

Os protagonistas da barbárie

O ano de 2017 iniciou-se em meio a um banho de sangue nas prisões. A persistência da ideologia de extermínio e neutralização de indivíduos que permeia a política penitenciária e o sistema de Justiça teve como resultado mais um morticínio, que já deixou um rastro de 133 mortos no ano, apenas até o dia 16 de janeiro, colocando em xeque as frágeis promessas do nosso Estado Democrático de Direito.

Ainda que morte e degradação sejam comuns em nosso sistema prisional, orientado para o encarceramento em massa de classes sociais indesejadas, as rebeliões no Amazonas, em Roraima e no Rio Grande do Norte tiveram o condão de chamar a atenção do grande público para a situação animalca à qual são submetidos os custodiados por todo o Brasil, e cujo resultado elementar é o surgimento e fortalecimento dos comandos prisionais.

Segundo os dados do DEPEN de 2014,⁽¹⁾ entre os anos de 2008 e 2014, a população prisional brasileira cresceu 33%, chegando a mais de 607 mil pessoas e contrariando o movimento de queda em países como EUA (8%), China (9%) e Rússia (24%), a demonstrar que, dentre os países que mais encarceram no mundo, o Brasil é o único que persiste no erro.

No âmbito do Governo Federal, aliás, essa persistência no equívoco transparece no reforço à malfadada política de guerra às drogas, acompanhada de ações e demonstrações do atual Ministro da Justiça,⁽²⁾ no retrocesso da já acanhada política de indulto, por meio do Decreto 8.940/2016, e no desvio de recursos do Fundo Penitenciário Nacional para atividades policiais, por meio da Medida Provisória 755/2016.

Chama a atenção, contudo, que a progressão alucinante do crescimento da população carcerária tenha se demonstrado insensível a diversos movimentos reformadores. Nesse sentido, cita-se a edição da Lei 12.403/2011, que trouxe o novo regramento das medidas cautelares penais e, à época de sua edição, foi taxada como “lei da impunidade” por setores da mídia e do sistema de Justiça. Contudo, o que se verificou, seis anos após sua aprovação, é que a alteração foi praticamente inócua, sendo que a taxa de presos provisórios permaneceu constante, já que a maioria dos juízes continuou a aplicar a prisão provisória indiscriminadamente, negando vigência à lei.

Outro exemplo de movimento reformista que se demonstrou insuficiente foi a concessão, pelo Pleno do STF, da medida cautelar na ADPF 347, que pede a declaração de estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário. A liminar foi parcialmente concedida, para que se determinasse a instalação de audiências de custódia em todas as comarcas (decisão que vem sendo desrespeitada pela maioria dos Tribunais) e o descontingenciamento das verbas do Funpen.

Os demais pedidos liminares da ADPF foram negados, como a determinação para que todos os juízes considerassem a condição degradante do sistema penitenciário na aplicação das penas e julgamento de cautelares e direitos da execução. O STF reforça, assim, a postura da maioria dos juízes criminais, que exercem sua função de forma alienada acerca da realidade prisional e da violação estrutural de direitos ocorrida no cárcere.

A recusa do Judiciário em assumir responsabilidade pelos massacres, aliás, fica clara na fala de seus representantes, como o presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), **Jayme de Oliveira**, que declarou: “*Essa crise diz respeito ao Poder Executivo, à questão dos estados, à gestão dos presídios. E gestão de presídio não é assunto nosso*”.⁽³⁾ O Corregedor Nacional de Justiça (CNJ), ministro **João Otávio de Noronha**, foi igualmente contundente: “*A situação não envolve juízes e sim gestão dos presídios, que é um problema do Executivo e não do Judiciário*”.⁽⁴⁾

Causa espécie que os magistrados se olvidem, ou finjam olvidar-se, que a LEP, em seu art. 66, atribui ao Judiciário a função de zelar pelo correto cumprimento da pena, inspecionar as prisões, promover a regularização destas e, inclusive, interditar unidades. Esquecem-se, ainda, que a marca de cerca de 40% de presos provisórios advém da ineficiência do Poder Judiciário em cumprir os prazos processuais e da violação da Constituição levada a cabo pelo abuso da prisão cautelar.

Diante dessas constatações, aflora a conclusão de que os movimentos reformistas pelo desencarceramento soçobraram pelo fato de que o problema não está apenas na produção legislativa ou no déficit de políticas públicas, mas também na postura dos juízes, imersos em uma cultura classista, ilegalista e autoritária. Alterações legais e medidas político-criminais pouco valem quando os juízes atuam como combatentes de uma suposta guerra contra a criminalidade, sem qualquer limite ou baliza legal.

É urgente que o Poder Judiciário submeta-se aos preceitos e paradigmas democráticos. Não é aceitável que a função jurisdicional se dê sem o mínimo de controle social democrático ou que a administração da Justiça não se submeta à participação popular. Não é admissível que os concursos de seleção de magistrados continuem insensíveis à distorção classista e racial, passando ao largo de discussões sobre cotas e selecionando apenas pessoas cuja vivência se aparta em muito daquela do jurisdicionado. Não é admissível que os juízes não conheçam as prisões e repitam o discurso falso e cínico de que “*isso não é problema do Judiciário*”. Não há espaço, em um Estado Democrático de Direito, para um Poder

| Editorial

Espólio de medo, terror e desesperança
Luís Carlos Valois _____ 2

O restabelecimento do exame criminológico em prol da melhor política criminal de encarceramento
Klelia Canabrava Aleixo
e Flávia Ávila Penido _____ 3

O (des)controle punitivo e a reforma do sistema progressivo de cumprimento de pena
Róbson de Vargas _____ 5

O sistema prisional construído sob a lógica masculina e as violações contra a mulher em situação de cárcere
Fernanda Correa Osorio, Laura Gigante
Albuquerque e Domenique Assis Goulart ____ 6

Da maternidade segregada aos partos desumanizados
Paola Hakenhaar _____ 8

Femicídio, feminicídio e o entendimento dos operadores do Direito brasileiro ao tratar a morte de mulheres em razão do gênero
Shana Schlottfeldt _____ 9

Loucuras e a reforma psiquiátrica no Brasil
Adriana Padua Borghi _____ 12

Desobediência civil: um mecanismo democrático, excepcional e estabilizador de garantias fundamentais em sociedades plurais que a seletividade penal teima em mitigar
Bruno Cavalcante Leitão Santos _____ 13

O assédio sexual na reforma dos crimes sexuais na Alemanha: repensando a escolha brasileira
Beatriz Corrêa Camargo _____ 16

Punir e vigiar ou vigiar para punir? A (in)viabilidade de um cadastro de *sex offenders* no Brasil
Deivid Willian dos Prazeres _____ 17

| Caderno de Jurisprudência

| O DIREITO POR QUEM O FAZ

Tribunal de Justiça do Estado de Roraima _____ 1997

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro _____ 1999

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal _____ 2001

Superior Tribunal de Justiça ____ 2001

Superior Tribunal Militar _____ 2002

Tribunais Regionais Federais _____ 2002

Tribunais de Justiça _____ 2003

irresponsável que, quando confrontado com a danosidade provocada pela sua atuação, aja como um avestruz que enterra a cabeça na areia. Não é possível, ainda, que os demais atores do sistema de Justiça quedem-se inertes ou coniventes. O Ministério Público permanece ineficiente no controle da atividade policial e na fiscalização dos locais de aprisionamento, enquanto mobiliza-se em um “lobby” político pela aprovação de um inoportuno e irresponsável pacote de endurecimento penal – as odiosas “dez medidas de combate à corrupção” –, que, longe de mirarem especificamente o fim da corrupção, pretendem alargar ainda mais as hipóteses de prisão provisória e endurecer as penas, sem considerar a seletividade estrutural do sistema penal e sem qualquer previsão ou estudo acerca de seu impacto na situação prisional.

Assim, diante desse cenário lamentável, enquanto o Poder Judiciário e os demais atores do sistema de justiça escondem-se dos resultados

trágicos de sua própria atuação, aumentam as pilhas de cadáveres de miseráveis, sob o “silêncio sorridente” dos Tribunais.

Notas

- (1) Dados já desatualizados, já que, desde 2014, o Governo Federal não promoveu mais nenhum censo do sistema prisional brasileiro. A ausência de dados confiáveis, aliás, demonstra a desídia com a qual a questão prisional é tratada.
- (2) Vale lembrar que o atual Ministro da Justiça, Alexandre de Moraes, depois de fazer-se filmar cortando pés de maconha no Paraguai, declarou como um de seus objetivos a “erradicação da maconha no Brasil”, expectativa pueril que demonstra desconhecimento quanto aos problemas da política nacional de drogas e que tem o condão de produzir ainda mais mortes e violência institucional pela ação do sistema penal.
- (3) Disponível em: <<http://jota.info/justica/crise-carceraria-e-questao-executivo-diz-amb-17012017>>.
- (4) Disponível em: <<http://jota.info/justica/crise-carceraria-nao-e-questao-judiciario-diz-noronha-16012017>>.

Espólio de medo, terror e desesperança

Luís Carlos Valois

Duas semanas após a chacina das 56 pessoas no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, em Manaus, dormir ainda é difícil, e estas palavras estão sendo escritas de madrugada, no mesmo horário em que tudo aconteceu.

Ao fim deste texto, não haverá referência, pois nenhum estudo ou experiência científica foi ou tem sido capaz de evitar o abalo ocasionado por aquelas horas e imagens de terror.

O que **Foucault** disse sobre o fim dos suplícios, que não se encerraram em virtude de nenhum sentimento humano, mas para não ferir os olhos frágeis do juiz ou da delicada sociedade industrial, tornou-se uma drástica e dura verdade no palco de uma desgraça real.

A prisão não humanizou o Direito Penal, como propagam os manuais acadêmicos. Na prisão tem-se visto todas as mortes, força, fogueira, decapitação, degola, tortura, enfim, todas as mortes da Idade Média, mas estas acontecem, estrategicamente, longe do Fórum, fora da vista sensível do Judiciário.

Os corpos, em Manaus, jogados no chão, decapitados, carbonizados, falavam mais alto do que o filósofo francês. Lembravam os restos de um *progom* nazista, conhecido apenas nos livros, mas com vítimas brasileiras, pobres, negros, condenados, com o odor vivo de sangue misturado ao de carne queimada.

No entanto, o terror não se esgotou com a visão de corpos mutilados, já suficiente para lembrar a fragilidade de todos. A polícia, quando negociava o fim da barbárie, não via reféns nos presos que eram decapitados, mas somente nos funcionários do sistema prisional.

Em nenhum momento das negociações para o fim da rebelião foi cogitado pela polícia encerrar o esartejamento dos presos marcados para morrer, a preocupação era apenas com a proteção dos reféns funcionários. Sob a indagação de por que não entraram para salvar os presos que estavam sendo assassinados, a resposta seca: havia reféns; como se a pessoa que cumpre pena em uma instituição do Estado não fosse efetivamente uma pessoa.

Não há que se esperar muito dos que ficam atrás de grades se as pessoas do ponto de ônibus estão prestes a se juntar e esmagar a cabeça de um ser humano a pedradas

Nem **Horkheimer**, ou qualquer precursor da Teoria Crítica, ao explorar a barbárie do Holocausto, seria capaz de demonstrar melhor a objetivação de seres humanos. A etiqueta de preço estampada na própria palavra *funcionário*, que, comparada com a palavra *preso*, reflete a diferença de valores entre objetos colocados na mesa para descarte, ou consumo.

Definitivamente, a ciência, por mais revolucionária que seja – e a ciência tende sempre a ser conservadora – nunca vai conseguir transmitir o horror da realidade. Nem a dialética negativa adormiana traz consolo para o descaso para com nós mesmos como raça humana.

No meio da rebelião, policiais, advogados, *autoridades* – juiz inclusive –, funcionários correndo de um lado para o outro, no escuro da pouca luz e da sombra formada pela selva ao redor, formavam um quadro nunca descrito por **Kafka**. A comunicação com os presos rebelados era por um rádio, sem qualquer cerimônia: os presos regiam uma orquestra de um musical macabro.

Até a hora de encerrar o motim foi definida pelos próprios presos, sete horas da manhã. Os corpos foram colhidos de dentro da penitenciária e jogados na porta da frente, onde aguardariam o IML, também pelos presos e, para completar o ato, o IML não tinha carros suficientes para transportar tantos corpos.

Várias viagens daqueles camburões pretos foram necessárias para transportar o que há poucas horas eram definidos pelo discurso do direito como reeducandos. Nem com o costumeiro sarcasmo de **Nietzsche**: impossível simbolizar tamanha hipocrisia.

Dez reféns funcionários liberados. A marcha desses reféns no momento em que saíam do cativo, cabeça baixa, semblante de terror, não há como comparar com qualquer literatura: medo, ódio, desconfiança, desesperança.

O que minutos atrás era a rotina de abrir e fechar celas, preencher fichas, carregar algemas, no descaso do ambiente prisional de um estabelecimento superlotado, se transformou em tragédia. A burocratização denunciada por **Hannah Arendt**, para além de levar à banalização do mal, despertava para assistir o mal.

Não há como classificar aquilo de rebelião, pois não havia exigências. Os presos não queriam nada antes da rebelião, melhora da comida, troca de diretor, agilização de processos, como é comum na maioria das rebeliões. A carnificina era o motivo, a revolta era o meio para a carnificina.

A proximidade e até a empatia com a morte sempre bem exploradas por **Cioran** estão longe do luto e da consternação ocasionados pelo quadro daquelas mortes amontoadas. A princípio, algo da nossa própria humanidade parecia morrer, ao menos da nossa capacidade de ver seres humanos naquela monstruosidade.

Contudo, um dia antes da chacina, em Campinas, um pai de família, trabalhador, estacionou o carro, pulou o muro de uma casa e matou doze pessoas, incluindo o seu próprio filho, fato logo banido dos jornais após a rebelião de Manaus. No dia seguinte ao da rebelião, um linchamento na mesma cidade da chacina lembrou o quanto a barbárie tem convivido com todos em meio aberto.

Não há que se esperar muito dos que ficam atrás de grades se as pessoas do ponto de ônibus estão prestes a se juntar e esmagar a cabeça de um ser humano a pedradas. A vacuidade da palavra bandido tem autorizado a morte de qualquer um; o lema *bandido bom é bandido morto* se encaixa em qualquer julgamento precipitado, inclusive no dos presos assassinos, que mataram os *ulgados* mais bandidos entre eles.

De qualquer forma, o medo e o horror generalizados são sempre menores do que o medo e o horror concretos. É sempre possível atribuir a barbárie ao país, ao Estado ou ao bairro vizinho. A civilização é uma apatia anêmica e cega para com a miséria humana.

Se precisasse resumir a minha própria dor, resumiria na cabeça exposta de um preso antigo do sistema penitenciário. Negro, o nome dele era Manuel. Que fim! Quantos pedidos, quantas súplicas ouvi daquele preso! Mas a tristeza para com o sistema não se compara ao sentimento sem nome de ver a cabeça de uma pessoa que nós conhecemos, com a qual falamos, fora do corpo.

Luís Carlos Valois

Juiz de Direito, titular da Vara de Execuções Penais do Amazonas.

Mestre e doutor em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de São Paulo.

Membro da Associação de Juízes para Democracia – AJD.

O restabelecimento do exame criminológico em prol da melhor política criminal de encarceramento

Klelia Canabrava Aleixo e Flávia Ávila Penido

A permanência da Criminologia Positivista e suas tecnologias no sistema penal contemporâneo demonstra a força de sua ideologia e êxito como ciência legitimadora do controle sociopenal.

O exame criminológico é uma de suas mais persistentes heranças. As recorrentes reivindicações por sua manutenção feitas pelos diferentes poderes do Estado indicam para que e a quem serve o referido exame.

Na hipótese em que é utilizado para instruir pedidos de progressão de regime e livramento condicional, consiste em uma perícia que busca aferir a personalidade e periculosidade do preso e prever se ele voltará ou não a delinquir, considerando-o, a partir dessa previsão, inapto ou apto para retornar à vida em sociedade, sem oferecer risco à segurança social.

Satiricamente, o exame criminológico pode ser igualado a uma bola de cristal, mediante a qual, em um exercício de vidência se anteverá se a pessoa presa voltará ou não a delinquir (FREITAS, 2013, p. 28).

