Dezembro 2016

REVISTA

DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Edição nº 16 – 2016

Alana Sonego Tartarotti
Antonio Marcelo Pacheco
Bruna Anziliero
Fábio Agne Fayet de Souza
Fernanda Molinari
Gabriel Saad Travassos do Carmo
Graziela de Oliveira Kohler
Herta Grossi
Isadora Bays
Isadora Costi Fadanelli
Julian Dias Guatimozim
Lisiane Kalil
Luana Bonamigo
Lucas Andres Arbage
Maria Izabel Severo
Mariana Py Muniz Cappellari
Marilene Marodin
Patrícia Fonseca Carlos Magno de Oliveira
Samantha Buglione
Sérgio Miguel Achutti Blattes
Vanessa Moreira Peres

Coordenação Editorial
Mariana Py Muniz Cappellari

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
do Rio Grande do Sul

Porto Alegre/RS
2016

DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ISSN 2177-8116

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul [*online*] /
Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 7, V.16
(setembro/dezembro.2016). – Porto Alegre: DPE, 2016 –

Quadrimestral.
Modo de Acesso: <http://www.dpe.rs.gov.br>
Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.
ISSN 2177-8116

1. Direito - Periódico I. Rio Grande do Sul (Estado). Defensoria Pública.

CDD 340.05
CDU 34(05)

Ficha Catalográfica elaborada por Gilmara Gomes - CRB-10/1367

Corag | Imprensa Oficial do Rio Grande do Sul

Impresso na Companhia Rio-grandense de Artes Gráficas | CORAG
Diagramação: Lilian Lopes Martins | Artur Zacca

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO
Cristiano Vieira Heerdt

CORREGEDORA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA
Adriana Hervé Chaves Barcellos

SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS INSTITUCIONAIS
Cassandra Sibemberg Halpern

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS JURÍDICOS
Tiago Rodrigo dos Santos

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS
Antônio Flávio de Oliveira

COORDENADORA DA REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
Mariana Py Muniz Cappellari

CONSELHO EDITORIAL
Fernanda de Souza Moreira Torres
Henrique Marder da Rosa
Janaína Rodrigues Oliveira
João Batista Oliveira de Moura
Mariana Py Muniz Cappellari

EQUIPE TÉCNICA
(Execução, revisão e distribuição)
Cristiane Azevedo dos Reis
Lyége Kunde
Rute Antunes de Mello
Virgínia Feix

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
Rua Sete de Setembro, 666 | Centro Histórico
CEP 90010-100 | Porto Alegre/RS
Tel. (51) 3211-2233
www.dpe.rs.gov.br/site/revista_eletronica.php

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 7

PARCERIA ENTRE DEFENSORIA PÚBLICA/RS E CLIP: (RE) CONSTRUINDO INTERAÇÕES FAMILIARES
Fernanda Molinari, Herta Grossi, Lisiane Kalil, Maria Izabel Severo e Marilene Marodin 11

MEDIAÇÃO ENVOLVENDO IDOSOS: CONSIDERAÇÕES PARA A PRÁTICA A PARTIR DA EXPERIÊNCIA NA DEFENSORIA PÚBLICA
Fernanda Molinari, Herta Grossi, Maria Izabel Severo e Marilene Marodin 31

ALICE E O DIREITO SEM O IMPÉRIO DO INDIVÍDUO
Antonio Marcelo Pacheco.....51

ANOTHER BRICK IN THE WALL: A DISCIPLINA DAS FALTAS DISCIPLINARES IMPOSTAS AOS ADOLESCENTES INTERNADOS. ANÁLISE DA RESOLUÇÃO Nº 005/2012 DA FASE/RS
Mariana Py Muniz Cappellari.....73

FALSAS MEMÓRIAS: DISCUSSÕES ACERCA DA PROVA PENAL A PARTIR DE "THE GOOD WIFE"
Alana Sonego Tartarotti, Fábio Agne Fayet de Souza, Isadora Bays e Isadora Costi Fadanelli 91

OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E OS LIMITES NORMATIVOS À REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL
Gabriel Saad Travassos do Carmo 111

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD): (IM) POSSÍVEIS RELAÇÕES COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS
Julian Dias Guatimozim.....131

A EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO APENADO E O CENÁRIO DO RIO GRANDE DO SUL
Lucas Andres Arbage.....165

O TRIBUNAL DO JÚRI À LUZ DO CENÁRIO MIDIÁTICO: OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO DE MASSA COMO MOLA PROPULSORA DO ESPETÁCULO PUNITIVO
Sérgio Miguel Achutti Blattes e Vanessa Moreira Peres.....185

MEDICINA LEGAL COMO MEIO GARANTIDOR DA JUSTIÇA
Graziela de Oliveira Kohler e Luana Bonamigo.....211

ENCARCERAMENTO FEMININO: UM OLHAR SOBRE MULHERES E MEDIDAS DE SEGURANÇA
Patrícia Fonseca Carlos Magno de Oliveira 225

ENTRE A AÇÃO POLÍTICA DAS MULHERES E A PARTICIPAÇÃO DAS MULHERES NA POLÍTICA: O QUE ESTAMOS NEGLIGENCIANDO?
Bruna Anziliero e Samantha Buglione.....261

APRESENTAÇÃO

Em sua décima sexta edição, a Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul segue seu intuito de potencializar o estudo, a reflexão e a renovação do direito, atenta às inovações decorrentes das atualizações legislativas, como por exemplo, a obrigatoriedade da mediação. Continua também promovendo a interação com outras ciências e as artes (literatura, música e cinema), eis que alguns de nossos autores partem do estudo de um livro; uma música e uma série televisiva para analisar as mais diversas áreas do direito.

Sempre observando as suas atribuições constitucionais, dentre elas, promover os Direitos Humanos, os tratados internacionais também são contemplados nesta edição, assim como as questões pertinentes ao Direito Penal.

Acompanhando os avanços do Novo Código de Processo Civil e considera-se que a efetiva garantia do acesso à justiça e defesa dos direitos humanos das pessoas e grupos vulneráveis, objeto central da atuação da Defensoria, está a exigir, mais e mais, o desenvolvimento de técnicas e metodologias para a busca de soluções consensuais na resolução de conflitos, seja extrajudicialmente, de forma preventiva, ou judicialmente, quando a primeira alternativa não for exitosa. Neste sentido, a Defensoria se debruça sobre a matéria através do projeto Construindo a Política de Mediação no Âmbito da Defensoria Pública do RS, que está em fase de implementação, e traz à baila dois artigos sobre a matéria: Parceria entre a Defensoria Pública/RS e CLIP- (Re)Construindo Interações Familiares e Mediação Envolvendo Idosos: Considerações para Prática a partir da Experiência na Defensoria Pública, das autoras Fernanda Molinari, Herta Grossi, Lisiane Kalil, Maria Izabel Severo e Marilene Marodin, os quais se complementam e nos apresentam parte da experiência da Instituição, a qual se pretende aprimorar e aprofundar com o projeto.

