suporte às mulheres e de assegurar a agilidade no julgamento das denúncias de violência contra a mulher, em que pese os índices de violência doméstica tenham reduzido em comparação com o mesmo período de 2019, a fim de averiguar se essa diminuição é uma realidade dos ambientes domésticos ou se é resultado da dificuldade que as mulheres vêm encontrando de encontrar uma rede de apoio para efetuar a denúncia.

Referências

BERGERET, Jean. **La violencia fundamental: el inagotable Edipo**. Tradução de Carlos Padróny Soledad. Escassi. Madrid: Fondo de Cultura Económica, Ortega, 1990, apud

SÁ, Alvino Augusto de. Criminologia clínica e psicologia criminal. São Paulo: Ed. RT, 2007.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2018.

BRASIL. **Lei 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em 3 jun. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1.267/2020**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F42F2AD1F027048A72874E4EFDA4722F.proposicoesWebExterno2?codteor=1888112&filename=PL+1267/2020. Acesso em: 30 jun. 2020.

CERQUEIRA, Daniel et al. **Atlas da violência 2018**. Brasília: Ipea e FBSP (Fórum Brasileiro de Segurança Pública), 2018. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/7/2018> Acesso em: 05 jun. 2018.

CHAUÍ, M. **Participando do debate sobre mulher e violência**. In: FRANCHETTO, B.; CAVALCANTI, M. L. V. C. & HEILBORN, M. L. (Orgs.). Perspectivas antropológicas da mulher IV. São Paulo: Zahar Editores, 1985.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **COVID-19 e direitos humanos**: os problemas e desafios devem ser abordados a partir de uma perspectiva de direitos humanos e com respeito às obrigações internacionais. San Pedro: Corte interamericana de direitos humanos. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/Declaracao_1_20_PORT.pdf. Acesso em: 30 jun. 2020.

CUNHA, B. M.. **Violência contra a Mulher, Direito e Patriarcado**. In: XVI Jornada de Iniciação Científica de Direito da UFPR, 2014, Curitiba. Anais da XVI Jornada de Iniciação Científica de Direito da UFPR, 2014. v. 1. p. 149-170.

DESLANDES, Suely Ferreira, et.al. A violência contra mulheres, crianças e adolescentes em tempos de pandemia pela COVID-19: panorama, motivações e formas de enfrentamento. In: **Cadernos de Saúde Pública**. v. 36. 2020. Disponível em: <http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/pages/iframe_print.php?aid=1033>. Acesso em: 27 jun. 2020

EVANS, Patrícia. **Como enfrentar a violência verbal.** Rio de Janeiro: Sextante, 2015.

FIBGE (Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), 1991. **Anuário Estatístico do Brasil**. Rio de Janeiro: IBGE.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência doméstica durante a pandemia de COVID-19**. 2020. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf. Acesso em: 27 jun. 2020a.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência doméstica durante a pandemia de COVID-19**. 2020. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf. Acesso em: 27 jun. 2020b.

MACIEL, Maria Angélica Lacerda, *et al.* Violência doméstica (contra a mulher) no brasil em tempos de pandemia (covid-19). In: **Revista Brasileira de Análise do Comportamento**. 2020, vol. 15, nº. 2, 140-146.

OEA. **Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher** – Convenção de Belém do Pará. 1994. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm. Acesso em 2 jun. 2020.

ONU (Organização das Nações Unidas), Conselho Social e Econômico**. Relatório do Trabalho de Grupo na Violência contra a Mulher**. Viena, Nações Unidas, 1992.

ONU (Organização das Nações Unidas). ONU Mulheres. **Gênero e COVID-19 na América Latina e no Caribe**: Dimensões de Gênero na resposta. Viena, Nações Unidas, 2020. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2020/03/ONU-MULHERES-COVID19_LAC.pdf. Acesso em: 30 jun. 2020.

PASINATO, W; LEMOS, A. K. **Lei Maria da Penha e prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher**. In: Ben Hur Viza; Myrian Caldeira Sartori; Valeska Zanello. (Org.). Maria da Penha Vai à Escola:educar para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra as mulheres. 1ed.Brasília: TJDF, 2017, v. 0, p. 11-23. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/acoes_afirmativas/inc_social_mulheres/Diversos_Mulheres/Maria%20da%20Penha%20vai%20a%20Escola_Ebook.pdf> Acesso em: 25 jun. 2020.

RISO, Walter. **Manual para não morrer de amor: saiba como evitar erros que podem arruinar seu relacionamento**. 3ª Ed. São Paulo: Planeta,2017.

SINGHAL, Tanu. A Review of Coronavirus Disease- 2019 (COVID-19). In: **The Indian Journal of Pediatrics.** v. 87, 281-286. doi: 10.1007/s12098-020-03263-6

SILVA, I. M. D., MENEZES, C. C., LOPES, R. D. C. S. **Em busca da cara-metade: motivações para a escolha do cônjuge**. Campinas: Estud. Psicol., 2006; 383-391.

SOARES, Bárbara Musumeci**. Mulheres Invisíveis: vida conjugal e as novas políticas de segurança**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

STAMATEAS, Bernardo**. Paixões tóxicas: Como atravessar as crises e enriquecer a vida a dois**. São Paulo: Editora Academia de Inteligência, 2010.

_____. B. **Emoções tóxicas:** como se livrar dos sentimentos que fazem mal a você. Rio de Janeiro: Julio Silveira, 2010.

VIEIRA, Pâmela Rocha. GARCIA, Leila Posenato. MACIEL, Ethel Leonor Noia. Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela?. In: **Revista Brasileira de Epidemiologia**. 23. ed. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1415-790X2020000100201&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 30 jun. 2020.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015: homicídios de mulheres no Brasil**. Flasco Brasil, agosto de 2015. Disponível em: www.mapadaviolencia.org.br. Acesso em: 01 jun. 2020.

WALKER, Patrick G.T *et.al.* **Report 12: The GlobalImpact of COVID-19and Strategies for Mitigation and Suppression**. Londres, UK: Imperial College COVID-19 Response Team. 2020. Disponível em: <https://spiral.imperial.ac.uk:8443/bitstream/10044/1/77735/10/2020-03-26-COVID19-Report-12.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2020

Wilson, Colin. **Crimes of freedom and their cure**. The 2Oh Century, 1964-65. vol.173, nº. 1.024.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Rolling updates on coronavirus disease (COVID-19)**. 2020a. Disponível em: < https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>. Acesso em: 6 de jul. 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **WHO – Coronavirus Disease (COVID-19) Dashboard**. 2020b. Disponível em: <https://covid19.who.int/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION - WHO. Ad Hoc Committee on Health Research Relating to Future Intervention Options. Investing in health research and development. Geneva: World Health Organization; 1996.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.

www.editorafi.org
contato@editorafi.org