Está previsto no art. 34 do Código Penal e no art. 8.º da Lei de Execução Penal, voltados à individualização da execução da pena. Nesse contexto, quando realizado, são analisados os históricos pessoais, criminais, familiares e comportamentais do apenado para traçar um plano supostamente individualizado de cumprimento de pena que, em regra, não será executado, bem como demandará encaminhamentos para serviços quase sempre precários ou indisponíveis.

O exame criminológico estava disposto também na redação original do parágrafo único do art. 112 da Lei de Execução Penal como um requisito facultativo à concessão da progressão de regime.

No entanto, a Lei 10.792/2003 alterou a redação do referido dispositivo legal, deixando de prever a sua exigência.

Não obstante a decisão legislativa de suprimir do texto legal a previsão do exame criminológico, no ano de 2009, em atuação manifestamente ativista, o STF editou a Súmula Vinculante 26, que restabeleceu a possibilidade de determinação do exame criminológico pelo magistrado caso ele entenda ser necessário para a progressão de

regime no cumprimento de pena por crime hediondo ou equiparado. No ano seguinte, o STJ editou a Súmula 439, admitindo-se o exame criminológico em decisão motivada.

Em maio de 2010, o Conselho Federal de Psicologia aprovou a Resolução 09/2010, que vedava aos psicólogos a realização do exame criminológico que tivesse como finalidade subsidiar decisão judicial. Questionava-se a sua validade e as implicações éticas de seu uso. Considerou-se o exame um instrumento frágil e duvidoso para prever a reincidência criminal e subsidiar a decisão do magistrado quanto à manutenção da prisão ou concessão da liberdade do preso.

Diversos psicólogos foram ameaçados de exoneração do cargo e, até mesmo, de prisão, caso se negassem a elaborar o exame criminológico (FREITAS, 2013, p. 22). O Conselho Federal de Psicologia acabou suspendendo a resolução, pelo prazo de seis meses. Em 2011, nova Resolução (12/2011) foi aprovada visando regulamentar a atuação do psicólogo no sistema prisional. Em seu § 1.º proibiu a elaboração de prognóstico criminológico de reincidência, a aferição de periculosidade e o estabelecimento denexo causal a partir do binômio delito-delinquente.

Em 16.04.2015, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública contra o Conselho Federal de Psicologia e o Conselho Regional de Psicologia da 7.ª Região, requerendo a suspensão e a anulação da Resolução 12/2011. Foi julgado procedente o pedido e a resolução foi anulada pelo Tribunal Regional Federal da 4.ª Região.

Encontra-se incluída na pauta da reunião da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania o Projeto de Lei 499, do Senador Lasier Martins (2015), que visa restabelecer na Lei de Execução Penal o exame criminológico como requisito à concessão da progressão de regime. O projeto prevê ainda o aumento dos prazos para a progressão de regime de 1/6 para 2/3 em crime comum e 2/5 para 4/5 em crime hediondo. Na justificativa do projeto, o Senador afirma que:

“Entendemos que, se o nosso sistema penitenciário não atende de forma satisfatória às finalidades de recuperação do criminoso, devemos tentar torná-lo melhor, buscando uma melhor diretriz para a política criminal. Propomos, portanto, a restauração da exigência do exame criminológico e o aumento dos prazos para o preso ter direito à progressão” (MARTINS, 2015).

Ressalta-se que não há qualquer preocupação acerca das consequências advindas dessa alteração no gravíssimo quadro de superlotação carcerária e violação de direitos que será agravado com o aumento do prazo para a progressão de regime. A irônica justificativa de fazer do cárcere um “lugar melhor”, restabelecendo o exame criminológico e o aumento dos prazos para a progressão de regime, é, certamente, “uma melhor diretriz para a política criminal” de encarceramento.

Conforme observado por **Baratta** (2011), a partir de um balanço empírico e realístico, é possível perceber na história que toda tentativa de realizar tarefas de socialização e reinserção social por meio do “modelo carcerário” pode ser considerada inócua, pois o cárcere é contrário a todo processo educativo. Enquanto a educação promove o sentimento de liberdade, autonomia e espontaneidade do indivíduo, o encarceramento produz efeitos negativos sobre a personalidade e atua contrariamente à finalidade educativa (BARATTA, 2011, p. 183-184).

O Senador proponente do projeto de lei parece ignorar as razões de derrogação do parágrafo único do art. 112 da LEP explicitadas pelo Min. Marco Aurélio Mello ao se opor à aprovação da Súmula Vinculante 26:

“Esse texto foi expungido, ou seja, tendo em conta a realidade brasileira, [...] esse exame já se mostrava senão inócua – quanto ao conteúdo de duvidosa propriedade –, inviável, porque oitenta mil presos aguardavam, havendo alcançado tempos para a progressão, o famigerado exame”. (BRASIL, 2009).

Importante também destacar a dramática situação enfrentada pelos setores de classificação das unidades prisionais de nosso país, de conhecimento geral. “Salvo raríssimas exceções, não existem funcionários da administração penitenciária, psicólogos, assistentes sociais e psiquiatras para darem conta da quantidade de exames criminológicos que hoje são pedidos [...]” (ALMEIDA, 2013, p. 26).

O Senador relator do parecer na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, **Ronaldo Caiado**, manifestou-se pela aprovação do projeto de lei, considerando que “estamos convencidos de que a avaliação, tanto por profissionais qualificados, quanto a partir da elaboração do exame criminológico, são meios eficazes para **preservação da ordem pública**.” (CAIADO, 2015, destaque nosso).

O já frágil discurso da preservação da ordem pública aliado à fragilidade do exame criminológico são demonstrados por inúmeros casos concretos em que, embora o exame tenha sido favorável, após a libertação o sujeito voltou a delinquir.

Percebe-se que há um intenso jogo de poder em torno da insistência da manutenção do exame criminológico, sabidamente incapaz para aferição da periculosidade e prognóstico de reincidência. O homem não pode ser objeto de medição. A imprevisibilidade humana é uma de suas mais surpreendentes características. Por tal razão, **Jurandir Freire Costa** nos alerta que qualquer tentativa nesse sentido só pode estar a serviço de uma mascarada cumplicidade com as razões de Estado (COSTA, 1989).

Essa mascarada cumplicidade envolve a questão do controle social. O exame criminológico é um eficaz instrumento de controle sociopenal que permite o prolongamento do encarceramento e a neutralização do indesejável. Trata-se, no mínimo, de um requisito protelatório para a decisão judicial acerca do direito de liberdade do preso.

A suposta cientificidade e precisão do exame criminológico encontra guarida em um perverso sistema de controle social punitivo, que funde o discurso do Direito com o de outros saberes. O exame fornece “argumentos ao julgamento, permitindo aos magistrados ‘boa-

consciência’, caracterizando sua isenção de responsabilidade pelo ato” (CARVALHO, 2007, 163-164). Ele aquietta a consciência dos juízes que, baseados nas supostas verdades apresentadas nele, sustentam suas decisões.

Traslada-se a fundamentação da manutenção ou não da prisão da decisão jurisdicional para o laudo técnico quando o discurso jurídico chega ao seu limite. Não se encontrando justificativas jurídicas para a manutenção da prisão, passa-se “a tarefa para pessoas que vão formular, sobre o crime e sobre os criminosos, um discurso que poderá justificar as medidas em questão” (FOUCAULT, 1998, p. 138-139).

Há, pois, uma estratégia amparada em uma aparente cientificidade ocultando formas de dominação, que conta com a utilização de mecanismos de saber/poder sob a justificativa da proteção dos interesses sociais. Sacrifica-se o direito à autodeterminação do encarcerado por meio de laudos técnicos que “avaliam” a sua adaptabilidade aos padrões sociais cunhados em um falacioso ideal ressocializador da pena.

Conforme observado por **Valdirene Daufemback** (2008), inúmeros fatores presentes na realidade social podem contribuir para a prática do crime. Não é possível defender a existência da periculosidade como a predeterminação do indivíduo ao crime, tampouco a possibilidade de se mensurar essa determinação. Portanto, o exame criminológico não encontra razão para subsistir pela inexistência de seu próprio objeto (DAUFEMBACK, 2008).

Não obstante a inexistência do próprio objeto do exame criminológico, verificada a ineficiência absoluta e estrutural da prisão como mecanismo de ressocialização e como *locus* de violência e violação de direitos, como exigir que o preso esteja apto para retornar à vida em sociedade para que possa alcançar um regime de cumprimento de pena mais brando? Significaria exigir o cumprimento de um requisito sabidamente inalcançável!

O exame criminológico fere os direitos básicos do cidadão ao impedir também a livre formação da personalidade do apenado, que precisa mostrar-se “recuperado”, quando de sua realização, para que alcance um regime de cumprimento de pena mais brando.

Ele é instrumento de controle sociopenal empregado em desrespeito aos direitos fundamentais do apenado que, embora preso, mais uma vez é responsabilizado pela violência intrínseca à sociedade brasileira, que, na ilusão de se proteger, insiste em continuar dando a violência como resposta a ela própria.

Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Felipe Lima. A execução da pena no anteprojeto do Código Penal: uma análise crítica. *Revista Liberdades*, n. 13, maio-ago. 2013.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proposta de Súmula Vinculante 30. *Diário de Justiça Eletrônico*, 26 fev. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_26_PSV_30.pdf>. Acesso em: 19 set. 2016.
- CAIADO, Ronaldo. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 499, de 2015, do Senador Lasier Martins, que altera o art. 112 da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e art. 2.º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, para restabelecer o exame criminológico e aumentar os prazos para progressão de regime. Brasília: Senado, 2015. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122451>>. Acesso em: 9 set. 2016.
- CARVALHO, Salo de. O (novo) papel dos “criminólogos” na execução penal: as alterações estabelecidas pela Lei 10.792/03. In: _____ (Coord.). *Crítica à execução penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 159-173.
- COSTA, Jurandir Freire. *História da psiquiatria no Brasil: um corte ideológico*. Rio de Janeiro: Xenon, 1989.
- DAUFEMBACK, Valdirene. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária: Parecer CNPCP sobre exame criminológico para progressão de regime. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/>

MJ(F1AD3971TEMID2D0D9AD3507E4A849A6385DC6A D105D5PTBRIE.htm>. Acesso em: 22 jan. 2016.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 13. ed. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1998.

FREITAS, Cristiano Rodrigues de et al. *Fragmentos de discurso (não tão amorosos) sobre o exame criminológico*: um livro falado. Rio de Janeiro: Conselho Regional de Psicologia 5.ª Região, 2013.

MARTINS, Lasier. Projeto de Lei do Senado n. 499, de 2015. Altera o art. 112 da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e art. 2.º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, para restabelecer o exame criminológico e aumentar os prazos para progressão de regime. Brasília: Senado, 2015. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=17/07/2015&paginaDireta=00266>>. Acesso em: 9 set. 2016.

Klelia Canabrava Aleixo

Doutora em Políticas Públicas e Formação Humana pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-MG.

Flávia Ávila Penido

Mestre em Direito Processual pela PUC-MG. Professora auxiliar na PUC-MG. Advogada.

O (des)controle punitivo e a reforma do sistema progressivo de cumprimento de pena

Róbson de Vargas

No Brasil a falência da pena de prisão é fato. Há muito já se sabe que o cárcere se tornou uma mola propulsora de reincidência delitiva, perpetuando mazelas e gerando estigmas múltiplos na quase totalidade da população carcerária. O regime progressivo é um meio artificial que não gera efeitos positivos sobre o apenado. Aliás, tamanha é a deficiência das condições penitenciárias, que faz imperar e eternizar efeitos deletérios frutos de uma ressocialização às avessas.⁽¹⁾

Este ambiente carcerário facilmente se traduz em uma ordem social antagonica, já que é marcado pela superlotação, desumanização e reincidência. Assim, condiciona a reprodução de sua clientela, ao passo que exerce o mais alto grau de estigmatização e marginalização de todo o sistema punitivo,⁽²⁾ e é incapaz de desempenhar um papel de reativação pacífica do tecido social.

O relatório do CNJ intitulado *Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil*, de junho de 2014, informa que o déficit de vagas incluindo os regimes fechado, semiaberto e aberto estaria na ordem 210.000 (duzentas e dez mil) vagas, sendo que o regime aberto simplesmente não é adotado por 17 unidades da federação.⁽³⁾ Na prática, é perceptível constatar um abandono por parte do Poder Público em relação aos estabelecimentos que deveriam receber os condenados, cumprindo ao Judiciário, nesses casos, decidir pela execução via monitoramento eletrônico (na falta de colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar) ou pela prisão domiciliar (na falta de casa de albergado ou estabelecimento adequado).

Diante desse grave cenário, a falta de maiores investimentos faz agonizar os regimes formadores do sistema progressivo de cumprimento de pena. Todavia, como historicamente não se prescindiu do regime fechado, já que a cultura do encarceramento reforça o sentido da prisão como um mal necessário,⁽⁴⁾ a atenção acaba se concentrando em gerenciar o (des)controle punitivo de quem está submetido aos regimes semiaberto e aberto, apontados constantemente como responsáveis pela falta de efetividade das punições e pela sensação de impunidade gerada na sociedade.

Exemplo disso é o Projeto de Lei 3.174/2015, em trâmite no Congresso Nacional, que visa alterar o Código Penal e a Lei de Execuções Penais, dispondo, entre outros pontos, sobre o fim do regime semiaberto e a alteração de 1/6 para 2/3 do tempo de cumprimento

de pena para fins de progressão de regime. Parece não haver dúvidas de que, a prosperar esta ideia, valoriza-se sobremaneira um maior tempo de cumprimento de pena no regime fechado (o que já seria uma excrescência da punição), apostando-se ainda mais na prisão como forma de combate da criminalidade e conseqüente controle social.

É importante observarmos o contínuo aprimoramento do processo de execução penal, garantindo-se que ao lado do viés retributivo seja potencializada a real necessidade e suficiência da segregação. Porém, a reinserção gradual de apenados na sociedade só será viabilizada se o Poder Público conseguir proporcionar e fortalecer esses mecanismos de reinserção social. Do contrário, ao se realçar uma política de aumento de pena no regime fechado, ao argumento de que no semiaberto “não se pune” ou porque não há estabelecimentos suficientes, teremos uma corrida pela construção de novas penitenciárias e um aumento cada vez maior no número de encarcerados, em uma demonstração clara de que o sistema punitivo está cada vez mais atrofiado.

Recentemente, o STF, ao enfrentar o tema da falta de vagas no sistema penitenciário brasileiro, decidiu que deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto.⁽⁵⁾

Muito embora tais expedientes busquem evitar a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso quando comprovada a falta de estabelecimento penal adequado, não podemos negligenciar que o processo de execução penal precisa proporcionar uma interação entre o condenado e a sociedade, uma vez que o objetivo racional da pena somente será atingido quando presente algum nível de ressocialização.⁽⁶⁾

Desse modo, mostra-se imprescindível o enfrentamento dos inúmeros problemas penitenciários, mas sempre na perspectiva de tornar a execução penal um sistema que tutele os direitos fundamentais e que, por consequência, não anule a dignidade da pessoa humana. E nessa complexa tarefa, qualquer tentativa de reforma na execução penal precisa, antes de qualquer coisa, considerar a necessidade de se desenvolver ações que criem oportunidades de reintegrar o condenado de volta à sociedade, a modelo do que propõe o Projeto Começar de Novo, criado pela Resolução 96/2009 do CNJ. Trata-se

de uma iniciativa de promover ações de reinserção social de presos, de egressos do sistema carcerário e de cumpridores de medidas e penas alternativas. Notamos que a preocupação vai além de tentar remediar a falta de vagas no sistema penitenciário, já que se busca viabilizar a inserção produtiva dos egressos e a redução das taxas de reincidência.

Somente uma sociedade e um Estado que tenham clara consciência da responsabilidade que lhes cabe no combate da criminalidade, e que estejam dispostos a vencê-la com todos os seus meios de assistência, de correção e de reeducação, serão dignos de alcançar a solução desse grave problema. E não importa se o faz com ou sem o Direito Penal.⁽⁷⁾

Notas

- (1) LEAL, César Barros. *Prisão: crepúsculo de uma era*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 58.
- (2) KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Rio de Janeiro: Revan, 1993. p. 184.
- (3) BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Novo diagnóstico de pessoas presas no*

Brasil. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2016.