Visando aproximar o Direito das mais diversas áreas, dentre elas, as artes, através do artigo Alice e o Direito sem o Império do Indivíduo, o autor Antonio Marcelo Pacheco busca compreender o direito não mais a partir da essencialidade do sujeito, mas numa perspectiva sociológica conectada com a distopia de uma sociedade pós-moderna ou de segunda modernidade ou mesmo líquida. Nessa proposta de compreender o sistema jurídico para além do tradicional, ele faz uma aproximação entre a obra “Alice no País das Maravilhas”, de Lewis Carroll e a Teoria dos Sistemas conforme apresentada por Niklas Luhmann a partir de alguns conceitos que, importantes para a compreensão dessa teoria, permitem a emergência de efeitos que vão ao encontro da atual condição de crise do discurso jurídico.

Seguindo essa mesma lógica interdisciplinar e voltando a atenção para um público muito afeto á Defensoria, que recentemente celebrou termo de cooperação com a FASE/RS para capacitação em direitos, apresento artigo de minha autoria, Another Brick in the Wall: a Disciplina das Faltas Disciplinares Impostas aos Adolescentes Internados. Analisando a Resolução nº 005/2012 da FASE/RS, procuro dar conhecimento à população como estão dispostas as faltas disciplinares que são imputadas aos adolescentes, que se encontram internados, cumprindo medida socioeducativa junto à Fundação de Atendimento Socioeducativo do Estado do Rio Grande do Sul. Em suma, a minha análise tem por fim desvelar, de forma crítica, a tipificação concedida às faltas disciplinares, com escopo em preceitos constitucionais e convencionais. Empreendo, ainda, correlação entre a disposição das faltas na forma posta e a doutrina de Michel Foucault, no que tange a emergência da sociedade disciplinar, motivo pelo qual parte do título concedido ao artigo tem por escopo música de autoria da banda Pink Floyd, mormente no que diz com a sua segunda parte, haja vista espelhar o controle mental e social exercido pela educação.

Encerrando esse viés de comunicação com a literatura e com a música, a Revista envereda para a dramaturgia com o artigo O Ato de Reconhecimento e o Pensamento Lombrosiano: discussões acerca da prova penal a partir de "The Good Wife". Os autores Alana Sonego Tartarotti, Fábio Agne Fayet, Isadora Bays e Isadora Costi Fadanelli, criticam a prova testemunhal, especificamente quanto ao ato de reconhecimento no processo penal, analisando um episódio da série "The Good Wife", oportunidade em que abordam o fenômeno das falsas memórias, que pode influenciar de forma bastante significativa a decisão proferida pelo julgador.

Concatenada com a importância da universalização das boas práticas e ciente da necessidade de constante reafirmação dos Direitos Humanos, essa edição traz dois textos que dispõem sobre os tratados internacionais. O primeiro deles Os Tratados Internacionais de Direito Humanos e os Limites Normativos à Redução da Maioridade Penal, do autor Gabriel Saad Travassos do Carmo, busca analisar os limites impostos pelo Poder Constituinte Originário e pelos tratados internacionais de direitos humanos sobre qualquer medida legislativa que tenha por objetivo a redução da maioridade penal e a sujeição de adolescentes ao sistema processual penal e ao sistema de execução penal adulto. O segundo, intitulado Regime Disciplinar Diferenciado (RDD): (Im)Possíveis Relações com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e princípios constitucionais penais, do autor Julian Dias Guatimozim, faz uma análise das relações entre o RDD – Sanção disciplinar criada pela Lei Federal nº 10.792/03 - e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, com o propósito de abrir discussão sobre o cumprimento da legislação internacional quanto às diretrizes para o tratamento do indivíduo preso. O texto demonstra a força ju-

rídica de princípios como Dignidade da Pessoa Humana, Humanidade das Penas e Proporcionalidade dentro da execução penal, confrontando o RDD com os Direitos Humanos e os Princípios Constitucionais, a fim de constatar se a mesma tem realmente atingido o seu propósito, que é a ressocialização.

Prosseguindo na esfera penal, o autor Lucas Andres Arbage, no artigo A Educação como Direito Fundamental do Apenado e o Cenário do Rio Grande do Sul, demonstra que o ensino superior, tardiamente instituído no Brasil, apesar da criação de variadas políticas de acesso, não contempla os apenados. O artigo assevera que, apesar de poder funcionar como um agente ressocializador, o direito positivado dos apenados à educação é negligenciado, configurando-se como leitura instigante, seja pela pouca literatura e/ou pelo caráter social e humano que contém.

No texto O Tribunal do Júri à Luz do Cenário Midiático: Os Meios de Comunicação de Massa como Mola Propulsora do Espetáculo Punitivo, os autores Sérgio Blattes e Vanessa Moreira Peres discorrem sobre a influência que a mídia exerce diante do Conselho de Sentença no Tribunal do Júri, eis que, muitas vezes, a visão e a percepção dos fatos pela sociedade contemporânea dão asas para a construção do crime como espetáculo. Sugere que a oferta midiática de uma sequência de episódios sangrentos alimenta a opinião dos componentes do Júri, concluindo que, para crimes de grande repercussão, o desaforamento não é um instituto eficaz para que se faça um julgamento norteado por juízes neutros.

As autoras Graziela de Oliveira Kohler e Luana Bonamigo, no artigo Medicina Legal como Meio Garantidor da Justiça, destacam a relevância da Medicina Legal que, sendo um ramo vasto e complexo, tem por objetivo unir a Medicina e o Direito com o propósito de trazer clareza a determinadas situações jurídicas. As autoras buscam comprovar que a esfera de ação da matéria vai além da perícia criminal, sendo um ramo indispensável e valoroso para alcançar respostas e, portanto, tem papel fundamental como meio garantidor de Justiça.

Encerrando os assuntos relacionados à matéria penal e com olhar direcionado às questões femininas e sensíveis, o artigo Encarceramento Feminino: Um Olhar sobre Mulheres e Medidas de Segurança, da autora Patrícia Magno, Defensora Publica do Rio de Janeiro, situa-se no bojo das discussões sobre o entrecruzamento entre crime, loucura e gênero. O texto debruça-se sobre estudo comparativo de dados levantados em 03 fontes: em estatística de 1926 publicada na tese de fim de curso de medicina da psiquiatra rebelde Nise da Silveira, sobre a Criminalidade Feminina; no INFOPEN Mulheres e, por último, no acervo da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Ainda no compasso dos direitos das mulheres e encerrando esta edição, o artigo Entre a Ação Política das Mulheres e a Participação das Mulheres na Política: o que estamos negligenciando? as autoras Bruna Anziliero e Samantha Buglione analisam a participação política das mulheres a partir de uma distinção entre ação política e participação na política. Defendem que o marco teórico é o conceito de política como liberdade, razão pela qual, tanto o ato quanto a ação política, estariam para além da participação em governos, estados, instituições e movimentos.