- (4) BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 505.
- (5) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário 641320. Rel. Min. Gilmar Mendes – j. 11.05.2016 – public. 01.08.2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4076171>>. Acesso em: 15 ago. 2016.
- (6) DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 143.
- (7) NOVOA MONREAL, Eduardo. *La evolución del derecho penal em el presente siglo*. Caracas: Juridica Venezolana, 1977. p. 74-75.

Róbson de Vargas

Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS.

Professor na área de Direito Público
no Centro Universitário Estácio de SC.

Advogado.

O sistema prisional construído sob a lógica masculina e as violações contra a mulher em situação de cárcere

*Fernanda Correa Osorio, Laura Gigante Albuquerque
e Dominique Assis Goulart*

O histórico de evolução das formas punitivas, em uma visão ocidental, tendo elas cunho estatal ou privado, sempre foi preordenado e estudado a partir da lógica da transgressão masculina. Considerando que a socialização feminina apresenta caráter cerceador e docilizador, as transgressões às normas legais cometidas por mulheres representam número inexpressivo em relação às cometidas pela parcela masculina. Quando era considerada inimputável devido à própria condição do sexo feminino (*infirmas sexus, imbecillitas sexus, fragilitas sexus*),⁽¹⁾ a mulher que violava a lei era enviada a casas de correção, cujo encargo era dado à Igreja Católica. Somente em meados do século XX, com o avanço da atuação feminina em todos os âmbitos da vida em sociedade – inclusive na maior participação em atos considerados como crimes –, o poder estatal começa a intervir na execução da pena das mulheres desviantes.

Seja nas antigas casas de correção, nas vigentes unidades de cumprimento de medida socioeducativa para adolescentes ou nas penitenciárias mistas ou femininas brasileiras, as mulheres sempre foram duplamente punidas e culpabilizadas. Além de estar transgredindo uma norma penal – elaborada majoritariamente por homens –, a mulher também se encontra violando o lugar dedicado a ela na sociedade, deturpando o papel de passividade, aliado ao mito do instinto materno⁽²⁾ e da esperada performance de feminilidade.⁽³⁾ Ou seja, a carga social e cultural desta pena busca, sob o pretexto ressocializador e através do *slogan* da recuperação, a purgação dos pecados cometidos, recaindo sob a mulher não apenas de forma a sancioná-la e apontá-la como criminosa, mas também de modo a rotulá-la como *fracassada*, como *má mãe*, como *puta*.

Imperioso enfatizar que o caráter moralizante que carrega a pena imposta às mulheres dialoga muito com a denegação de direitos fundamentais e autonomias básicas, tal qual o desrespeito à sua sexualidade, a falta de infraestrutura necessária para questões conexas à gestação e à maternidade, a invisibilização das necessidades femininas

e a insalubridade a que são submetidas no âmbito do cárcere. Há não somente maior dificuldade de acesso à justiça, mas também suas particularidades e especificidades restam ignoradas, em virtude da lógica masculina sob a qual o sistema carcerário foi construído.

Um exemplo evidente à moralidade imposta às mulheres pode ser vislumbrado no instituto da visita íntima. Enquanto para homens a visita íntima é permitida desde 1984 pela Lei de Execuções Penais (art. 41, X), para as mulheres foi implementada apenas em 1999, momento em foi regulamentada pelo Programa de Visita Íntima para Mulheres Presas, através da Resolução 1/99 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. A partir dessa previsão, as penitenciárias femininas e mistas tiveram, ao menos formalmente, que se adaptar, passando a ter a obrigação de dispor de local apropriado e seguro para tal finalidade.

Entretanto, como reflexo da cultura patriarcal reguladora da sexualidade feminina, na maioria dos estabelecimentos prisionais a autorização para que as mulheres possam efetivamente receber visitas íntimas necessita de preliminar participação em curso de orientação sobre controle de natalidade e prevenção de doenças sexualmente transmissíveis, o que não é requerido ou sequer previsto para homens em mesma situação. Ainda que importante a disponibilização de serviços preventivos e de atenção à saúde, mostra-se desigual o tratamento de *imposição* de tais procedimentos apenas às mulheres, renegando mais uma vez a sua autonomia e livre disposição.

As visitas íntimas representam não apenas um direito consolidado para exercício de uma necessidade natural, mas também a concretização de um resgate da privacidade de mulheres apenadas. Mais uma vez, a desigualdade de tratamento de homens e mulheres pode ser observada em relação ao respeito à privacidade e à autonomia. Quando se versa acerca do tratamento imposto aos homens apenados, o que se vislumbra

é um maior controle objetivo sobre os corpos, havendo maiores sanções neste âmbito. Já em relação à pena feminina, o controle é muito mais subjetivo, havendo maior intervenção de caráter psicoemocional, ferindo a autonomia e o direito à privacidade e liberdade sexual.

Outrossim, em relação às necessidades ligadas à gestação e à maternidade, pode-se constatar que o Estado também se revela omissivo e negligente perante as mulheres presas. O § 2º do art. 83 da Lei de Execuções Penais determina que “os estabelecimentos penais destinados as mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam amamentar os seus filhos”. Entretanto, a realidade do cárcere brasileiro é outra.

Segundo o Relatório Infopen Mulheres, realizado em junho de 2014, pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, considerando o universo de 37.380 mulheres em situação de cárcere – em unidades femininas e mistas –, somente em 34% das unidades femininas existe cela ou dormitório adequado para gestantes. Em unidades mistas este número cai para 6%. Em relação à existência de berçário e/ou centro de referência, o Relatório demonstra que, em unidades femininas, apenas 32% apresentam essa estrutura, enquanto em unidades mistas, apenas 3%. Quanto à existência de creches, verificou-se apenas em 5% das unidades femininas e, em unidades mistas, 89% delas não apresentam a estrutura e 11% não forneceram informações sobre este quesito.

O Brasil, mesmo sendo signatário de diversos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, direitos de reprodução e direitos de mulheres presas, permanece inerte diante das violências de gênero às quais são submetidas as mulheres em situação de cárcere. Pode-se ainda apontar que, para além das questões estruturais e socioculturais, contribuem para o abandono da mulher que se encontra em situação de cárcere os seguintes fatores: a burocracia desnecessária e desigual que engloba a visita íntima; a falta de infraestrutura quanto à maternidade; os aspectos inerentes às condições da visita, com realizações de revistas vexatórias; a não observação da necessária proximidade da residência e do local de cumprimento de pena; a negligência do Estado com a prole da mulher presa, cujos cuidados ficam incertos com o afastamento abrupto da mãe; entre outros fatores que criam uma situação ainda maior de violência em relação à mulher encarcerada.

Quanto ao descuidado tratamento dado à mulher condenada, há frontal violação do Princípio Constitucional da Intranscendência da Pena (art. 5º, XLV, da CF), vez que, devido à posição central familiar que é assumida por diversas mulheres que são apenadas, ao afastar a mulher do âmbito familiar, este se esfacela. Segundo o Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial sobre a Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino: 20% das crianças ficam sob a guarda dos pais quando a mãe é presa, enquanto quase 90% dos filhos de presos homens permanecem sob os cuidados da mãe.

Formas práticas de solução para essas problemáticas são dispostas nas Regras de Bangkok, Regras Mínimas para Mulheres Presas. Este tratado internacional, instituído em 2010 pela Organização das Nações Unidas, foi fomentado a partir da violência de gênero estatal perpetrada contra as mulheres em situação de cárcere. A partir dele, os Estados-membros, entre eles o Brasil,⁽⁴⁾ reconhecem “a necessidade de estabelecer regras de alcance mundial em relação a considerações específicas que deveriam ser aplicadas a mulheres presas e infratoras”. Tais regras preveem diversos métodos concretos de efetivar garantias às mulheres privadas de liberdade.

Como possível e principal solução para o esfacelamento familiar e o abandono da mulher presa, cita-se a Regra n. 2 do referido tratado, a qual dispõe taxativamente que, devido à vulnerabilidade gerada pelo afastamento da mulher do seio familiar, ela poderá se reunir com seus familiares e que, “antes ou no momento de seu ingresso, deverá ser permitido às mulheres responsáveis pela guarda de crianças tomar as providências necessárias em relação a elas, incluindo a possibilidade de suspender por um período razoável a detenção, levando em consideração o melhor interesse das crianças”.

De fato, o sistema carcerário foi idealizado e construído sobre um prisma masculino, bem como dedicado para homens que infringissem a norma penal. Apesar do brusco aumento da população carcerária feminina em 567,4%, de 2000 a 2014,⁽⁵⁾ permanecem invisibilizadas e negligenciadas as necessidades femininas, tanto sob a ótica estrutural e administrativa, como já exposto, quanto em questões básicas do cuidado da saúde feminina, como a não disponibilização de absorventes e artigos de higiene íntima e a falta de ginecologistas e obstetras.

O cárcere, por si só, já configura um ambiente opressor e despersonalizador que submete o sujeito a um processo de “mortificação do eu” suprimindo sua “concepção de si mesmo”.⁽⁶⁾ No que tange às mulheres nesta condição, contudo, a opressão se agrava ainda mais. Conforme procuramos demonstrar, são inúmeras as violações decorrentes da inexistência de estrutura especializada para atender às necessidades da mulher em situação de cárcere. É necessário que o Estado atente para as especificidades decorrentes do gênero, rompendo com a lógica de invisibilização da mulher encarcerada e a reprodução, ainda mais brutal, do machismo presente em nossa sociedade.

Notas

- (1) FRANÇA, Marlene. Criminalidade e prisão feminina: uma análise da questão de gênero. *Revista Ártemis*, v. 18, n. 1, p. 212-227, jul.-dez. 2014.
- (2) Nesse sentido, conferir: BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.
- (3) Nesse sentido, conferir: ALIMENA, Carla Marrone. *A tentativa do (im)possível: feminismo e criminologias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.165-170.
- (4) Embora o Brasil seja signatário das Regras de Bangkok, não houve até o presente momento a internalização do tratado no ordenamento jurídico interno, ou seja, a sua ratificação por meio de Decreto-lei. Nada obstante, as regras já podem servir como diretrizes para um tratamento que respeite a dignidade da mulher em situação de cárcere, conforme se verificou no julgamento do HC 126.107, no voto do então Min. Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski.
- (5) Dados: Relatório Infopen Mulheres, jun. 2014. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça.
- (6) GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. de Dante Moreira Leite. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

Fernanda Correa Osorio

Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).
Professora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).
Advogada.

Laura Gigante Albuquerque

Especializanda em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).
Advogada voluntária no Grupo Interdisciplinar de Trabalho e Assessoria para Mulheres – GRITAM, do Serviço de Assessoria Jurídica Universitária (SAJU/UFRGS).
Advogada.

Domenique Assis Goulart

Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).
Estagiária de Direito na 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS).
Assessora Jurídica voluntária no Grupo Interdisciplinar de Trabalho e Assessoria para Mulheres – GRITAM, do Serviço de Assessoria Jurídica Universitária (SAJU/UFRGS).

Da maternidade segregada aos partos desumanizados

Paola Hakenhaar

Diante do espetáculo dantesco dos cárceres brasileiros, amplamente denunciado e discutido pelas vozes da criminologia crítica, há uma cena que compõe o enredo genocida do aprisionamento massivo que precisa de mais espaço de discussão, de vozes que gritem mais alto e lutem pela mudança de um dos acontecimentos mais indignos da realidade prisional brasileira: a condição desumana experimentada pelas mulheres gestantes e parturientes em situação de cárcere.

O que se pretende com este texto é reavivar o debate sobre o tema e com isso conquistar olhares sensíveis de quem possa abraçar a causa e lutar por mudanças, bem como de quem possa implementar as mudanças urgentes nessa triste e degradante realidade.

No final de 2015 foi publicado o primeiro relatório nacional sobre a população penitenciária feminina do país, a qual apresentou crescimento de 567,4% entre 2000 e 2014, enquanto a dos homens, no mesmo período, teve aumento de 220,20%.⁽¹⁾

O relatório Infopen Mulheres é baseado nos dados do último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) e contém dados de 1.424 unidades prisionais em todo o sistema penitenciário estadual e federal relativos ao mês de junho de 2014.

A pesquisa traça um perfil da população feminina presa no Brasil e mostra que cerca de 50% têm entre 18 a 29 anos. Metade da população carcerária feminina brasileira é muito jovem e duas em cada três presas são negras.

Segundo o relatório, é possível afirmar que em geral as mulheres em situação de cárcere têm filhos, são as responsáveis pelo sustento da família, possuem baixa escolaridade, são oriundas de extratos sociais desfavorecidos economicamente e exerciam atividades de trabalho informal em período anterior ao aprisionamento.

Portanto, em uma perspectiva geral, está se falando de mulheres jovens, negras, pobres e mães. Muito embora o conjunto dessas características esteja condenado à invisibilidade pela sociedade brasileira, de todas as demandas peculiares e necessidades específicas dessas mulheres, será abordado e ressaltado neste texto a situação de gestação e maternidade das mulheres encarceradas.

A primeira necessidade específica dessas mulheres é estrutural. A elas deve ser garantida uma acomodação adequada, que permita o cumprimento da pena privativa de liberdade sem afetar a sua situação especial de mãe, gestante e parturiente.

A Lei de Execução Penal (LEP) estabelece que a condenada será alojada em cela individual, que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório, com salubridade adequada à existência humana e área mínima de seis metros quadrados. Para a condenada gestante e parturiente, além da cela com essas características, é assegurado pela LEP que sejam alojadas em uma seção para gestante e parturiente, com creche para abrigar as crianças maiores de 6 meses e menores de 7 anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável esteja presa.

A creche deve oferecer atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional, em unidades autônomas e em horário que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável.

Não se duvida o quão difícil é o exercício digno da maternidade nessas condições, mas se observa que o objetivo da LEP é garantir à mãe, gestante e parturiente encarcerada o mínimo para um exercício timidamente digno da maternidade nas condições do cárcere. Não são as

condições ideais de uma maternidade digna, mas são garantias mínimas para o exercício de uma maternidade segregada.

Os dados sobre a infraestrutura dos estabelecimentos prisionais femininos apontados pelo relatório Infopen Mulheres são desesperadores. Apenas 34% dos estabelecimentos femininos dispõem de cela ou dormitório adequado para gestantes. Nos estabelecimentos mistos, apenas 6% das unidades dispõem de espaço específico para a custódia de gestantes. Quanto à existência de berçário ou centro de referência materno-infantil, 32% das unidades femininas dispõem do espaço, enquanto apenas 3% das unidades mistas o contemplam. Apenas 5% das unidades femininas dispõem de creche, não sendo registrada nenhuma creche instalada em unidades mistas.

A realidade desvelada em números demonstra o total desrespeito às garantias constitucionais e ao que dispõe a Lei de Execução Penal, bem como às dezenas de normativos internacionais sobre o assunto.

Para ilustrar o cenário de desrespeito total a garantias mínimas de dignidade das gestantes e parturientes em situação de cárcere, há o caso da Elisângela Pereira da Silva, que foi algemada pela perna e pelo braço à cama, logo após o parto, na Santa Casa, em São Paulo, no início de 2012. Após este episódio divulgado pela mídia, diversas denúncias foram relatadas de que no mesmo local, nos procedimentos pré e pós parto, as detentas costumavam ser algemadas. Por isso, em 1.º de junho de 2012, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) publicou a Resolução 3, proibindo a utilização de algemas ou outros meios de contenção em presas parturientes, definitivas ou provisórias, no momento em que se encontrem em intervenção cirúrgica para realizar o parto ou que estejam em trabalho de parto natural, e no período de repouso subsequente ao parto. O caso da Elisângela ilustra uma das cenas desumanas que motivou um posicionamento das autoridades, mas não virou a página desse enredo hostil.

Em outubro de 2015, na Penitenciária Feminina Talavera Bruce (RJ), Barbara Oliveira de Souza, em estágio avançado de sua gestação, foi recolhida à solitária e neste local realizou o próprio parto, mesmo depois de gritar e pedir por ajuda. Após ter o seu bebê sozinha na cela, foi encaminhada ao hospital, mas quando retornou ao cárcere foi colocada novamente no isolamento - e o seu bebê, em um abrigo municipal.