Assim, agradecemos a leitura desta edição, convidando aos leitores a também participar com seus textos, compartilhando princípios norteadores da atuação da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul e promovendo a reunião da comunidade, jurídica ou não, em torno da necessidade e da importância de sempre garantir o acesso à justiça, educar em direitos e, acima de tudo, promover sempre os Direitos Humanos.

Porto Alegre, dezembro de 2016.

MARIANA PY MUNIZ CAPPELLARI
DEFENSORA PÚBLICA
COORDENADORA DA REVISTA DA DEFENSORIA

PARCERIA ENTRE DEFENSORIA PÚBLICA/RS E CLIP: (RE) CONSTRUINDO INTERAÇÕES FAMILIARES

Marilene Marodin[1]
Fernanda Molinari[2]
Herta Grossi[3]
Lisiane Kalil[4]
Maria Izabel Severo[5]

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade deixar um registro dos caminhos percorridos a partir da implantação do Núcleo de Mediação de Conflitos através da iniciativa pioneira de parceria Institucional da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul com a CLIP – Clínica de Psicoterapia e Instituto de Mediação, firmada no ano de 2008. Inicialmente, o artigo abordará noções conceituais da Mediação e seu reconhecimento como Política Pública, através da Resolução 125 do CNJ. Após, apresentará a metodologia utilizada para atendimentos a partir da análise do fluxograma ela-

[1] Psicoterapeuta de Casal e Família. Mediadora de Conflitos. Diretora da CLIP - Clínica de Psicoterapia e Instituto de Mediação -; Coordenadora do Projeto Mediação da Defensoria Pública do Estado do RS. Sócia Fundadora da AMARGS- Associação de Mediadores, Árbitros e Conciliadores do Rio Grande do Sul. Superintendente Regional do CONIMA. Diretora e Coordenadora da Comissão de Psicologia das Famílias do IBDFAM/RS. E-mail: marodin@terra.com.br.

[2] Doutora em Psicologia Forense pela Universidade Fernando Pessoa (Portugal). Mediadora de Conflitos pela CLIP. Advogada. Psicanalista Clínica. Docente e Supervisora no Curso de Formação de Mediadores de Conflitos da CLIP Especialista em Direito de Família pela PUC/RS. MBA em Direito Civil e Processo Civil pela FGV. Vice-Presidente da Sociedade Brasileira de Psicologia Jurídica. Vice-Presidente da Associação Brasileira Criança Feliz. Diretora do IBDFAM/RS. Coordenadora do Núcleo de Mediação em contextos de Alienação Parental, da CLIP. Sócia fundadora da AMARGS Associação de Mediadores, Árbitros e Conciliadores do Rio Grande do Sul. Membro do Centro de Investigação em Estudos da Criança, na Universidade do Minho/Portugal. E-mail: fernanda.molinari@outlook.com.

[3] Advogada. Especialista em Psicopedagogia Clínica e Institucional. Mediadora de Conflitos. Docente e supervisora de estágio no Curso de Capacitação de Mediadores de Conflitos da CLIP. Capacitação em Mediação Escolar. Membro da Diretoria da Associação Brasileira de Psicopedagogia – seção Rio Grande do Sul - ABPp/RS - Conselho Científico e Assessora de Apoio Jurídico. Membro fundador da AMARGS – Associação de Mediadores, Árbitros e Conciliadores do RGS. Membro da Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB/RS – CEMPR. Especialista da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem - CBMAE FEDERASUL. Doutoranda em Psicologia Social pela Universidade Argentina John F. Kennedy Buenos Aires. E-mail: hertagrossi@gmail.com.

[4] Mediadora de conflitos pela Clínica de Psicologia e Instituto de Mediação (CLIP), Mestre em Psicologia Social e da Personalidade, Especialista em Terapia de Casal e Família, formada em Direito e Psicologia, idealizadora do blog Mediar Conflitos (www.mediarconflitos.com). E-mail: lisiane@mediarconflitos.com.

[5] Empresária, Conselheira de Administração e Coach; Mediadora, professora e supervisora do Curso de Formação de Mediadores da Clip – Instituto de Mediação; Especialista financeira em equipe de Práticas Colaborativas; Especialista em Finanças e Gestão Empresarial/Fundação Getúlio Vargas; participou do Treinamento Básico de Mediação Transformativa com Barush Bush (Institute for The Study of Transformative Mediation/Hofstra University, EUA, 2011), do Treinamento Avançado em Mediação Transformativa com Joseph Folger (IMAB, São Paulo, 2014), entre outros. E- mail: mis.severo@gmail.com.

borado pela CLIP. Para finalizar teremos o levantamento estatístico dos resultados dos atendimentos dos casos atendidos pela Equipe de Mediação na Defensoria Pública do Rio Grande do Sul desde o início, em Maio de 2008 até o ano de 2015.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação de Conflitos, Clínica de Psicoterapia e Instituto de Mediação, Mediação de Conflitos na Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Parceria Institucional, Políticas Públicas.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Mediação como Política Pública: Perspectivas da Resolução Brasileira Nº 125 do CNJ. 3. A Mediação como Proposta de Política Pública nos Conflitos Familiares da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. 4. Conclusão. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Conflitos são inerentes aos processos de desenvolvimento humano, não sendo estáticos, mas dinâmicos, e existem não só dentro de cada indivíduo – o *conflito intrapsíquico*, como entre pessoas – o *conflito interpessoal*, assim como entre grupos – *conflito intergrupal*. Na procura de resolução do primeiro, podemos lançar mão da terapia ou da mediação intrapessoal[6] (Mejia, 2009); já em relação ao conflito interpessoal, que abrange as relações com o outro – alteridade – há diferentes possibilidades de resolução, dependendo da área enfocada, seja terapêutica, jurídica, educativa ou social. Quanto mais abrangente for essa contribuição maior será a valorização da pessoa em seu contexto, pois é na complexidade das relações humanas que o conflito se manifesta. De acordo com as interações vivenciadas nessas relações, o conflito torna-se um fator de crescimento ou de paralisação dos indivíduos (Marodin & Breitman, 2010).

De acordo com a teoria psicanalítica, é o conflito intrapsíquico que impulsiona o conflito interpessoal, provocando algumas vezes interações que impossibilitam o diálogo. Cada um dos envolvidos narra a história com prevalência de sua percepção dos fatos que invariavelmente se apresenta contraditória. Depreende-se daí a dificuldade de entender por que um problema simples adquire tanta importância em uma disputa entre participantes que se apresentam aparentemente com os mesmos objetivos e pretensões. Somente a pluralidade das motivações inconscientes pode

[6] Sobre o tema, recomendamos a leitura do capítulo Mediação Intrapessoal, da autoria de Denise Manfred e Marilene Marodin.

explicar a diversidade entre os objetivos das pessoas envolvidas. Assim, discussões radicais a respeito de determinado tema devem ser detalhadamente decodificadas, para que se tornem visíveis os interesses ocultos, e então seja possível compor uma negociação legítima entre os envolvidos.