São inúmeros os episódios de indignidade e de ofensa às mínimas garantias das mulheres mães, gestantes e parturientes em situação de cárcere, mas esses episódios não ocupam o mesmo espaço de discussão e de interesse político que outros episódios que ocorrem no ambiente prisional, tão importantes quanto. Há uma peculiaridade no problema em questão, que é a vida e o futuro de alguém que está nascendo, nasceu ou que está crescendo nesse ambiente violento e difusor de desequilíbrios emocionais. A atenção deveria ser maior e mais sensível. As mudanças deveriam ser reclamadas com mais compromisso e responsabilidade. A maternidade segregada aniquila a esperança de um futuro de liberdades.

Em uma época em que se propaga a humanização do parto e a expressividade do empoderamento feminino experimentado pela mulher no momento do parto, no qual é protagonista do amor e da vida por parir o seu filho, refletir sobre o que Barbara passou provoca uma sensação de total ruptura com o mínimo essencial que torna a vida humana possível em sociedade, pois a solidão de Barbara naquele momento deve ter sido uma das piores experiências de desumanidade que uma pessoa pode vivenciar. O pior, esta experiência somente uma mulher pode experimentar. Portanto, talvez por isso a falta de acolhida nos espaços de discussões e agendas políticas.

Há caminhos de mudanças já construídos pela lei, por normativos internacionais, mas esses caminhos precisam ser desbravados e corajosamente percorridos.

Nota

(1) DEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – *Infopen Mulheres*, jun. 2014.

Paola Hakenhaar

Especialista em Direito Penal e Processual Penal Empresarial pelo Centro Universitário - Católica de Santa Catarina. Professora de Processo Penal na Faculdade Cenecista de Joinville – CNEC. Professora de Processo Penal e Criminologia na Faculdade Guilherme Guimbalá – ACE.

Femicídio, feminicídio e o entendimento dos operadores do Direito brasileiro ao tratar a morte de mulheres em razão do gênero

Shana Schlottfeldt

A violência contra a mulher não é algo novo. Tem raízes nas desigualdades de gênero, fundadas no machismo e patriarcalismo que criaram um sistema de sujeição, subordinação e dominação da mulher, capaz de considerar natural a desigualdade produzida socioculturalmente (MELLO, 2016, p. 97). Novidade é a judicialização do problema, seja pela elaboração de leis, seja pelo estabelecimento de meios pelos quais a estrutura policial e/ou jurídica possa ser acionada para proteger vítimas e/ou punir agressores (WAISELFISZ, 2015, p. 7).

Há dez anos, foi sancionada a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher; e há um ano, foi sancionada a Lei 13.104/2015 (Lei do Feminicídio), que previu o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio e incluiu-o no rol dos crimes hediondos.

Mas o que vem a ser feminicídio? E qual tem sido o entendimento dos operadores do Direito no que diz respeito a ele?

Antes de qualquer coisa, cumpre tecer algumas considerações a respeito dos termos *femicídio* e *feminicídio*.

A expressão *femicide* (do inglês) foi usada pela primeira vez em 1976, no Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, em Bruxelas, pela socióloga **Diana Russell**, significando a morte intencional de mulheres, por homens, em razão de serem mulheres (motivadas por razão do gênero). O vocábulo foi proposto como uma alternativa ao termo neutro homicídio – que contribuiria para manter invisível a realidade de desigualdade, opressão e violência sistemática contra a mulher (ONU MULHERES; SPM; SENASP, 2016, p. 20). Segundo **Russell**, a definição de um nome que significa a “morte de mulheres” é um passo importante na evidenciação dessa forma de violência, uma vez que poder nomear um crime provê meios de se problematizar a questão, o que comumente precede o enfrentamento do tema (RADFORD; RUSSELL, 1992, p. XIV).

Há um grande debate em torno do termo a ser adotado, se *femicídio* ou *feminicídio*, o que tem gerado grande discussão entre feministas da América do Norte e da América Latina. **Russell** propõe “*femicídio*”, por considerá-lo um termo unificado (tradução direta da palavra *femicide*); além disso, manifesta aversão ao vocábulo “*feminicídio*”, por julgá-lo assemelhado ao conceito opressivo de “*feminilidade*”. Por outro lado, há uma corrente, da qual faz parte a socióloga **Julia Monárrez**, que sustenta que a palavra adequada seria *feminicídio*, dado que as duas raízes latinas da palavra são *femina* (mulher) e *caedo, caesun* (matar), de maneira que

a morte de uma mulher seria *feminicidium*, de onde se chegaria à palavra *feminicídio*. Por fim, na opinião da antropóloga **Marcela Lagarde**, a palavra proposta por **Radford** e **Russell** (*femicide*) perderia força ao ser traduzida para o espanhol (e, em nosso caso, para o português), sugerindo o uso da palavra *feminicídio* (MELLO, 2016, p. 20-24).

No Brasil, a escolha da nomenclatura se deu pelo legislador, que optou pelo termo *feminicídio*.

A partir de uma perspectiva jurídico-penal, *femicídio* corresponderia à morte de uma mulher, não necessariamente relacionada à condição do sexo feminino (BIANCHINI; GOMES, 2015). Englobaria todas as mortes evitáveis de mulheres – violentas ou não, criminais ou não –, e.g., a morte de uma mulher por bala perdida (violência urbana); como fruto de uma esterilização forçada; em decorrência de partos e abortos inseguros (LAURENZO-COPELLO, 2012, p. 125-126). Assim, um traço do termo *femicídio* é a ligação que ele faz entre as diversas formas de violência contra as mulheres, de sorte que, se uma delas termina em morte, constitui um *femicídio* (MELLO, 2016, p. 28).

Uma definição de *feminicídio* adequada e útil para a análise jurídico-penal brasileira seria “*o assassinato de mulheres baseado no gênero, incluindo não apenas o assassinato por parceiros íntimos, mas também a morte intencional por parceiros não íntimos, que tenha sido motivado em razão de gênero*” (MELLO, 2016, p. 33).⁽¹⁾

A lei dispõe que houve *feminicídio* quando a morte resulta de violência doméstica e familiar, ou quando evidencia menosprezo ou discriminação à condição de mulher, caracterizando crime por razões de condição do sexo feminino (art. 121, § 2º, VI; § 2º-A, I e II, do Decreto-lei 2.848/1940 – Código Penal (CP), redação dada pela Lei 13.104/2015).

Entre os principais obstáculos para análise do *feminicídio* encontra-se a ausência de dados estatísticos confiáveis e comparáveis sobre o assunto em todos os Poderes constituídos e em todas as esferas de governo (SENADO, 2013, p. 9). Há dificuldade no acesso e compreensão das estatísticas oficiais, em especial as produzidas no âmbito da segurança pública; disparidade dos dados apresentados pelos serviços de segurança e justiça e aqueles apresentados pelos serviços de saúde, decorrentes das diferenças entre as unidades de registro oficial e sua finalidade (CERQUEIRA et al., 2015, p. 9; MELLO, 2016, p. 125; WAISELFISZ, 2015, p. 8 e 67).

Quando se fala em homicídio, a desproporção entre as taxas de

vitimização de homens e mulheres é irrefutável: no Brasil, no período de 2000 a 2011, a taxa de mortes de mulheres foi de 4-5 por 100 mil mulheres,⁽²⁾ ao passo que de homens foi da ordem de mais de 50 por 100 mil homens (CERQUEIRA et al., 2015, p. 16-17). Diante desse quadro, as mortes de mulheres permanecem encobertas por sua pequena expressão numérica e, conseqüentemente, seu pequeno impacto nas políticas públicas.

Em 2013, o número de mortes de mulheres, no Brasil, por causas violentas foi de 4.762, representando 13 homicídios femininos diários. Do total de mortes de mulheres registradas, 50,3% foram perpetradas por um familiar da vítima; sendo que 33,2% dos homicidas eram parceiros ou ex-parceiros da vítima (feminicídio íntimo) (WAISELFISZ, 2015, p. 70).

O meio ou forma com que foi praticada a agressão contra as mulheres – estrangulamento/sufocação (uso das mãos, cinto, fio elétrico), arma cortante/penetrante (faca, peixeira, canivete, garrafa de vidro), objeto contundente (martelo, pedra, cabo de vassoura, botas, vara de pescar), espancamento, empalamento, desfiguração – demonstra maior presença de crimes de ódio ou por motivos fúteis/banais, muitas vezes com imposição de sofrimento às vítimas previamente à execução (SRJ, 2015, p. 39; WAISELFISZ, 2015, p. 39).

Ainda que longe do ideal, os dados disponíveis permitem inferir que a violência doméstica e familiar é central para a caracterização do feminicídio, no qual a morte é, frequentemente, o epílogo de histórias marcadas por um contínuo de violência (ONU MULHERES; SPM; SENASP, 2016, p. 21; SRJ, 2015, p. 11; SENADO, 2013, p. 1.003).

As Diretrizes Nacionais para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres explicitam as motivações embasadas em gênero que podem estar por trás de episódios violentos: inconformismo com o término do relacionamento; sentimento de posse sobre a mulher; controle sobre seu corpo, desejo e autonomia; limitação da sua emancipação profissional, econômica, social ou intelectual; tratamento da mulher como objeto sexual; e manifestações de desprezo e ódio pela mulher e por sua condição de gênero (ONU MULHERES; SPM; SENASP, 2016, p. 43).

Também chamam a atenção as falhas e dificuldades na investigação de mortes violentas de mulheres: a persistência de preconceitos e estereótipos na prática dos operadores judiciais; a demora no início das investigações; a inatividade dos expedientes; as negligências e irregularidades na coleta e prática das provas, bem como na identificação das vítimas e responsáveis; a insuficiente participação dos representantes das vítimas (MELLO, 2016, p. 131).

Pesquisa efetuada pelo Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS, 2013, p. 175-183), sobre o homicídio de mulheres no Distrito Federal entre os anos de 2006 e 2011, apontou os seguintes achados:⁽³⁾ em 45% dos casos, as mulheres foram mortas com violência doméstica ou familiar; em 96% dos casos de violência doméstica ou familiar, a mulher foi morta por seu companheiro ou ex-companheiro; a agravante de violência contra a mulher (art. 61, II, *f*, do CP) só foi mencionada por qualquer um dos atores do processo em 31% dos processos e só constou de 22% das condenações. Três qualificadoras foram observadas: motivo torpe (art. 121, § 2º, I, do CP); motivo fútil (art. 121, § 2º, II, do CP) e dificuldade de defesa da vítima (art. 121, § 2º, IV, do CP). A maioria dos réus foi condenada por homicídio duplamente qualificado com base no art. 121, § 2º, II e IV. Em poucos casos os magistrados reconheceram a agravante de violência contra a mulher e a aplicação da Lei Maria da Penha. Em 86% dos casos houve condenação do réu por homicídio doloso. As penas aplicadas situaram-se entre 22 anos e oito meses e 7 anos, com pena média de 15 anos de reclusão. Conforme Belloque (2015), o estudo mostra que se trata de uma área do sistema de justiça criminal em que “não há impunidade e as penas já costumam ser altas”.

Estudo qualitativo⁽⁴⁾ de processos judiciais relativos a crimes de homicídio tentado e consumado de mulheres realizado pela Secretaria de Reforma do Judiciário (SRJ, 2015, p. 38-63) mostrou a recorrência e a relevância de elementos factuais no feminicídio, bem como o tratamento judicial que lhe é conferido.

O estudo mostrou que as narrativas produzidas no sistema de justiça criminal tendem a acentuar os estereótipos dos papéis que homens e mulheres desempenham na sociedade, reafirmando discursos de culpabilização da vítima. Associado a isso, apontou que os atores do sistema de justiça têm dificuldade em enxergar a violência doméstica como estruturante das relações sociais, explicando o conflito a partir de uma lógica individual e tradicional, em que a violência final contra a mulher é episódica. A legítima defesa da honra não foi utilizada expressamente, mas a lógica dessa argumentação esteve presente. Os representantes do Ministério Público foram os atores que apresentaram teses mais situadas em um contexto de gênero; já o discurso dos(as) magistrados(as) tendeu a não considerar a variável da violência de gênero no momento da dosimetria.

Quanto ao processamento dos casos pelo Tribunal do Júri, para os homicídios consumados, houve quatro formas de enquadramento: (1º) ausência do dolo de matar, com pedido de absolvição do réu; (2º) conduta multiquificada, com pedido de condenação do réu a uma pena de longa duração; (3º) entre os dois extremos, a caracterização da conduta como homicídio privilegiado, com diminuição da pena (art. 121, § 1º, do CP); ou (4º) homicídio simples (art. 121, *caput*, do CP). Mas os fatos entendidos como feminicídios íntimos foram enquadrados, desde a denúncia até a sentença de mérito, majoritariamente como homicídios qualificados, tentados ou consumados. As qualificadoras foram: motivo torpe (art. 121, § 2º, I, do CP); motivo fútil (art. 121, § 2º, II, do CP) (segunda mais frequente); meio cruel (art. 121, § 2º, III, do CP) e dificuldade de defesa da vítima (art. 121, § 2º, IV, do CP) (qualificadora mais frequente). Em cerca de um terço dos casos a sentença condenatória trazia mais de uma qualificadora (geralmente uma combinação dos incisos II e IV). Houve condenação em 79% dos casos de homicídio. As maiores penas aplicadas (26%) estiveram compreendidas entre 32 anos e oito meses e 22 anos de reclusão. Ainda sobre os homicídios qualificados consumados, em 53% dos processos houve condenação em primeira instância a penas de prisão no intervalo de 12 a 20 anos de reclusão. Quando houve interposição de recurso para rever a pena, a tendência foi de manutenção do *quantum* definido em primeira instância. As manifestações dos Tribunais de Justiça em geral demonstraram pouca permeabilidade à discussão sobre violência de gênero, embora se tenha verificado uma tendência à expansão da aplicação da Lei Maria da Penha.

Mas o que dizer diante do fato, acima apontado, de o recorte do feminicídio ser uma área do sistema de justiça criminal em que se verifica condenação e no qual as penas já costumavam ser altas antes mesmo da Lei do Feminicídio?

Quanto a isso, destacam-se três aspectos fundamentais:

Primeiro, conforme apontado por Mello (2016, p. 140), um dos pontos cegos deixados pela Lei Maria da Penha – em que pese sua importância para a luta das mulheres – foi o fato de prever apenas a lesão corporal relacionada à violência doméstica, não abrangendo o mais grave desdobramento dessa mesma violência: a morte, de maneira que os crimes de homicídio escapavam ao seu escopo. Daí, segundo a pesquisadora e magistrada, a importância da Lei do Feminicídio.

Segundo, apesar da crítica a respeito da asseveração da pena, importa deixar claro que “há um exagero na leitura sobre o agravamento punitivo”, pois o feminicídio, antes da Lei 13.104/2015, já vinha sendo considerado homicídio qualificado (como referido acima, com enquadramento no art. 121, § 2º, I-IV, do CP); além disso, as hipóteses de homicídio qualificado já eram consideradas crime hediondo⁽⁵⁾ (CASTILHO, 2015), não havendo,

portanto, que se falar em expansionismo penal nesse caso (MELLO, 2016, p.3). Dessa forma, a proposta, ao não trazer aumento de pena, colocou mais “ênfase na adequação da resposta do sistema de justiça criminal (com atenção para a desigualdade de gênero) do que na maior punição para os autores do crime de feminicídio” (MACHADO; MATSUDA; 2015).

Por fim, cumpre ressaltar que aquilo que não se nomeia não existe. A criação de um crime sob o nome de feminicídio serve a razões muito mais fundamentais do que a mera possibilidade de uma punição. Representa o reconhecimento pelo Direito, como instituição, de uma realidade que muitas vezes não é reconhecida no próprio seio social. Conceituar como crime o assassinato de mulheres pelo fato de serem mulheres constitui um avanço na compreensão política do fenômeno de subordinação da mulher, da negação da sua autonomia, do fator discriminação, da violência estrutural e sistemática, bem como da ausência de políticas públicas visando à prevenção e à erradicação desse tipo de violência contra as mulheres. Pode representar um divisor de águas no que diz respeito à produção de estatísticas e à criação de políticas de enfrentamento.