Nesta perspectiva, assume especial relevância a utilização da Mediação, como processo de solução de controvérsias no qual um profissional – o mediador – intervém de forma imparcial, facilitando a comunicação entre os envolvidos, com vistas à solução do conflito. Esta solução, de benefício mútuo, será construída pelos próprios participantes, a partir da identificação dos seus interesses e necessidades, e será legitimada através de um acordo voluntário.

É inserido dentro deste novo paradigma de resolução de conflitos que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através da sua Resolução nº 125, estabelece a mediação como forma de política pública de tratamento adequado de conflitos.

O presente artigo irá abordar a pioneira e exitosa parceria realizada entre a CLIP – Clínica de Psicoterapia e Instituto de Mediação - e a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, desde 2008, para instalação de um setor de mediação voltado ao atendimento de contextos familiares. Para tanto, iremos descrever os pilares deste convênio, a implantação e sensibilização do contexto, a formação e supervisão dos mediadores, realização dos atendimentos, e, por fim, apresentaremos os resultados decorrentes destes anos de atividades.

2 A MEDIAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA: PERSPECTIVAS DA RESOLUÇÃO BRASILEIRA Nº 125 DO CNJ

Por meio da mediação, o conceito de Justiça apresenta-se como um valor adequadamente estabelecido, por meio de um procedimento equânime que auxilie os envolvidos a produzir resultados satisfatórios, considerando o pleno conhecimento deles quanto ao contexto fático em que se encontram. Portanto, na mediação, a justiça se concretiza na medida em que os mediandos foram estimulados à produção da solução de forma consensual e, tanto pela forma como pelo resultado, vivenciam satisfação pelo protagonismo, autonomia e exercício de uma pacificação social (Azevedo, 2013).

Considerando que cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação, e a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios e, considerando que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, em 29 de novembro de 2010 foi aprovada a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça.

Os objetivos da Resolução 125 do CNJ podem ser assim compreendidos: *i*. Disseminar a cultura da pacificação social e estimular a prestação de serviços autocompositivos de qualidade; *ii*. Incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas amplos de autocomposição (art. 4º) e *iii*. Reafirmar a função de agente apoiador da implantação de políticas públicas.

A criação de uma resolução do Conselho Nacional de Justiça Brasileiro que dispõe sobre a conciliação e a mediação partiu de uma premissa de que cabe ao Judiciário estabelecer a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses resolvidos no seu âmbito - seja por meios heterocompositivos, seja por meios autocompositivos. Esta orientação foi adotada, de forma a organizar, em todo território nacional, não somente os serviços prestados nos curso da relação processual (atividades processuais), como também os que possam incentivar a atividade do Poder Judiciário de prevenção de demandas com as chamadas atividades pré-processuais de conciliação e mediação. Pela perspectiva da Resolução, aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Com a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, surge a necessidade de Tribunais e magistrados criarem contextos colaborativos. A pergunta recorrente no Poder Judiciário deixou de ser "como devo sentenciar em tempo hábil" e passou a ser "como devo abordar essa questão para que os interesses que estão sendo pleiteados sejam realizados de modo mais eficiente, com maior satisfação do jurisdicionado e no menor prazo". (Azevedo, 2013).

A Resolução Brasileira nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, estabelece no Código de Ética, a partir do artigo 1º, os princípios e garantias da mediação judicial, determinando que são *princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, competência, imparcialidade, neutralidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes.*

Pelo paradigma da Resolução nº 125 do CNJ, o princípio da *confidencialidade* refere-se ao dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese; o *princípio da competência* diz respeito ao dever do mediador de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial, com capacitação na forma desta Resolução, observada a reciclagem periódica obrigatória para formação continuada; o *princípio da imparcialidade* refere-se ao dever do mediador de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente; o *princípio da neutralidade* do mediador diz respeito ao dever de manter equidistância das partes, respeitando seus pontos de vista, com atribuição de igual valor a cada um deles; o *princípio da independência e autonomia* refere-se ao dever do mediador de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo obrigação de redigir acordo ilegal ou inexequível; e o *princípio do respeito à ordem pública e às leis vigentes* diz respeito ao dever do mediador de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes.

A Resolução nº 125 do CNJ estabelece que as regras que regem o procedimento da mediação são normas de conduta a serem observadas pelos mediadores para seu bom desenvolvimento, permitindo que haja o engajamento dos envolvidos, com vistas à sua pacificação e ao comprometimento com eventual acordo obtido, sendo elas: *i. Informação*, que diz respeito ao dever do mediador de esclarecer sobre o método de trabalho, apresentando-o de forma completa, clara e precisa, informando sobre os princípios deontológicos, as regras de conduta e as etapas do procedimen-

to; *ii*. *Autonomia da Vontade*, compreendida como o dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos mediandos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo, podendo inclusive interrompê-lo a qualquer momento; *iii*. *Ausência de obrigação de resultado*, pois o mediador não deve forçar um acordo, ou tomar decisões pelos mediandos, cabendo a eles a construção de um entendimento. Neste sentido, não há como garantir o resultado final da mediação, pois dependerá, antes de mais, do comprometimento e evolução dos mediandos durante o procedimento; *iv*. *Desvinculação da profissão de origem*, ocasião em que o mediador deve esclarecer que atua desvinculado de sua profissão de origem, informando que, caso seja necessária orientação ou aconselhamento afetos a qualquer área do conhecimento poderá ser convocado para a sessão o profissional respectivo, desde que com o consentimento de todos e; *v*. *Teste de Realidade*, onde o mediador deve assegurar que os envolvidos, ao chegarem num acordo, compreendam perfeitamente suas disposições, que devem ser exequíveis, gerando o comprometimento com seu cumprimento.

3 A MEDIAÇÃO COMO PROPOSTA DE POLÍTICA PÚBLICA NOS CONFLITOS FAMILIARES DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Visando aprofundar o conhecimento do estado da arte das formas alternativas de resolução de conflitos iniciadas no Brasil, entre elas a mediação, foi que o Ministério da Justiça elaborou um estudo relativo ao "Acesso à justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos", no ano de 2005. Referido estudo, que alcançou um total de 67 programas distribuídos por 20 unidades da Federação, teve como um dos objetivos contribuir para o desenho e fortalecimento de uma política pública de mediação no Brasil, apoiando seus primeiros passos, como bem escreve o ex-Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos:

> Sem um fortalecimento expressivo dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, o Judiciário continuará sofrendo a situação absurda de uma quantidade não absorvível de pretensões e, ao mesmo tempo, de uma demanda reprimida de milhões de pessoas sem acesso à Justiça. Os meios alternativos podem contribuir nas duas pontas do problema, tirando alguns conflitos da estrutura clássica do Judiciário e resolvendo aqueles que nunca chegariam a ela.

Tendo em vista que a Defensoria Pública possui o objetivo de proporcionar acesso à Justiça de forma irrestrita aos cidadãos de baixa renda financeira, a mediação, enquanto forma de política pública, é uma importante ferramenta de solução de conflitos nesse procedimento. Com base nessa premissa, a Clínica de Psicoterapia e Instituto de Mediação (CLIP), instituição brasileira localizada na cidade de Porto Alegre (Estado do Rio Grande do Sul) que possui este setor denominado de Instituto de Mediação, representado por sua diretora, Marilene Marodin, e pela docente Lisiane Lindenmeyer Kalil, propuseram a implantação do serviço de Mediação de Conflitos junto à Defensoria Pública, no intuito de propiciar atendimentos em mediação àqueles que não possuem condições de contratar um profissional para dialogar sobre suas questões de forma colaborativa.

Por acreditar na relevância de um Serviço de Mediação de Conflitos instalado em uma Defensoria Pública, o Instituto de Mediação da CLIP buscava, desde 1998, iniciar um convênio no qual se dispunha a mediar neste contexto. Após várias tentativas de sensibilizar interessados para a construção desta parceria no final de 2007 a então Coordenadora da Regional I, Dra. Adriana Burguer, demonstrou não só receptividade como também entusiasmo com a proposta apresentada, levando-a para apreciação da Defensora Pública Geral da época, Dra. Maria de Fátima Záchia Paludo, que também se posicionou favorável ao projeto. Os trâmites começaram a ser agilizados e foram continuados pelo Coordenador da Regional I, Dr. Nilton Leonel Arnecke Maria, sendo encaminhada a finalização do Acordo de Cooperação Técnica.

No dia 25 de março de 2008, a Defensora Pública-Geral em exercício, Léa Brito Kasper, e a Clínica de Psicoterapia e Instituto de Mediação (CLIP), representada pelas mediadoras Marilene Marodin e Lisiane Lindenmeyer Kalil, assinaram convênio para implantação do Núcleo de Mediação Familiar na Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Esta parceria foi constituída com o objetivo de estabelecer condições de cooperação e apoio técnico da CLIP para viabilizar os atendimentos em mediação na Regional I da Unidade Central de Atendimento e Ajuizamento (UCAA), na área de Família.

Desde o ano de 2008, o referido convênio tem sido renovado anualmente pelos Defensores-Gerais.

3.1 IMPLANTAÇÃO DA MEDIAÇÃO NA DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO GRANDE DO SUL PARA ATENDIMENTOS EM CONTEXTOS FAMILIARES[7]

Desde 1995, a CLIP ministra anualmente cursos de formação em Mediação de Conflitos, que tem como objetivos *i*. Possibilitar aquisição de conhecimentos teóricos e práticos sobre diferentes contextos de mediação; *ii*. Proporcionar o desenvolvimento de habilidades para intervenções em mediação e *iii*. Capacitar o uso dos próprios recursos para mediar conflitos em diferentes contextos.

Após o Módulo Teórico, os alunos têm a oportunidade de realizar um Estágio Supervisionado de Mediação de Conflitos, a fim de completarem a sua formação como mediadores seguindo as proposições do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem do Brasil (CONIMA). O Instituto de Mediação-CLIP conta com estes profissionais, oriundos do Curso de Formação em Mediação de Conflitos, para prestarem um serviço de atendimento em mediação às pessoas que buscam a Defensoria Pública, ao mesmo tempo em que exercitam seus conhecimentos teóricos e aperfeiçoam suas habilidades.

3.2 PREPARAÇÃO E SENSIBILIZAÇÃO DO CONTEXTO

A implantação deste Serviço de Mediação Familiar na Defensoria Publica teve início com palestras informativas para os Defensores, para os atendentes do Setor de Triagem, assim como para outros profissionais da instituição, objetivando a informação e divulgação da mediação e a dinâmica de implantação do projeto nesta etapa inicial.

Foram organizadas Palestras Informativas, convocadas pela Defensora-Geral, para os Defensores e outros profissionais da instituição. Estas ocasiões oportunizaram debater conceitos, explicitar a proposta de trabalho e divulgar o plano de ação. Também foram realizadas Palestras Informativas para os atendentes do Setor de Triagem, tendo em vista que os mediandos chegam inicialmente a este setor e é a partir dele que são encaminhados à mediação, o que requer, para tanto, um conhecimento prévio

[7] Docentes Supervisoras da Clínica de Psicoterapia e Instituto de Mediação: Marilene Marodin (Coordenadora do Curso de Formação em Mediação e Responsável pela Implantação do Setor de Mediação na Defensoria Pública), Maria Izabel Schneider Severo (Coordenadora do Estágio Prático e responsável pelos Relatórios Anuais dos casos atendidos na Defensoria Pública), Fernanda Molinari (Coordenadora do Núcleo de Mediação em contextos de Alienação Parental da CLIP), Herta Grossi (Coordenadora do Curso de Alienação Parental) e Lisiane Lindenmeyer Kalil (Responsável pela Implantação do Setor de Mediação na Defensoria Pública) e Manuela Mallmann.Todas as docentes supervisoras da CLIP atuam como mediadoras na Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

dos casos que podem ser beneficiados por este procedimento consensual. As Palestras Informativas para o Setor de Triagem continuam sendo periodicamente realizadas visando esclarecer e atualizar os novos estagiários sobre o trabalho do Serviço de Mediação. Buscamos concomitantemente trabalhar como equipe colaborativa com a Coordenadora da Unidade Central de Atendimento e Ajuizamento das Ações de Família, cargo exercido atualmente pela Dra. Juliana Silva Braga.

3.3 ADEQUAÇÃO DO MATERIAL DE REGISTRO DOS CASOS À DINÂMICA DA INSTITUIÇÃO

O material para registros dos casos atendidos no Serviço de Mediação foi adaptado para tornar-se adequado à dinâmica da Instituição. Esse registros são realizados de forma contínua, com o preenchimento de fichas após cada procedimento de mediação, e elaborados relatórios sistemáticos encaminhados tanto à coordenação do Instituto de Mediação da CLIP, quanto à Defensoria Pública, para acompanhamento do trabalho realizado, cujos resultados são publicados anualmente no Relatório Anual da Defensoria.