Os dados e estudos apresentados nos dão conta do tratamento do feminicídio (homicídio de mulheres em razão do gênero) previamente à própria Lei do Feminicídio. Passado um ano de sua sanção, ainda carecemos de estudos que mostrem o impacto específico da nova Lei para avaliar se a discussão proposta está tendo resultado.⁽⁶⁾

Sabe-se, empiricamente, que a qualificação de um crime não tem o condão de prevenir o próprio crime ou a violência. Quando o Poder Judiciário é provocado na seara penal, já houve lesão ao bem jurídico, o que é, em si mesmo, inaceitável.⁽⁷⁾ Assim, mais importante é prevenir, orientar, educar ou, em outros termos, impedir que se chegue a um trágico desfecho, não apenas mudando nossa herança histórico-cultural machista, mas instruindo novos cidadãos e cidadãs em busca de uma convivência harmônica.

Referências Bibliográficas

ANIS. O impacto dos laudos periciais no julgamento de homicídio de mulheres em contexto de violência doméstica ou familiar no distrito federal. In: FIGUEIREDO, I. S. de; NEME, C.; LIMA, C. do S. L. (org.). *Homicídios no Brasil: registro e fluxo de informações*. Brasília: SENASP, 2013. v. 1, p. 143-193. (Coleção Pensando a Segurança Pública)

BELLOQUE, J. G. Feminicídio: o equívoco do pretenso direito penal emancipador. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 270, maio 2015.

BIANCHINI, A.; GOMES, L. F. *Feminicídio: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015*. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015>>. Acesso em: 4 out. 2016.

CASTILHO, E. W. V. de. Sobre o feminicídio. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 270, maio 2015.

CERQUEIRA, D.; MATOS, M. V. M.; MARTINS, A. P. A.; PINTO JR., J. *Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha*. Brasília: IPEA, 2015.

D’ELIA, F. S. Feminicídio: uma via legal de proteção de gênero e de determinadas situações de vulnerabilidade. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 272, jun. 2015.

LAURENZO-COPELLO, P. Apuntes sobre el feminicidio. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, n. 8, p. 119-143, jul. 2012.

MACHADO, M.; MATSUDA, F. Um copo meio cheio. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n.

270, maio 2015.

MELLO, A. R. de. *Feminicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

NOWAK, M. Femicide: a global problem. *Small Arms Survey Research Notes*, Genebra, n. 14, p. 1-4, feb. 2012.

OACNUDH; ONU MULHERES. *Modelo de protocolo latino-americano de investigação das mortes violentas de mulheres por razões de gênero (feminicídio/feminicídio)*. Brasília: OACNUDH e ONU Mulheres, 2014.

ONU MULHERES; SPM; SENASP. *Feminicídios: diretrizes nacionais para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres*. Brasília: ONU Mulheres, SPM e SENASP, 2016.

RADFORD, J.; RUSSELL, D. E. H. *Femicide: the Politics of woman killing*. New York: Twayne, 1992.

SENADO FEDERAL. *Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência Contra a Mulher*. Brasília: Senado Federal, 2013.

SPINELLI, B. Femicide in Europe. In: ACADEMIC COUNCIL ON THE UNITED NATIONS SYSTEM. *Femicide: a global issue that demands action*. 2. ed. Viena: ACUNS, 2013.

SRJ. *A violência doméstica fatal: o problema do feminicídio íntimo no Brasil. Secretaria de Reforma do Judiciário (SRJ)*. Brasília: SRJ, 2015.

WAISELFSZ, J. J. *Mapa da Violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil*. Brasília: SPM, ONU Mulheres e OPAS/OMS, 2015.

Notas

- (1) Na doutrina, a classificação dos feminicídios inclui: íntimo, não íntimo, infantil, familiar, por conexão, sexual sistêmico, por prostituição ou ocupações estigmatizadas, por tráfico de pessoas, por contrabando de pessoas, transfóbico, lesbofóbico, racista, por mutilação genital feminina. Para a descrição destes, vide OACNUDH; ONU MULHERES, 2014, p. 20-22.
- (2) A partir de 3 por 100 mil mulheres, a taxa pode ser considerada muito alta (NOWAK, 2012, p. 1).
- (3) Os achados referem-se à parte qualitativa da pesquisa em que foram analisadas 36 ações penais com trânsito em julgado, nas quais o crime foi cometido com violência doméstica ou familiar (ANIS, 2013, p. 175). Lembrando que os dados do estudo são prévios à Lei do Feminicídio.
- (4) Foram analisados 34 processos judiciais contemplando casos com data do fato anterior e posterior à Lei Maria da Penha (mas anteriores à Lei do Feminicídio). Por ser uma pesquisa qualitativa, os autores advertem que a análise deve ser considerada dentro do universo analisado, o que não impede que se apontem tendências gerais a partir do material empírico estudado (SRJ, 2015, p. 38-39).
- (5) A maior inovação da Lei 13.104/2015 parece ter ocorrido na questão da vulnerabilidade, com a criação de uma nova situação de vulnerável: familiares das mulheres vítimas de homicídio que presenciaram o crime (D’ELIA, 2015) e não na criação da qualificadora de feminicídio e sua inclusão no rol de crimes hediondos.
- (6) Em consulta à jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) – <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> Termo da consulta: “feminicidio” –, verificou-se a ocorrência da expressão feminicídio em 23 acórdãos julgados desde julho de 2015 a setembro de 2016, o que, cotejado com os estudos do Anis (36 processos) e da SRJ (34 processos) aqui apresentados, poderia sinalizar uma maior visibilidade do fenômeno.
- (7) É importante manter a crítica ao modelo punitivo, pois há que se considerar o conjunto dos problemas sociais trazidos pela prisão, os déficits de funcionamento desse sistema já tão inflado e as limitações das respostas por ele oferecidas (MACHADO; MATSUDA, 2015).

Shana Schlottfeldt

Analista Legislativo da Câmara dos Deputados.

Membro do Comitê Gestor Pró-Equidade

de Gênero e Raça da Câmara dos Deputados.

Doutora em Informática pela Universidade de Brasília.



DIRETORIA DA GESTÃO 2017/2018

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Cristiano Avila Maronna
 1.º Vice-Presidente: Alexis Couto de Brito
 2.ª Vice-Presidente: Eleonora Rangel Nacif
 1.º Secretário: Renato Stanzola Vieira
 2.º Secretário: Carlos Roberto Isa
 1.º Tesoureiro: Edson Luis Baldan
 2.º Tesoureiro: Bruno Shimizu
 Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais: André Adriano Nascimento e Silva

CONSELHO CONSULTIVO

Andre Pires de Andrade Kehdi
 Carlos Alberto Pires Mendes
 Helios Alejandro Nogués Moyano
 Mariângela de Magalhães Gomes
 Sérgio Salomão Shecira

OUIDOR

Rogério Fernando Taffarello

Loucuras e a reforma psiquiátrica no Brasil

Adriana Padua Borghi

“A loucura não pode ser encontrada no estado selvagem. A loucura só existe em uma sociedade, ela não existe fora das normas da sensibilidade que a isolam e das formas da repulsa que a excluem ou a capturam”.⁽¹⁾

A loucura é um tema presente na história da humanidade e, ao longo dos tempos, não encontramos um significado homogêneo que a defina. Os escritos de **Michel Foucault** indicam que a partir do século XVII, nas sociedades industriais, inicia-se a intolerância com os considerados “loucos”⁽²⁾ e são criados estabelecimentos para interná-los. Entre os séculos XVII e XIX quem poderia exigir a internação do “louco” era a família e, a partir do século XIX, os médicos passam a determiná-la, por meio de um atestado.

Essa internação definida pelo médico privava o indivíduo de seus direitos e responsabilidades, ele perdia sua cidadania e, marginalizado/oprimido, era colocado de lado. É nesse período que o “louco” começa a ser definido por aquele que infringe a norma, que se “desvia”. Os indivíduos considerados “loucos” não serão mais internados junto com os considerados “normais”.

Basaglia⁽³⁾ aponta que o objetivo da internação era o tratamento dos comportamentos considerados fora do padrão de normalidade ou anormais, que precisavam ser “corrigidos”. Historicamente, o padrão de normalidade sempre variou conforme a época e o lugar, conforme os movimentos sociais e seus interesses; por isso, perguntemos a quem e ao que servem essas definições: necessitamos da loucura e da normalidade? Hoje ainda separamos “os doentes mentais no asilo, os jovens em estabelecimento de educação, os delinquentes na prisão (...)”.⁽⁴⁾

A proposta de superação dessa oposição entre os indivíduos considerados normais e os anormais⁽⁵⁾ desponta no Brasil por meio da Reforma Psiquiátrica e do Movimento Antimanicomial nos anos 1980.⁽⁶⁾ Essa reforma pretende substituir as internações como forma de tratamento em saúde mental e “desloca o seu objeto de intervenção da doença e dos sintomas para os sujeitos e grupos que vivem a experiência do sofrimento psíquico em seus contextos”.⁽⁷⁾

A reforma define a Saúde Mental como um direito fundamental individual, previsto na Constituição Federal de 1988. Esse termo compreende o bem-estar mental, a integridade física preservada e a possibilidade de desenvolvimento intelectual e emocional de modo pleno. A saúde mental depende do desfrutar das condições que possibilitem uma vida digna,⁽⁸⁾ por isso a violação de qualquer um desses aspectos poderá acarretar sofrimento psíquico, merecedor de cuidados e não mais acarretará “loucura”, merecedora de tratamento, cura ou correção.

“Reforma Psiquiátrica ou Luta Antimanicomial são nomes genéricos dados a uma grande mobilização social que já dura mais de duas décadas e vem propondo a reformulação das políticas públicas de saúde mental, de modo a abandonar o modelo asilar – considerado invasivo e opressor, fundado sobre a discriminação e a segregação de pessoas retiradas de seus campos de convivência, privadas de liberdade e tolhidas no exercício de sua singularidade e cidadania – para substituí-lo por um conjunto de serviços abertos e comunitários que devem

garantir à pessoa com transtorno mental o cuidado necessário para viver com segurança em liberdade, no convívio familiar e social tanto quanto possível”.⁽⁹⁾

No contexto da reforma, o local de intervenção privilegiado não será mais a internação (asilo) e os investimentos devem ocorrer na construção de lugares de pertencimento nos quais prevaleçam o respeito às diferenças individuais. A proposta apoia a inclusão, abandona os rótulos e a exclusão.

Em que pesem as alterações empreendidas pela reforma, no campo do Direito Penal ainda se vincula crime com loucura ou se requisita a internação compulsória do usuário de drogas para ser tratado (porque age “sem pensar”). É neste campo que os aspectos mais sombrios da “loucura” residem, os manicômios judiciais, o instituto da medida de segurança e o rótulo de “inimputável”. Enfrentar essas questões é vital para um Sistema de Justiça que se pretenda alinhado com a dignidade da pessoa humana.

Referência bibliográfica

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. DAPE. Coordenação Geral de Saúde Mental. *Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil*. Documento apresentado à Conferência Regional de Reforma dos Serviços de Saúde Mental: 15 anos depois de Caracas. OPAS. Brasília, nov. 2005.

Notas

- (1) FOUCAULT, Michel. A loucura só existe em uma sociedade. *Problematização do sujeito: psicologia, psiquiatria e psicanálise*. Coleção Ditos e Escritos I. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 163.
- (2) Idem, ibidem, p. 261: “Não eram apenas os loucos que eram colocados neles; eram também os desempregados, os doentes, os velhos, todos os que não podiam trabalhar”.
- (3) BASAGLIA, Franco. *A instituição negada*. Rio de Janeiro: Graal, 1985. p. 176.
- (4) FOUCAULT, Michel. O grande internamento. *Problematização do sujeito: psicologia, psiquiatria e psicanálise*. Coleção Ditos e Escritos I. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 288.
- (5) LUCHMANN, Lígia Helena Hahn; RODRIGUES, Jefferson. O movimento antimanicomial no Brasil. *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2007, v.12, n. 2, p. 403-404: “(...) dimensão técnico-assistencial – o cuidado em saúde mental é o elemento motivador para esta dimensão; dimensão jurídico-político - ênfase nos direitos; e dimensão sociocultural – modificar a concepção e o estereótipo que se mantêm sobre o louco e a loucura”.
- (6) Somente no ano de 2001, após 12 anos de tramitação no Congresso Nacional, que a Lei da Reforma Psiquiátrica (10.216/2001) é aprovada com o objetivo de redirecionar o modelo de atenção à saúde mental no país.
- (7) BLIKSTEIN, Flávia. *Destinos de crianças. Estudo sobre internações de crianças e adolescentes em hospital psiquiátrico*. Dissertação de mestrado em Psicologia Social, PUC-SP, 2012, p. 34.
- (8) Em que pese a complexidade do conceito de dignidade, aqui o apontamos enquanto sinônimo dos direitos fundamentais garantidos aos indivíduos pela Constituição Federal de 1988, tais como condições mínima que devem ser providas pelo Estado nas áreas de saúde, educação, segurança, lazer, trabalho, alimentação, cultura, paz, entre outros.
- (9) Ministério Público Federal; Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (org.). *Cartilha Direito à Saúde Mental*, p. 15.

Adriana Padua Borghi

Mestre em Direito pela PUC-SP.

Colaboradora do núcleo de pesquisas do IBCCRIM.

Advogada.

Desobediência civil: um mecanismo democrático, excepcional e estabilizador de garantias fundamentais em sociedades plurais que a seletividade penal teima em mitigar

Bruno Cavalcante Leitão Santos

Desde 2013 o Brasil vive uma crise política intensa, que trouxe à tona, como em poucas vezes em nossa história, uma grande capacidade de mobilização popular; primeiro contra a presidente Dilma Rousseff, e, há pouco tempo, um crescente movimento contrário ao atual presidente Michel Temer. Nesse sentido, analisar ações, reações e discursos que remontam inúmeras discussões sobre movimentos contestatórios, seja àqueles vinculados ao direito de resistência, que funciona como gênero, e de suas duas principais modalidades, a objeção de consciência, e a desobediência civil, esta, nosso foco de análise sobre sua legitimidade democrática.

Pode-se dizer que é difícil enxergar democracia dissociada da estrutura jurídica organizacional concebida em moldes ocidentais, de influência intrínseca do direito privado, leia-se Direito Civil, em seu instituto de mandato, que transfigurado em mandato político, como ressalta **Jellinek**,⁽¹⁾ ao tratar da configuração da representação, já existente na Grécia e em Roma, não se tratando de atos vinculados à “assembleia do povo”, mas já de modalidade de democracia indireta, ou representativa, que rege a atual organização política.

Por essa definição, a representação pressupõe que os eleitores – reais detentores do poder – inferem aos mandatários – os representantes – a criação de comandos e organização política em seu nome; contudo, essa transmutação não gera por parte dos representantes uma vinculação que beire a dependência dos interesses dos representados, visto que a atual conjuntura se dissocia dos antigos, ficando atrelada a teorias liberais de figuras como **Condorcet** e **Guizot**, em que os eleitores devem confiar às luzes de seus representantes.⁽²⁾

Tocqueville reforça tal ideia, ao analisar a democracia norte-americana como “*forma autêntica da democracia dos modernos contraposta à democracia dos antigos*” (tradução livre),⁽³⁾ ao deixar claro que a grande diferença seria justamente a figura da representação como modo de participação de todos – os que eram sujeitos ativos no âmbito político em um modelo censitário e que só admitia homens livres como votantes – no processo político.⁽⁴⁾

Torres del Moral define como elementos necessários para a existência de uma democracia: 1) a soberania popular; 2) a participação e o sufrágio universal; 3) o pluralismo; 4) o consenso; 5) o princípio da maioria; 6) o respeito às minorias e a oposição política; 7) o princípio da reversibilidade; 8) a divisão, o controle e a responsabilidade do poder; 9) a publicidade e a liberdade de comunicação pública; 10) o primado do direito.⁽⁵⁾

Certamente é no primeiro e no último ponto que se centram muitas das divergências sobre quem é o povo dentro da democracia, e quais critérios definem a soberania popular para limitar sua atuação perante o Estado.

Nesse sentido, **Friedrich Müller**, em sua obra *Quem é o povo?*, busca conceituar “povo” com base em dois elementos referenciais de justificação do Estado, no caso a democracia e a soberania.

O autor ressalta que a própria conceituação etimológica associa povo e democracia, como governo do povo, citando que, juridicamente, não apenas preâmbulos das principais cartas constitucionais modernas – demonstrando os valores assimilados a serem tutelados –, mas o próprio texto dessas cartas reforçam essa titularidade de poder, que se dá faticamente por representantes, sob a égide de uma construção jurídica – o Estado –, com titularidade para exercer esse poder coercitivamente – violência institucionalizada pelo contrato social para impor a vontade dos pactuantes – sobre a/em favor da sociedade.⁽⁶⁾ E essa aparente contradição é que faz necessário diferenciar o povo como titular e destinatário das normas.

Ressalta-se uma diferença entre povo como “sujeito ativo”, “legitimante”, “ícone” e “destinatário”. O primeiro se trata dos detentores dos direitos políticos, com aptidão a determinar seus representantes. O segundo decorre justamente da estrutura copiada do direito civil supracitado, ou seja, os representantes atuam em favor dos representados.⁽⁷⁾ Já o terceiro se trata de um engodo retórico da utilização do poder atribuído pelo povo, ou seja, encarando o povo como alienado sob a coação do poder-violência, por intermédio de um discurso de agir em seu favor por deter o poder constituinte do povo, como mero argumento de legitimação. E, por fim, como destinatários, adquire uma maior abrangência para além dos sujeitos ativos, atingindo qualquer sujeito de direito do território, obtendo aptidão ao usufruto de direitos.

Müller reforça que a democracia moderna não se trata de um mero mecanismo, ou técnica jurídica para conferir legitimidade e obediência a textos legais. Tem-se nela um dispositivo organizacional que visa normalizar o que a realidade social cotidiana necessita, onde a democracia passa a adquirir um *status negativus* e *positivus* democrático, incorporado ao texto constitucional, materializando meios hábeis a sua consecução.⁽⁸⁾

Demonstra que se deve ter um caráter dinâmico para aferir legitimidade, não se tratando uma essência ou qualidade dos textos, ou seja, deve-se buscar uma incorporação de pretensão do texto legal considerando o povo como seu interlocutor, tendo em vista a atribuição dada como sujeito ativo, o que faz por aprimorar e preservar o princípio democrático, e é nesse sentido que ações organizadas de parte da sociedade civil podem funcionar como mecanismos de estabilização de normas fundamentais, de forma legítima, mas que o Estado, ou melhor, os detentores do poder, exercem toda sua força mais para o controle social formal, do que reforço das modalidades informais de controle.

A resistência se enquadra como um direito político, dentro da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, quando em seu art. 2.º estabelece que “*a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão*” (destaque nosso), direitos de cunho eminentemente liberal.

Nesse íterim histórico **Wolkmer** compreende as revoluções liberais sobre três núcleos:⁽⁹⁾ a) econômico (livre-iniciativa, propriedade privada, economia de mercado); b) político-jurídico (Estado de Direito, soberania popular, supremacia constitucional, separação de poderes, direitos civis e políticos); c) ético-filosófico (liberdade pessoal, tolerância, otimismo na vida, individualismo).

Somado a essa matriz ideológica vincula-se uma base das teorias contratualistas, proporcionando severas divergências no tocante à justificação da legitimidade do poder estatal. Furtamo-nos de uma análise histórica, em virtude da brevidade do tema proposto, optando pela análise de **Weber** e **Habermas**, aquele por conta de ser o pioneiro em distinguir a legitimidade atrelada ao suporte normativo, assim como outras espécies de legitimidade decorrentes dos costumes, ressaltando vital importância do consenso social como atributo de validade à norma jurídica, porém atrelado ao poder coercitivo.⁽¹⁰⁾

O uso da coerção como elemento constitutivo de legitimidade é o grande ponto de discórdia de **Habermas**, que o substitui pelo conceito de aceitação, como núcleo central de caracterização da legitimidade, introduzindo uma formatação dinâmica a esse conceito, afastando-se da ideia estática e avaliativa de **Weber**, o que não pode ser considerado ao todo um opositor, mas também um seguidor. Em verdade **Habermas** buscou reconstruir tanto a metodologia, quanto a sociologia substantiva weberiana, por meio de seus ideais de vislumbrar o Direito, a política e a moral como indissociáveis.⁽¹¹⁾

Weber, em sua análise de legitimidade, se aproxima da visão de **Hans Kelsen** não à toa, visto também ser positivista, sem esquecer sua base neokantiana. Este, considerado o pai do normativismo, sequer trabalha com o termo legitimidade, mas sim com as noções de validade e eficácia, em que a primeira é vinculada à obrigatoriedade das normas, impondo o dever de obediência e aplicação destas. Já a segunda se traduz na conduta dos homens em conformidade à norma jurídica, de forma eminente avaliativa.⁽¹²⁾

Independentemente da noção de legitimidade que se adote, vários dos contratualistas entendiam possível a rebelião, como **Hobbes** e **Locke**, em virtude de uma espécie de quebra contratual por parte do poder político, em relação aos titulares do poder, “o povo” – nos moldes citados por **Müller** –, visto que o corpo político nada mais é do que uma formação resultante das parcelas das liberdades individuais de cada cidadão, como ressalta **Locke**, em que “*cabe ainda ao povo o poder supremo para afastar ou modificar o legislativo se constatar que age contra a intenção do encargo que lhe confiaram*”.⁽¹³⁾

Buzanello divide o direito de resistência em duas modalidades: a) institucional (greve política; objeção de consciência; desobediência civil); b) não institucional (direito de autodeterminação dos povos; revolução e guerra).⁽¹⁴⁾

As bases tradicionais do uso da desobediência civil na modernidade são costumeiramente associadas a três nomes, **Thoreau**, **Gandhi** e **Luther King**. O primeiro materializa ideais de legitimidade de alguns autores do século XVII, como **Locke**, em sua *Carta acerca da Tolerância* (1689), que entendia a persuasão interna (assimilação de legitimidade do poder do Estado) mais como advindo do livre consenso do que da coação (modelo weberiano), ideia primeiramente teorizada por **Marsílio de Pádua** em *Defensor Pacis* (1324), entendendo que as pessoas possuem o direito de eleger, corrigir, e, se necessário, depor do poder tanto representantes do Estado, quanto da Igreja.⁽¹⁵⁾

Pode-se inferir a desobediência civil de **Thoreau** como um ato público lícito (embora ilegal, não antijurídico), não violento (pois seria uma renúncia ao diálogo, contrária a própria ideia de direito como consenso), com duas finalidades precípuas, sensibilizar a opinião pública e atingir o círculo oficial do poder, sem se confundir com o direito de resistência, tendo em vista que não questiona a

legitimidade do poder constituído, mas sim de um ato específico.⁽¹⁶⁾ Tais elementos serão seguidos quase em sua essência por **Gandhi** e **Luther King**, ultrapassando a mera objeção de consciência,⁽¹⁷⁾ ou seja, de recusa moral a atos, como fora **Thoreau**, ao atuar de forma ativa, pública e coletiva para efetivação de direitos suprimidos de determinados grupos; contudo, há de se ressaltar que **Gandhi**, mais do que atos de desobediência civil, liderou um movimento de resistência, que além de boicotar o governo inglês tinha pretensões de tirá-lo do poder, elemento dissociado da essência da desobediência civil, que reconhece a autoridade do governo, aceita a ilicitude de seus atos, porém com vistas a rediscutir direitos fundamentais, a ponto de ver afastada criminalmente a reprovabilidade pessoal de sua conduta.

Hodiernamente dois conceitos se sobrepõem nas discussões, o de **John Rawls**, que classifica a desobediência civil como “*ato político, não violento, decidido com o objetivo de provocar uma mudança nas leis ou na política seguida pelo governo*”,⁽¹⁸⁾ e o de **Ronald Dworkin**, que acrescenta o direito de não se conformar unicamente como os mecanismos jurídicos de busca pela proteção de um direito.⁽¹⁹⁾

Dessa feita, vê-se a desobediência civil respaldada pelo ordenamento jurídico brasileiro, como ressalta **Buzanello**, na Constituição Federal em uma cláusula constitucional aberta no art. 5.º, § 2.º, da CF/88, ao lado da objeção de consciência no art. 5.º, VIII c/c art. 143, § 1.º, e do princípio da autodeterminação dos povos (art. 4.º, III),⁽²⁰⁾ todos associados aos princípios da solidariedade e proporcionalidade, como garantia de autodefesa da sociedade para a manutenção do pacto social, preservação das liberdades e suas garantias, funcionando assim como uma cláusula supralegal de exclusão da culpabilidade.

Claudio Brandão⁽²¹⁾ define a culpabilidade como juízo de reprovação pessoal, fundado na ideia do *dolus malus* romano, normativo-naturalístico, perpassando pela teoria psicológica da culpabilidade, em que o dolo, que só se desvincula da culpabilidade com o finalismo, nada mais é que a junção de consciência e vontade. Com **Frank**, **Mezger** e **Goldschmidt**, a culpabilidade deixa de ser puro vínculo subjetivo entre o sujeito e o fato, passando a novamente acrescentar um juízo de reprovabilidade, surgindo a teoria psicológico-normativa. Por fim, com o finalismo, chega-se à teoria normativa pura, na qual **Welzel** reordena os elementos da teoria do delito, ao deslocar o dolo e a culpa (elementos psicológicos) para a conduta, em virtude de, para o autor, não existir conduta vinculada a uma finalidade.

A essência da culpabilidade é a consciência da antijuridicidade, contudo, esta se subdivide em consciência da antijuridicidade formal e material. A primeira se dá com a exigência do prévio conhecimento da norma, porém a segunda é que proporciona completude a essa essência, visto que ocorre com o reconhecimento do caráter antissocial da ação, sendo esta a posição majoritária em nosso ordenamento. Ou seja, citando **Johanes Wessels**, a consciência do injusto não acontece apenas com o conhecimento da lei, mas sim de que a sua conduta é juridicamente proibida.⁽²²⁾

Com isso, vê-se que há parâmetros justificadores para legitimar uma conduta, *a priori* ilícita, para além do tipo legal penal, quando da verificação de legitimidade social na aplicação da individualização da pena no caso concreto, ou seja, na atividade hermenêutica do magistrado em confirmar o ato injusto como reprovável ou não, sendo necessário, além dos parâmetros já traçados, requisitos que justifiquem condutas contrapostas a bens jurídicos tutelados, não sob o prisma apenas da subsunção, mas sim da ponderação dos valores envolvidos na conduta ilícita, contudo legítima sob o prisma de uma interpretação sistemática.

Um estudo realizado na Argentina aponta dentre os principais argumentos para afastar o direito de resistência: a) a preservação do bem comum e do interesse geral; e b) interesses econômicos. Os primeiros visivelmente denotam ampla carga genérica, o que exige

do intérprete maior rigor em sua argumentação jurídica, que nem sempre acontece, muitas vezes justificando interesses próprios, como se fossem da sociedade. Bem semelhantes são os argumentos em relação aos segundos, visto que os interesses dos cidadãos são postos em segundo plano em relação àqueles de seus representantes.⁽²³⁾

O segundo posicionamento é adotado de forma semelhante em algumas decisões no Brasil, onde a ponderação com base em argumentos genéricos muitas vezes gera uma marginalização dos movimentos, como denota decisão proferida por juiz do Estado do Rio de Janeiro, sobre prisão em flagrante ocorrida em 22 de julho de 2013, durante manifestações políticas próximas à sede do governo deste Estado:

“A primeira hipótese (garantia da ordem pública) se encontra presente em virtude de o indiciado, em liberdade, ser uma ameaça à sociedade, já que este, pelo que se depreende dos depoimentos colhidos em sede policial, integra um contingente de arruaceiros, de baderneiros, que pregam a desordem e o caos”.⁽²⁴⁾

Roberto Gargarella,⁽²⁵⁾ em análise a posicionamento semelhante pelos tribunais argentinos, critica a noção de democracia pluralista que a vincula apenas à ideia de democracia representativa, citando **John Ely**, e a ideia de “discrete and insular minorities”, quando, em verdade, a atuação democrática do Judiciário deve se ater em compreender pautas politicamente não prioritárias pelo Poder Político, mas de relevante interesse para determinados grupos minoritários – seja qualitativa ou quantitativamente – da sociedade.

Dessa feita, diante de um ordenamento jurídico em que determinados grupos não se veem representados legitimamente, e que direitos que exigem atuação do Estado não são efetivados como deveriam, algumas condutas que partem de uma motivação legítima para tal efetivação, mesmo afetando bens jurídicos alheios, caracterizando assim tipicidade e antijuridicidade, não amparadas por causas de justificação, podem carecer de reprovabilidade social por parte do(s) agente(s), em virtude de situação análoga à inexigibilidade de conduta diversa, em que se verifica a não aferição de plena consciência de antijuridicidade material, tendo em vista que o elemento subjetivo inserido na conduta se caracteriza mais pela prática de uma ação fomentadora e reivindicatória de direitos fundamentais mitigados, do que motivada pela ofensividade que fundamenta a fragmentariedade do Direito Penal.

Notas

- (1) JELLINEK, Georg. *Teoria general do Estado*. Trad. Fernando de Los Rios. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 506-527.
- (2) BEÇAK, Rubens. *Democracia: hegemonia e aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 22.

- (3) TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. Trad. Henry Reeve. London: Oxford University Press, 1959. p. 126.
- (4) BEÇAK, Rubens. *Democracia* cit., p. 58.
- (5) TORRES DEL MORAL, Antonio. *Estado de derecho e democracia de partidos*. 3. ed. Madrid: Universidade Complutense de Madrid, 2010. p. 283-290.
- (6) MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 45-48.
- (7) Idem, p. 51-53.
- (8) Idem, p. 107.
- (9) WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamento de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa Ômega, 1994. p. 34.
- (10) WOLKMER, Antônio Carlos. Legitimidade e legalidade: uma distinção necessária. *Revista de informação legislativa*, v. 31, n. 124, p. 179-184, out.-dez. 1994. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176273>>. Acesso em: 5 set. 2014, especialmente p. 181.
- (11) SOUZA, Jessé. *O direito e a democracia moderna: a crítica de Habermas a Weber*. Disponível em: <<http://estadoedemocracia.blogspot.com.br/2007/05/o-direito-e-democracia-moderna-critica.html>>. Acesso em: 10 set. 2014.
- (12) KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 55.
- (13) LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 101.
- (14) BUZANELLO, José Carlos. *Direito de resistência constitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 135.
- (15) MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo antigo e moderno*. Trad. Henrique de Araújo Mesquita. 3. ed. São Paulo: É Realizações, 2014. p. 71-72.
- (16) THOREAU, Henry David. *A desobediência civil*. Trad. José Geraldo Couto. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2012. p. 08-10.
- (17) RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 458.
- (18) Idem, p. 453.
- (19) DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 328.
- (20) BUZANELLO, José Carlos. *Direito de resistência constitucional* cit., p. 193-194.
- (21) BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 227-233.
- (22) BRANDÃO, Cláudio. A consciência da antijuridicidade no moderno direito penal. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 136, p. 55-61, out.-dez. de 1997, especialmente p. 56.
- (23) FATTORELLI, Maíra Miranda. *Direito de resistência como potencial emancipatório dos direitos humanos*. In: XXI Seminário de iniciação científica da PUC-RIO. Rio de Janeiro: Departamento de Direito, 2013. p. 6.
- (24) Idem, ibidem.
- (25) GARGARELLA, Roberto. *Carta abierta sobre la intolerancia: apuntes sobre derecho y protesta*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2006. p. 46.

Bruno Cavalcante Leitão Santos

Doutorando em Direito pela PUC-RS.

Coordenador Adjunto do IBCCrim em Alagoas.

Professor de Direito Penal do Centro Universitário Cesmac e Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Maceió – FAMA.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

COORDENADOR-CHEFE: Fernando Gardinali Caetano Dias

COORDENADORES ADJUNTOS: Daniel Paulo Fontana
Bragagnollo e Danilo Dias Ticami

EDITORES IBCCRIM: Adriano Galvão, Eduardo Carvalho, Tainara Lira e
William Menezes.