Após a realização dos atendimentos, e para se fazer um levantamento estatísticos dos casos atendidos, os mediadores preenchem um Relatório de Atendimento para cada caso, em que constará; *i. A origem da mediação*, que pode ser pelo setor de atendimento, Defensor ou Equipe de Psicologia; *ii. O motivo principal da mediação*, que pode ser separação do casal, partilha de bens, cuidados com os filhos, cuidados com os pais, cuidados com outros membros da família e questões de convivência; *iii. Resultado da Mediação*, em que pode ter ocorrido acordo verbal, acordo escrito, sem acordo, desistência/abandono ou não ocorrência da mediação, por ser um caso impróprio ou sem consentimento dos mediandos; *iv. Tipo do último atendimento realizado*, que pode ter sido uma sessão informativa, pré-mediação ou mediação[8]; *v. Os encaminhamentos feitos após o término da mediação*, que podem ser ao Defensor (com acordo), ao Defensor (sem acordo), ao Setor de Psicologia, outra forma de encaminhamento (especificar) ou sem encaminhamento, *vi. Número total de pessoas atendidas e número total de atendimentos realizados por caso*; *vii. O tempo transcorrido entre o início e o fim da mediação* e, *viii. O número de pessoas atendidas*.

[8] Sessão Informativa: após os mediandos receberem esclarecimentos iniciais sobre a mediação, esta não é aceita por um ou por ambos, ou quando o mediador identifica que é caso impróprio à mediação. Pré-Mediação: caso em que a Mediação se tornou possível, pois os mediandos foram atendidos separadamente, ou em conjunto, e ambos concordaram em participar do procedimento, assinando o Termo de Consentimento. Mediação propriamente dita: quando após a concordância dos mediandos o procedimento de mediação é iniciado.

3.4 FORMAÇÃO E SUPERVISÃO DOS MEDIADORES

A Clínica de Psicoterapia e Instituto de Mediação – CLIP - exige para reconhecer o título de Mediador um mínimo de 80 horas de atendimento supervisionado, que não podem ser substituídas pela prática simulada.

Assim, após a conclusão do módulo teórico do curso de formação em Mediação de Conflitos da CLIP (110h), o segundo módulo compreende a prática supervisionada de casos reais e, durante este estágio, o aluno passa por três diferentes posições no exercício da Mediação – observador, co-mediador e mediador.

Os casos atendidos pelo Serviço de Mediação da Defensoria Pública são acompanhados através de supervisões semanais coletivas, realizadas pelas professoras supervisoras da CLIP. O acompanhamento sistemático dos casos atendidos possibilita avaliações e redirecionamentos de estratégias no decorrer do procedimento da mediação, e é uma forma de serem acompanhadas as evoluções dos alunos como mediadores.

O objetivo de uma supervisão em mediação é auxiliar o mediador, seja no início desta atividade, ou mesmo após certo tempo de experiência, a refletir, adquirir habilidades, conhecimentos e atitudes que o capacitem a desempenhar de modo mais eficaz sua tarefa profissional, levando-o assim ao aperfeiçoamento de seu trabalho.

Eventualmente os supervisores poderão participar dos atendimentos de mediação. O modelo transmitido pelo mediador experiente pode ser uma forma de facilitar a visualização, na prática, do que foi aprendido durante o curso de mediação.

Como forma de demonstrarmos a importância da interlocução entre teoria e prática, bem como a relevância do Convênio firmado entre a CLIP e a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, transcrevemos trechos de depoimentos de alguns alunos que realizaram sua formação prática no Gabinete de Mediação da DPE, que ao longo desses anos nos ajudam a construir essa história.

> Poder realizar o módulo prático do curso de formação de mediação de conflitos da CLIP na Defensoria Pública é a oportunidade de vivenciar cada um dos conceitos trabalhados em aula. O dia-a-dia da prática nos permite realmente perceber o esforço e os benefícios da autocomposição. É

possível ver, nos mais diversos casos, o empoderamento dos mediados, que usam de sua autonomia para fazerem acordos seguros e satisfatórios para todos os envolvidos. Os participantes desse processo tem a possibilidade de encontrar, por meio do diálogo, soluções reais e adequadas aos seus contextos de vida, às suas possibilidades e às suas necessidades. (Mariana Fernandes)

A abordagem dos problemas proposta pela mediação tem o condão não só de transformar o conflito, mas do relacionamento em si, o que tem um impacto bastante positivo nos vínculos familiares de trato continuado. Esse trabalho, em muitos casos, resulta em acordos escritos ou verbais, evitando processos judiciais atuais ou futuros. Outro efeito é a transformação do próprio mediador, pois desenvolve capacidades subjetivas de empatia, compaixão e exercício de não ter qualquer expectativa de protagonismo.

Não tenho dúvidas que a capacitação prática do mediador pelo atendimento à comunidade, é uma estrutura que deve ser valorizada para que se possa disseminar a cultura de paz e formar mediadores experientes.(Clarisse Barcellos Lima)

A atuação do Gabinete de Mediação instituído às dependências da Defensoria Pública com a presença de Mediadores, professores e alunos integrantes do quadro da CLIP, precipuamente em contextos de conflitos não judicializados, se apresenta como prática alinhada à preconizada pelo CNJ através da Resolução n. 125/2010.

Ainda, a cooperação apresentada pelos Defensores Públicos e demais colaboradores da instituição, leva a possibilidade de realização de um trabalho consistente que pode ofertar à clientela da Defensoria Pública um método de resolução de conflito de forma autocompositiva, havendo protagonismo das partes envolvidas no conflito. (Leonardo Garcia)

Estou realizando atendimentos de mediação na Defensoria Publica do Estado do Rio Grande do Sul, através do convênio com a CLIP, e essa experiência tem sido muito rica para minha vida. O trabalho desenvolvido tem servido de forma significativa para a minha formação e para o fortalecimento da minha crença de que a mediação veio para transformar a forma da resolução dos conflitos. (Marilane D'Lima Curtinaz)

A partir da mediação eu noto que nasce o viés do empoderamento, que para mim é o ponto mais valioso da mediação porque ele torna as pessoas aptas a poderem dialogar, conseguirem construir algum tipo de entendimento por elas mesmas, e para mim, esse convênio que a CLIP tem com a Defensoria é fantástico porque nós temos a oportunidade de trabalhar a nossa pratica justamente com a parcela mais vulnerável da sociedade, que, na grande maioria das vezes, não conhece a mediação. (Ana Luiza Pureur)

(...) Só a prática em si da co-mediação e a mediação concomitante, vai nos empoderar para nos sentirmos mais amadurecidas para continuar um trabalho que tem tudo para dar certo, e estou vendo na prática em alguns casos que já atendi como as pessoas nos agradecem de ter propiciado um espaço para elas serem ouvidas, um espaço para elas aprenderem a escutar e eu recomendo a mediação familiar e a CLIP que é um modelo de referencia para capacitar o mediador e para atuar ativamente no campo que escolher. (Janeisa Thomas)

É muito gratificante saber que a mediação, sendo este instituto tão importante e de uma certa forma novo e transformativo de conflito, chegue nas pessoas de baixa renda, que dificilmente teriam acesso a esse serviço não fosse pela Defensoria (...). É muito gratificante ver que esse trabalho tem um resultado, as pessoas saem satisfeitas, resolvem seus conflitos mais rápido, conseguem sair de lá não só com a resolução do seu conflito, mas mudando até um padrão de comunicação, uma outra forma de ver as coisas. (Júlia Couto e Silva de Freitas)

Eu acredito que na nossa função como mediadores nós conseguimos escutar as pessoas e, a partir daí, eu acredito que as pessoas se sintam empoderadas também pra tomar as próprias decisões. Nessa tomada de decisões, que certamente é muito mais ágil que um processo judicial, além de agregar a própria agilidade se agrega a qualidade nessas decisões, sendo esse procedimento feito pela CLIP na Defensoria Pública. (Pedro Augusto Rufino Rodrigues)

3.5 REALIZAÇÃO DOS ATENDIMENTOS

Os atendimentos iniciaram em 06 de maio de 2008, sendo os mesmos realizados de forma ininterrupta até a presente data. Os casos encaminhados à Mediação são atendidos por dois mediadores, isto é, em co-mediação, respeitando as etapas do procedimento. Em seu momento inicial, de acolhimento, os mediadores fazem o esclarecimento aos mediandos, que denominamos *etapa informativa*. Após o consentimento de ambos mediandos de participarem voluntariamente, inicia-se a mediação. Neste momento abre-se espaço para serem expostos os pontos divergentes e exploradas possibilidades de convergências de interesses. A etapa final valoriza a possibilidade de entendimento entre os mediandos, total ou parcial, podendo o acordo ser redigido e assinado pelos mediandos e mediadores, para após encaminhamento ao referendo da Defensoria Pública.

Ao realizar a mediação, no que tange ao mediador, temos como princípios éticos fundamentais que regem sua conduta:

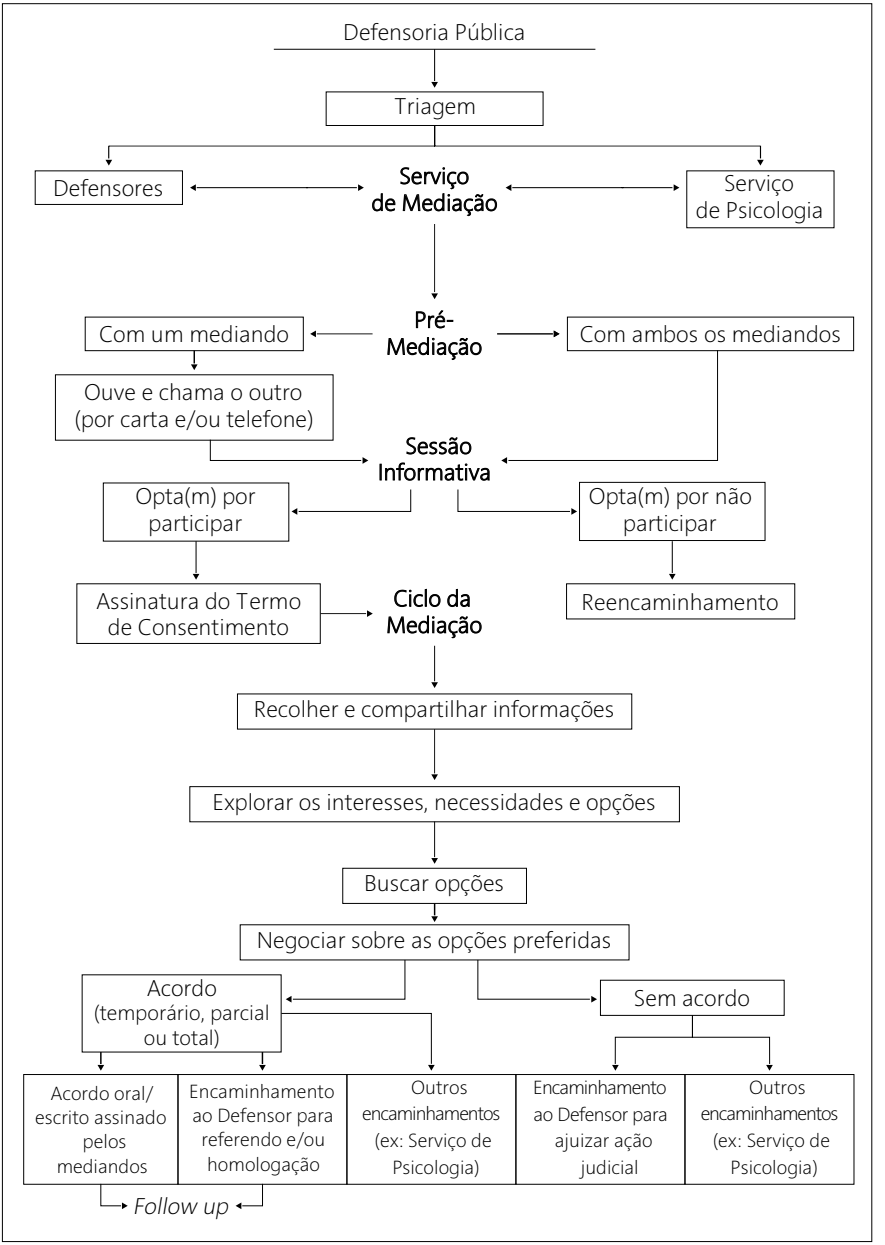
1. **Imparcialidade:** o mediador não estará defendendo os interesses dos mediandos, nem representando nenhum deles, mas valorizando cada um e criando espaços para uma escuta e respeito recíproco. A imparcialidade não impede que o mediador procure eliminar os desequilíbrios que possam ocorrer, em função da maior ou menor habilidade ou poder de negociação de um dos mediandos.

2. **Confidencialidade:** as informações obtidas não poderão ser reveladas sem o consentimento dos mediandos, exceto em casos de maus-tratos, risco de vida ou delitos graves.

3. **Profissionalização:** a Mediação requer do profissional uma formação adequada no manejo de conflitos, na administração de disputas e na busca de soluções que equalizem os direitos e responsabilidades dos mediandos. Quem a exerce deverá passar por uma formação teórica prévia e receber treinamento prático específico. É fundamental ao mediador possuir um excelente nível de autoconhecimento, empatia, respeito ao outro e escuta continente.

Uma visão esquematizada da dinâmica dos atendimentos de Mediação na Defensoria Pública pode ser compreendida a partir da análise do fluxograma a seguir:

Figura 1 - Fluxograma do Serviço de Mediação da CLIP na Defensoria Pública do RS.



3.6 LEVANTAMENTO ESTATÍSTICO DOS CASOS ATENDIDOS NO SERVIÇO DE MEDIAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Em 2015 completamos sete anos de convênio com a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, junto à Unidade Central de Atendimento e Ajuizamento - UCAA, e neste período a Equipe de Mediação realizou sessões de mediação de 1.518 casos, referentes a conflitos familiares, com um total de 3.117 pessoas atendidas.