CONSELHO EDITORIAL:

Acácio Miranda Filho, Amélia Emy Rebouças Imasaki, Anderson Bezerra Lopes, André Azevedo, André Felipe Pellegrino, André Ricardo Godoy, Antonio Baptista Gonçalves, Arthur Sodré Prado, Átila Machado, Beatriz Jubilut, Bruno Salles, Carlos Garcete, Carlos Viveiros, Christiany Pegorari, Clara Masiero, Daiana Ryu, Daiane Ayumi Kassada, Daniel Del Cid, Daniel Leonhardt, Daniel Nicory, Dayane Fantí, Décio Franco David, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Emilia M. Giuliani, Evandro Camilo Vieira, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda Vilares, Frederico Manso Brusamolín, Gabriel Huberman Tyles, Gabriela Gama, Guilherme Sugimori Santos, Henrique Buhl Richter, Hugo Leonardo, Hugo Leonardo Rodrigues Santos, Jacqueline Valles, Jamil Chaim Alves, João Anhê Andorato, Jorge Nader, Jose Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coelho de Almeida Akutsu, Lévio Scattolini, Luan Nogueis Moyano, Luana Oliveira, Luis Gustavo Sousa, Luiza Guedes Piráginie, Marco Aurélio Florêncio Filho, Mariana

Chies, Matheus Pupo, Milene Maurício, Milene Cristina Santos, Octavio Orzari, Pedro Beretta, Pedro Machado de Almeida Castro, Rachel Lerner Amato, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Tiago Silva, Renata Macedo, Ricardo Caiado, Rodrigo Sardenberg, Rogério Taffarello, Salomão Shecaira, Sâmia Zattar, Theodoro Balducci, Thiago Baldani Gomes de Filippo, Thiago Tezani, Verônica Carvalho Rahal, Vinicius Vasconcellos, Wilson Tavares e Yuri Felix.

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Ana Beatriz Tabarelli Krasovic, André Campagnaro Rampinelli, Arthur Inácio, Arthur Martins Soares, Bruna Brandt, Bruna Diamante, Bruno Maurício, Camila Torres Cesar, Caroline Bussoloto de Brum, Caroline Mutaf, Cesar Janoti, Dafne Sena Coutinho Ribeiro, Fábio Suardi D'Elia, Felício Nogueira Costa, Felipe Monea, Frederico Manso Brusamolín, Gabriela Alcarpe, Gabriela Rodrigues Moreira Soares, Giancarlo Silkunas Vay, Ingrid Oliveira, Isabela Perrella, Jairton Ferraz Júnior, Karen Regina Amorim Carmo, Luana Oliveira, Ludmila Bello, Marcela Vieira da Silva, Matheus Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Maurício, Paula Mamede, Pedro Fernandes, Pedro Machado de Almeida Castro, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Moraes, Roberta Werlang Coelho Beck, Roberto Mendes Valadao, Rodrigo Olhiara da Silva, Rossana Brum Leques, Stela Valim, Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva, Thais Felix, Thais Marcelino Resende, Verônica Carvalho Rahal, Vivian

Peres da Silva e Wilson Tavares de Lima.

COMISSÃO DE ATUALIZAÇÃO DO VOCABULÁRIO BÁSICO CONTROLADO (VBC): Alberto Silva Franco, Maria Cláudia Giroto do Couto, Renato Watanabe de Moraes e Suzane Cristina da Silva.

PROJETO GRÁFICO: Lili Lungarezi - liliungarezi@gmail.com

PRODUÇÃO GRÁFICA: Editora Planmark - Tel.: (11) 2061-2797
planmark@editoraplanmark.com.br

REVISÃO: Microart - Tel.: (11) 3013-2309
microart@microart.com.br

IMPRESSÃO: Aitvaonline - Tel.: (11) 3340-3344

O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas. O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não representa necessariamente a opinião deste Instituto.
Tiragem: 11.000 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar, CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)
www.ibccrim.org.br

O assédio sexual na reforma dos crimes sexuais na Alemanha: repensando a escolha brasileira⁽¹⁾

Beatriz Corrêa Camargo

Em setembro de 2016, o parlamento alemão aprovou uma série de medidas para aperfeiçoar os crimes contra a autonomia sexual e adequá-los às novas orientações internacionais.⁽²⁾ A reforma espelha, sobretudo, uma mudança de mentalidade trazida à luz na doutrina alemã por **Tatjana Hörnle**, segundo a qual o Direito Penal Sexual deve se despedir da concepção obsoleta de que caberia à pessoa endereçada oferecer resistência física contra a prática sexual quando não a desejar.⁽³⁾

Em linhas gerais, foi adotada a reformulação do crime de estupro e de outros delitos sexuais para conformá-los a duas ideias fundamentais. De um lado, passa-se a respeitar de forma mais ampla a liberdade negativa da pessoa em não manter contato sexual contra a sua vontade. Assim, é suficiente, para configurar o delito de estupro (§177 Abs. 1 StGB), que o ato seja praticado em contrariedade à vontade da vítima, a qual pode se manifestar com todas as letras ou de qualquer outra forma por meio de seu comportamento. A tônica aqui é dada pela expressão cunhada pelos movimentos feministas desde há muito tempo: “NÃO significa NÃO”. Por outro lado, em vista de situações nas quais a pessoa não está em posse de suas plenas capacidades psíquicas, é exigido do parceiro em potencial que se assegure de que ela realmente consente com a prática sexual (§177 Abs. 2 Nr. 2 StGB). Nesses termos, o estupro se configura também a partir da compreensão de que, em tais casos, “somente o SIM quer dizer SIM”.⁽⁴⁾

A partir dessa concepção foi introduzido no ordenamento alemão o crime de assédio sexual que pune com uma pena de até dois anos ou multa “quem tocar sexualmente o corpo de outra pessoa, assediando-a” (§184i StGB). Em casos mais graves, a pena pode chegar até cinco anos.

Embora seja bastante distinta do crime de assédio sexual no Brasil (art. 216-A do CP), essa tipificação se alinha com a compreensão cotidiana do conceito. A tradição norte-americana que cunhou a expressão “*sexual harassment*” engloba inúmeras formas de comportamento, que vão desde “elogios” inadequados e comentários sexuais indesejados até ofertas autoritárias de troca de sexo por vantagens no ambiente de trabalho, assim como os toques não consentidos no corpo de outra pessoa.⁽⁵⁾

O art. 216-A do CP brasileiro, por sua vez, define como crime a conduta de “*constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função*”. A criação desta figura no ano de 2001 deve ser creditada às reivindicações feministas que enxergam nessa prática uma cultura que impede uma real igualdade de gêneros nas diversas instituições sociais.⁽⁶⁾ No entanto, a proteção da dignidade aqui se refere à autonomia sexual de qualquer pessoa, sendo mais ampla que a (necessária) discussão de gênero.

Apesar de o constrangimento com o intuito de obter vantagem de natureza sexual não estar previsto na Alemanha como crime de assédio sexual nos termos do §184i StGB, comportamentos semelhantes já eram punidos pelos alemães sob a ideia de coação para a prática de um ato sexual, como causa de aumento de pena do crime de coação (§ 240 StGB). Esse dispositivo foi eliminado, e agora comete o crime de “coação sexual” quem praticar atos sexuais aproveitando-se de uma

situação na qual um mal relevante recaia sobre a vítima na hipótese de ela dizer “não” (§ 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB), ou quando o próprio sujeito ameaçar a vítima com um mal relevante caso ela diga “não” (§ 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB).

Diferentemente do crime de assédio sexual do art. 216-A do CP, a “coação sexual” do Direito alemão exige a execução do ato sexual para se consumir. No Brasil, em contrapartida, o dispositivo foi formulado como crime de perigo abstrato.⁽⁷⁾

Além disso, no ordenamento brasileiro o crime de assédio sexual envolve relações de hierarquia ou ascendência, não se podendo deixar de considerar aqui a tendência presente na doutrina nacional no sentido de restringir o assédio ao ambiente de trabalho, isto é, à relação entre patrões e empregados.⁽⁸⁾ Na Alemanha, o crime de coação sexual abarca tais casos, porém, é mais amplo ao permitir que sejam punidas quaisquer formas de ameaça ou de abuso de uma situação na qual a pessoa possa vir a ser prejudicada, sendo desnecessária a existência de uma relação institucional prévia entre o autor e a vítima do crime.

Essa ordem de questões oferece ensejo para se repensar a punição do assédio sexual no Brasil. A resposta penal aos toques abusivos no corpo de outra pessoa tem sido tratada de maneira extremamente problemática. São condutas que se enquadram no crime de estupro na forma do “*ato libidinoso diverso da conjunção carnal*”, mas que, devido à gravidade da sanção do art. 213 do CP, acabam sendo relegadas à mera contravenção do art. 61 da LCP, punida com pena de multa. De outro lado, se o bem jurídico tutelado é a autonomia sexual, por que deveriam ser crime somente os constrangimentos que são realizados por pessoas em posição de hierarquia e ascendência, não se levando em conta, igualmente, outros modos de tolher a liberdade de escolha da vítima, como o vizinho que chantageia uma mulher com a ameaça de denunciar um crime praticado por ela à polícia? Por fim, há que se refletir sobre a conveniência de se limitar o núcleo do tipo aos casos de ameaça verbal para a configuração do art. 216-A do CP, como vem sendo feito no Brasil. Neste tocante, nada explica tal interpretação do dispositivo em questão, a não ser a insensibilidade dos “operadores” do Direito quanto às sutilezas das amarras sociais envolvidas na conduta de assediar sexualmente alguém.

Notas

- (1) A autora agradece ao Dr. Dominik Brodowski (LL.M., UPenn) as indicações de literatura e o espaço para discussão dessas ideias.
- (2) Principalmente a Convenção do Conselho da Europa de Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, firmada em 11.05.2011, em Istambul. A respeito, cf. DEUTSCHER BUNDESTAG, Drucksache 18/8210, 25.04.2016, p. 1.
- (3) HÖRNLE, Tatjana. Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen. In: ZStW, 2015, p. 885.
- (4) DEUTSCHER BUNDESTAG, Drucksache 18/9097, 06.07.2016, p. 22 e 25. Sobre os dois modelos de regulação dos delitos sexuais que se originaram de ambas reivindicações feministas, i.e., tanto no que diz respeito ao “não”, quanto no que se refere ao “sim”, veja em breve BRODOWSKI, Dominik. Protecting the Right to Sexual Self-Determination: Models of Regulation and Current Challenges in European and German Sex Crime Laws. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). O lugar da vítima nas ciências criminais. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 15 e ss.
- (5) Sobre o conceito cf. a obra paradigmática de MACKINNON, Catharine A. *Only Words*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 45 e ss.

- (6) Uma apresentação dos debates legislativos encontra-se em FRANCO, Alberto Silva; SILVA, Tadeu Antonio Dix. Assédio sexual – art. 216-A. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (org.). *Código Penal e sua interpretação – Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: RT, 2007, p. 1059.
- (7) Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais – Bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 358.
- (8) Veja-se NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. São Paulo: RT, 2009, p. 888.

Beatriz Corrêa Camargo

Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo.

Mestre em Direito Penal pela Universidade de Bonn.

Professora de Direito Penal da
Universidade Federal de Uberlândia.

Punir e vigiar ou vigiar para punir? A (in)viabilidade de um cadastro de *sex offenders* no Brasil

Deivid Willian dos Prazeres

Introdução

A mídia, não é novidade, possui demasiado poder dentro da sociedade moderna, representando, por este motivo, uma ameaça real e concreta a todos que pretendem e se atrevem a confrontá-la.

Não obstante seu relevante papel cívico, no sentido de socializar conhecimento e permitir que o cidadão exerça controle sobre o cenário político em que se encontra inserido, a mídia tem desempenhado questionável função ao (des)informar situações cotidianas de maneira espetacular, criando o ambiente propício para intensificação de uma cultura punitiva que clama por leis penais mais rígidas e a flexibilização de garantias fundamentais como resposta mais severa aos fatos que causam grande comoção social, como, por exemplo, os delitos sexuais.

Amostra disso é o PL 4.333/2012 (de autoria do deputado Marcos Feliciano) e o PL 5.398/2013 (de autoria do deputado Jair Messias Bolsonaro), ambos da Câmara dos Deputados, que pretendem enrijecer o tratamento conferido a esses crimes, inserindo no ordenamento jurídico a famigerada “castração química” de criminosos sexuais, impondo-a, inclusive, como condição de progressão de regime durante o cumprimento da pena.

Nesse passo, na tentativa de satisfazer o desejo coletivo por punição e promover segurança social, tenta-se implementar no Brasil mecanismos de proteção contra suspeitos e condenados pela prática de delitos contra os costumes semelhantes àqueles previstos na “Lei de Megan”.

A Lei de Megan

Originária do Estado de Nova Jersey, nos Estados Unidos da América, a “Lei de Megan” surgiu como resposta ao forte apelo popular e midiático provocado pelo crime bárbaro praticado contra a criança que lhe conferiu o apelido popular, a jovem Megan Kanka, que foi estuprada e assassinada em 1994 por Jesse Timmendequas, um “predador sexual”⁽¹⁾ previamente condenado por molestar duas crianças.

O trágico incidente envolvendo Megan chocou toda a comunidade, criando o clima necessário para que uma lei pontual fosse editada no intuito de evitar a ocorrência de novos episódios deste jaez.

Inúmeras petições começaram a circular em todo o Estado de Nova Jersey exigindo o direito de que as pessoas fossem informadas sobre a existência de “predadores sexuais” na vizinhança.

Os pais de Megan reuniram mais de 430.000 assinaturas e, em

poucos meses, foi sancionada a primeira legislação estadual prevendo a notificação comunitária sobre a existência de delinquentes sexuais na vizinhança (*sex offender community notification*): a “Lei de Megan” de Nova Jersey.

Em 1996, o Congresso norte-americano aprovou a “Lei de Megan” nacional como uma emenda ao “*Jacob Wetterling Crimes Against Children’s Act*”, uma legislação federal aprovada no mesmo ano que a “Lei de Megan” de Nova Jersey (1994), cujo objetivo era impor aos Estados federados que providenciassem e mantivessem um registro de condenados por crimes sexuais e outros incidentes praticados contra crianças.

Após ser modificado, o “*Jacob Wetterling Crimes Against Children’s Act*” passou a exigir que os Estados e suas agências governamentais liberassem as referidas informações ao público.

Embora seja bem intencionada e apresente uma proposta de relevante interesse social no que tange à diminuição da ocorrência de delitos sexuais, muito se discute sobre os efeitos da “Lei de Megan” na promoção da segurança pública e na reintegração do criminoso sexual.

O principal argumento defendido por quem sustenta a necessidade da lei é a de que ela cria meios para proteger a população, especialmente as crianças, de se tornarem potenciais vítimas de agressores sexuais, colaborando para a diminuição deste tipo de crime.

Este efeito de reduzir a ocorrência de delitos sexuais, no entanto, vem sendo refutado por inúmeros estudiosos, a ponto de alguns afirmarem, inclusive, que a “Lei de Megan”, na realidade, promove uma falsa sensação de segurança, contribuindo, ao revés de seu objetivo primário, para o aumento desta espécie de crime.

De acordo com **Jill Porter**:⁽²⁾ “[...] *infelizmente, a lei não pode realmente fazer isso. Em vez disso, ela cria uma falsa sensação de segurança e nos distrai da realidade de que nossas crianças estão muito mais ameaçadas por seus amigos e familiares do que por estranhos com antecedentes criminais. O fato é que, apesar de casos notórios como o de Megan atraírem mais atenção, as crianças são mais abusadas sexualmente por parentes e amigos de confiança do que por estranhos à espreita*” (tradução livre do autor).

Para **Jills S. Levenson** e **Leo P. Cotter**:⁽³⁾ “*Por outro lado, os críticos têm sugerido que a notificação é uma resposta emocional à violência sexual e que ela fornece uma falsa sensação de segurança aos cidadãos. Apesar de abusos cometidos por estranhos receberem uma grande atenção da mídia, a maioria dos crimes sexuais são*

cometidos por membros da família ou conhecidos em vez de estranhos submetidos às leis de notificação” (tradução livre do autor).

Kristen Zgoba, Philip Witt, Melissa Dalessandro e Bonita Veysey, ao estudarem o impacto da “Lei de Megan” no Estado de Nova Jersey, concluíram que: “Apesar de a legislação ser amplamente apoiada pela comunidade, há poucas evidências e dados, incluindo este estudo, que apoiem o fato de que a Lei de Megan é eficaz na redução da reincidência e da ocorrência de novos crimes sexuais” (tradução livre do autor).⁽⁴⁾

Donna D. Schram e Cheryl Darling Milloy, de idêntico modo, avaliaram os efeitos da “Lei de Megan” no Estado de Washington: “Uma das questões cruciais desse estudo é saber se a notificação comunitária teve ou não impacto sobre a reincidência dos infratores a ela submetidos. Para isso, o estudo avaliou o comportamento recorrente de criminosos sujeitos à notificação com o mais elevado grau de risco durante os três anos que sucederam a aplicação da lei” (tradução livre do autor).⁽⁵⁾

Ao analisar os dados obtidos com a pesquisa realizada, concluíram os autores: “Embora não haja diferenças significativas nos níveis de reincidência geral, o tempo de reincidência foi diferente entre os grupos estudados. Infratores sujeitos à notificação comunitária foram presos por novos crimes muito mais rápido do que aqueles que foram libertados sem se submeter à notificação” (tradução livre do autor).⁽⁶⁾

Não obstante o fato de ser ineficaz, sabe-se que a “Lei de Megan” é responsável por criar uma espécie de catarse coletiva, induzindo a população a acreditar que a sociedade encontra-se submersa num universo infundável de delitos sexuais.

Esta sensação artificial de criminalidade excessiva fortalece o discurso de “Lei e Ordem”, despertando um sentimento de ódio e intolerância que induz a um comportamento nocivo e perverso conhecido como “vigilantismo”.

Segundo **Margie Druss Fodor**:⁽⁷⁾ “Quando as pessoas descobrem a identidade de molestadores, a situação pode ficar perigosa. Alguns criminosos sexuais cujas identidades acabaram reveladas pela Lei de Megan foram ameaçados, agredidos fisicamente e forçados a abandonar seu lar e emprego” (tradução livre do autor).

Embora a lei proíba a utilização dos registros para fins não informacionais, diversos casos de assassinatos e agressões físicas a delinquentes sexuais foram registrados nos Estados Unidos da América nos últimos anos.

Estes incidentes demonstram que, para proteger potenciais vítimas, a legislação põe em situação de vulnerabilidade toda a população a ela submetida, criando um novo problema de segurança pública, consistente na contenção de atos de violência arbitrariamente praticados por “justiceiros” contra criminosos sexuais.

Desse modo, a “Lei de Megan”, paradoxalmente, amplia o risco e aumenta a probabilidade de criminosos reincidirem delituosamente, desestimulando seu processo de recuperação e reinserção social.

A Lei de Megan no Brasil

Ainda que com um atraso de quase duas décadas em comparação aos Estados Unidos da América, algumas iniciativas normativas tentam introduzir no Brasil o conteúdo previsto na “Lei de Megan”, instituindo o polêmico cadastro de criminosos sexuais.

Tramitou no Senado Federal o PL 338/2009, que pretendia modificar a Lei 8.069/1990 (ECA) para criar e organizar um banco de dados de abrangência nacional de condenados por crimes sexuais contra crianças ou adolescentes, prevendo o direito de acesso público a informações nele inseridas.

Apesar de aprovado com alterações pontuais em duas comissões temáticas, o projeto não foi movimentado desde 24.03.2011, tendo a matéria sido arquivada no dia 23.12.2014.

Outro projeto similar (PL 629/2015), que objetiva criar e organizar o Cadastro Nacional de Pedófilos⁽⁸⁾ para reunir informações relativas a condenados e suspeitos pelos chamados “crimes de pedofilia”, tramita na Câmara dos Deputados.

Diferentemente do que propunha o PL 338/2009, o cadastro previsto neste projeto não pode ser acessado por qualquer pessoa, mas somente pelas autoridades públicas responsáveis pela alimentação do referido banco de dados.

O projeto encontra-se parado desde o dia 06.11.2015 na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC, onde aguarda o parecer sobre sua constitucionalidade.

Antes mesmo de o PL 629/2015 ser apresentado na Câmara dos Deputados, foi noticiado que a Polícia Civil de São Paulo havia desenvolvido um banco de dados de suspeitos ou condenados pela prática de delitos sexuais contra crianças e adolescentes.

Criado e alimentado pela 4.^a Delegacia de Repressão à Pedofilia de São Paulo, o cadastro reúne informações sobre suspeitos de todos os casos dos denominados “crimes de pedofilia” no Estado de São Paulo desde novembro de 2011, não existindo dados sobre a eficácia desta ferramenta para a redução de crimes sexuais.

Recentemente, entrou em vigor no Estado do Mato Grosso a Lei Estadual 10.315/2015, que cria o denominado Cadastro Estadual de Pedófilos.

A legislação, de maneira inédita, reproduz no Brasil parte da estadunidense “Lei de Megan”, diferenciando-se da 4.^a Delegacia de Repressão à Pedofilia por tornar públicos os dados dos criminosos sexuais e permitir a consulta externa das informações contidas no cadastro por ela instituído.

O Cadastro Estadual de Pedófilos será constituído com os dados pessoais e a foto de suspeitos, indiciados ou condenados por quaisquer crimes sexuais contra a dignidade sexual previstos na legislação penal em relação a crianças e adolescentes, sendo as informações nele inseridas disponibilizadas em um sítio eletrônico que pode ser consultado por qualquer internauta ou autoridades policiais e investigativas.

Os limites da Lei de Megan no Brasil

Apesar da louvável preocupação em combater e prevenir a ocorrência de delitos sexuais, bem como as tentativas de implementar mecanismos no ordenamento pátrio na tentativa de atingir este objetivo em comum, é certo que a “Lei de Megan” não possui viabilidade de ser aplicada no Brasil.

Ao submeter o ofensor sexual ao constrangimento de se registrar num banco de dados de consulta pública após o cumprimento da sanção criminal, rotulando-o por um erro cometido no passado e devidamente liquidado com a sociedade, acaba-se por violar a cláusula pétrea que proíbe penas de caráter perpétuo e cruéis no Brasil (art. 5.º, XLVII, b e e, da CRFB).

Do mesmo modo, ao expor o indivíduo perante os seus pares, transgridem-se os corolários constitucionais da privacidade e da intimidade (art. 5.º, X, da CRFB) e da dignidade humana (art. 1.º, III, da CRFB), este último que constitui um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito no Brasil.

A situação torna-se ainda mais grave nas hipóteses envolvendo suspeitos e investigados por crimes sexuais, por infringir também o enunciado da presunção de inocência (art. 5.º, LVII, da CRFB).

Além disso, a identificação pública do sujeito acaba causando efeitos colaterais aos familiares do delinquentes sexual, vez que, após terem o vínculo com o ofensor identificado pelo público, eles acabam sofrendo as consequências dos atos praticados pelo condenado, o que é vedado pelo primado constitucional da intranscendência (art. 5.º, XLV, da CRFB).

Não obstante a existência de todos esses freios legais, a “Lei de Megan” não possui viabilidade de ser implementada no ordenamento jurídico quando analisada sob o aspecto criminológico.

Primeiramente, por frustrar o caráter ressocializador da pena, na medida em que, ao perpetuar a etiqueta de delinquentes sexual, desestimula-se a reinserção do sujeito ao convívio social, incentivando a reincidência delitiva específica e geral.

Em segundo lugar, por soar como espécie de confissão da falência de todo o sistema penal, já que, para justificar a existência do registro, o ente estatal admite a ineficácia da sanção criminal para a recuperação do comportamento delituoso ao apontar a necessidade de manter vigilância sobre pessoas supostamente regeneradas.

Finalmente, por permitir, por intermédio de um discurso panfletário que inflama o senso comum, o expansionismo de uma política criminal inócua, seletiva e discriminatória, desviando o foco das verdadeiras causas do delito combatido.

Por sua vez, pelo viés econômico, a legislação também se mostra inviável, porquanto demanda grande custo para uniformizar sistemas informáticos, criar secretarias especializadas e contratar apoio técnico e humano para pôr em prática um mecanismo de eficácia duvidosa e possuidor de vários efeitos socialmente nocivos.

A “Lei de Megan”, portanto, não possui viabilidade de ser aplicada no Brasil por não encontrar suporte e ser barrada no plano jurídico, além de ser inviável sob o ponto de vista econômico e criminológico em seu país de origem, por representar um alto custo de recursos aplicados a um sistema que contribui negativamente no processo de recuperação do criminoso sexual.

Conclusão

Na atual conjectura, os meios de comunicação têm contribuído significativamente para o caos social ao alimentar uma ansiedade febril e fazer com que os cidadãos, confusos, desorientados e, principalmente, intoxicados pela má qualidade da informação veiculada exijam uma resposta penal mais severa para os delitos que causam grande comoção social, como é o caso dos delitos sexuais.

Tal premissa resta comprovada pela adoção de inúmeras medidas populistas, como a última lei que exasperou as penas aplicadas aos referidos delitos e os incluiu no rol de crimes hediondos (Lei 12.015/2009), pelos projetos de lei que pretendem a “castração química” de quem pratica estas infrações e, especificamente, pelas tentativas de introduzir no País o conteúdo da “Lei de Megan”.

Embora seja bem intencionada, a referida lei tem se comprovado ineficaz no combate e na prevenção de delitos em seu país de origem, servindo, paradoxalmente, como um agente fomentador das condutas que pretende guerrear e coibir.

Aplicar esse tipo de legislação no Brasil, portanto, é extremamente temerário, notadamente nestes tempos de histeria coletiva, em que parte da população considera socialmente aceitável fazer “justiça” pelas próprias mãos.

É preferível que, em vez de criar e manter o almejado *index* de criminosos sexuais, haja um investimento em políticas públicas que contribuam para a prevenção delitiva, como a orientação de crianças e adolescentes sobre esse tipo de conduta, evitando que elas se tornem potenciais vítimas de delitos sexuais, bem como a contratação de profissionais da área de saúde (médicos, psicólogos etc.) para tratamento desse transtorno psíquico, que, como a maioria dos problemas sociais, infelizmente deságua e acaba sendo “remediado” exclusivamente na esfera do direito criminal.

Referências Bibliográficas

AGAN, Amanda Y. Sex Offender Registries: Fear without Function? *The Journal of*

Law & Economics, v. 54, 1, fev, 2011, p. 207-239. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/10.1086/658483>>. Acesso em: 1.º maio 2016.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MATO GROSSO. *Lei n. 10.315, de 15 de setembro de 2015*. Disponível em: <http://www.al.mt.gov.br/storage/webdisco/leis/lei_13626.pdf>. Acesso em: 1.º maio 2016.

BARBOSA, Cecília Pinheiro. A responsabilidade penal do pedófilo. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 109, fev 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12794&revista_caderno=12>. Acesso em: 1.º maio 2016.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 1.º maio 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 629, de 2015*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=93A7C3DDF593DE697F6562FF663D663D.proposicoesWeb1?codteor=1307091&filename=PL+629/2015>. Acesso em: 1.º maio 2016.

_____. *Projeto de Lei n. 4.333, de 2012*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=553722>>. Acesso em: 1.º maio 2016.

_____. *Projeto de Lei n. 5.398, de 2013*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=572800>>. Acesso em: 1.º maio 2016.

CHAPMAN, Steve. *The false hope of sex offender registries: An effort to combat predators comes up empty*. 2011. Disponível em: <http://articles.chicagotribune.com/2011-08-18/news/ct-oped-0818-chapman-20110818_1-offender-registries-megan-kanka-broad-curbs>. Acesso em: 1.º maio 2016.

DATASUS. *F60-F69 Transtornos da personalidade e do comportamento do adulto*. Disponível em: <http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/f60_f69.htm>. Acesso em: 1.º maio 2016.

FILLER, Daniel M. Making the Case for Megan’s Law: A Study in Legislative Rhetoric. *Indiana Law Journal*, v. 76, No. 2, 2001. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=266119>. Acesso em: 1.º maio 2016.

PRAZERES, Deivid Willian dos. A criminalização midiática do *Sex Offender*: A questão da Lei de Megan no Brasil. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

PRESCOTT, J. J.; ROCKOFF, Jonah E. *Do Sex Offender Registration and Notification Laws Affect Criminal Behavior?*, 2010. Disponível em: <<http://www0.gsb.columbia.edu/faculty/jrockoff/papers/prescott%20rockoff%20meglaw%20jan%2010.pdf>>. Acesso em: 1.º maio 2016.

Notas

- (1) Predador sexual, segundo Daniel M. Filler (2001, p. 25/26), é um termo pejorativo utilizado em tabloides ou frases de efeitos em discursos políticos para definir agressores sexuais por intermédio de uma metáfora que compara as suas ações àquelas praticadas por animais que caçam e matam suas presas.
- (2) PORTER, Jill. *The danger of Megan’s Law: Giving Parents false sense of security*. The Free Lance-Star, Virginia, 9 jan. 1995. Disponível em: <<https://news.google.com/newspapers?id=QOgyAAAAIBAJ&sjid=vAcGAAAIBAJ&hl=pt-BR&pg=2335%2C1198555>>. Acesso em: 1.º maio 2016..
- (3) LEVENSON, Jill; COTTER, Leo. The Effect of Megan’s Law on Sex Offender Reintegration. *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 21:49-66, fev. 2005, p. 51. Disponível em: <<http://www.survivorscotland.org.uk/downloads/1292244066-Levenson-Megans%20Law%20Impact.pdf>>. Acesso em: 1.º maio 2016.
- (4) ZGoba, Kristen. WITT, Philip; DALESSANDRO, Melissa; VEYSEY, Bonita. *Megan’s Law: Assessing the Practical and Monetary Efficacy*, 2008, p. 41. Disponível em: <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/225370.pdf>>. Acesso em 1.º maio 2016.
- (5) SCHRAM, Donna D.; MILLOY, Cheryl Darling. *Community Notification: A Study of Offender Characteristics and Recidivism*, 1995, p. 16. Disponível em: <<http://www.wsipp.wa.gov/rptfiles/chrrec.pdf>>. Acesso em: 1.º maio 2016.
- (6) Idem, p. 19.
- (7) FODOR, Margie Druss. *Megan’s Law: Protection or Privacy*. Berkeley Heights: Enslow, 2001, p. 72.
- (8) A pedofilia é um transtorno da personalidade patológico reconhecido pela Organização Mundial da Saúde – OMS (CID 10 - F65.4), que se caracteriza, em resumo, pela preferência sexual por crianças pré-púberes ou no início da puberdade (DATASUS, 2016). O comportamento sexual, em si, não é considerado crime pela legislação brasileira, que se limita a punir o pedófilo baseado em outros delitos, como, por exemplo, o estupro de vulnerável ou algumas condutas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (BARBOSA, Cecília Pinheiro, 2013).

Deivid Willian dos Prazeres

Diretor da Associação dos Advogados Criminalistas do Estado de Santa Catarina.

Autor da obra: *A criminalização midiática do sex offender* (Empório do Direito, 2016).

Advogado criminalista.

IBCCRIM

O que vem por aí:

Fevereiro

Grupo de Estudos Ciências Criminais e Direitos Humanos (GCCRIMDH)

Período de inscrição:
25 de janeiro a 27 de fevereiro

Grupo de Estudos Avançados de Escolas Penais (GEA)

Período de inscrição:
10 de Fevereiro a 10 de março

Março

O Laboratório do IBCCRIM está presente em diversos estados do Brasil. Confira as informações das cidades já confirmadas:

- Aracaju/SE
- Belo Horizonte/MG
- Fortaleza/CE
- Macapá/AP
- Maceió/AL
- Paraná/PR
- Recife/PE
- Salvador/BA
- Santa Catarina/SC
- Santos/SP
- São Luís/MA
- São Paulo/SP
- Teresina/PI
- Porto Alegre/RS

Programe-se e fique atento para a abertura de novas turmas em outras localidades. Em breve mais informações no site do IBCCRIM!

www.ibccrim.org.br