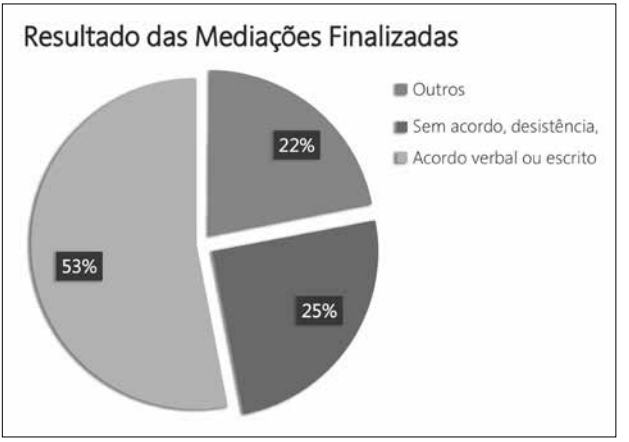
Da análise dos dados levantados no período supracitado, 46% dos casos atendidos evoluíram para sessões de mediação propriamente dita, ou seja, as pessoas envolvidas aceitaram o convite e compareceram em ao menos uma sessão de mediação.

Do total dos atendimentos de casos de mediação, 53% destas finalizaram a mesma com um acordo verbal ou escrito, tendo, portanto, encontrado uma solução mutuamente aceitável para suas demandas. Do total de mediações realizadas, 25% das mesmas restaram sem acordo. Neste percentual incluem-se aqueles participantes que efetivamente não quiseram fazer acordo, bem como os encerramentos por motivo de desistência ou abandono da participação na mediação.

A mediação é um procedimento que pressupõe a voluntariedade, ou seja, só se realiza quando, e se houver vontade das pessoas em participar. Nem todas as pessoas encaminhadas à Equipe de Mediação aceitaram essa participação. Parte dos casos que não chegaram a uma sessão de mediação, foram motivados pelo fato de uma ou ambas as pessoas envolvidas no conflito não concordarem em participar desse procedimento.

Embora a mediação seja um modo extremamente positivo e pacificador de resolução de conflitos, existem situações em que ela não é possível. São os casos em que não há, por exemplo, interesse na resolução do conflito, alguns casos envolvendo violência, problemas de saúde mental ou constatação de crime de qualquer ordem e/ou violência contra crianças, adolescentes ou idosos, ilegalidades que, tão logo identificadas pelo mediador, são encaminhadas aos defensores e a mediação é encerrada. Estes casos também compõe o percentual de 25% acima referido por serem motivos não passíveis de mediação.

Ilustramos, no gráfico a seguir, o resultado das mediações finalizadas:



As pessoas atendidas foram encaminhadas à mediação por diversos motivos. Na maior parte dos casos, representando 38% dos atendimentos, o motivo da procura foi para resolver questões relacionadas a cuidados com os filhos. Nestes, estão inclusos questões de guarda, auxílio financeiro, acesso dos pais aos filhos e vice-versa, cuidados especiais e/ou rotineiros.

As dissoluções matrimoniais e de uniões estáveis e suas consequências motivaram 17% dos atendimentos. Nestes atendimentos, foram tratados, além dos cuidados com filhos, partilha de bens, alteração de patronímico, dentre outras.

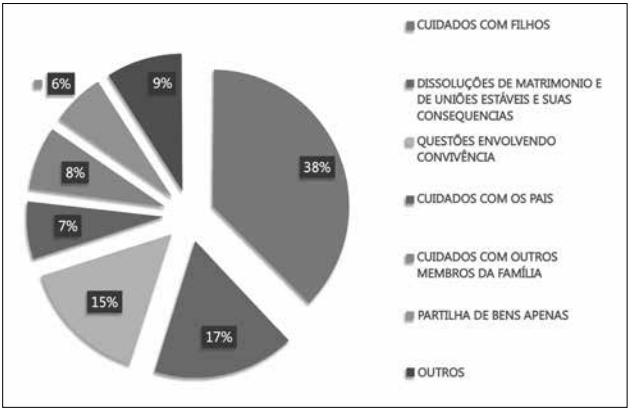
As questões envolvendo convivência, isto é, a necessidade de combinar regras de relacionamento, entre pessoas que coabitam ou de alguma forma compartilham uma área comum, representaram 15% dos atendimentos de mediação.

Também foram realizadas mediações motivadas por cuidado com idosos, representando 7% dos atendimentos. Estas mediações são realizadas com filhos que buscam negociar com irmãos ou outros parentes, o compartilhamento desses cuidados. Esta é uma procura que têm aumentado ano a ano.

A procura por combinações referentes a cuidados com outros membros da família, como por exemplo, avós que buscam negociar com os pais o cuidado ou o acesso aos netos, representaram 8% dos atendimentos.

No que tange exclusivamente a negociações quanto à partilha de bens, esta motivou 6% dos atendimentos. Outros motivos para a procura da mediação representaram 9% dos atendimentos realizados.

Ilustramos, no gráfico a seguir, os motivos pela procura da Mediação:



Importante salientar que ao procurar a Defensoria Pública, as pessoas buscam os Defensores para defender seus direitos e, portanto estão propensos a litigar. É na recepção inicial pelo setor de atendimento que tomam conhecimento da possibilidade de mediação e optam, em um primeiro momento, em participar de uma sessão onde recebem informações mais claras dos mediadores do que é o procedimento de mediação. Nesta sessão, após estas informações é que ocorre a decisão de participar ou não do procedimento de mediação. Algumas pessoas repensam seu posicionamento inicial e se encaminham para a solução através do diálogo colaborativo que a mediação oferece, mas outras não abrem mão do caminho litigante.

Essa forma de se aproximar da mediação nos faz pensar que 46% de participação é um número significativo, tendo em vista que as pessoas que participam da mesma sequer conheciam esta possibilidade de resolução de conflitos.

Importante salientar que periodicamente oferecemos treinamento aos atendentes da Defensoria, para que possam fazer uma avaliação prévia e oferecer a mediação às pessoas que chegam à UCAA.

Para facilitar a compreensão da mediação pelos atendidos na Defensoria Pública, confeccionamos em parceria com a mesma um folheto explicativo sobre “O que é a Mediação de Conflitos”.

Temos atendido também muitos casos encaminhados pelos defensores, que identificam alguma possibilidade de resolução dos conflitos, através da mediação.

Diante dos levantamentos realizados, e pelo feedback obtido através dos mediandos, bem como do da equipe da Defensoria, constata-se que este convênio firmado entre a Defensoria Pública do Rio Grande do Sul e a CLIP têm se mostrado extremamente relevante não só no sentido de reduzir, simplificar e dar agilidade às ações judiciais, mas, sobretudo, auxiliar na mudança dos padrões para resolutividade do conflito, partindo para uma premissa colaborativa.

Os conflitos familiares estão permeados de sentimentos que buscam uma significação, e a mediação familiar é um procedimento que trás, em sua essência, o restabelecimento da comunicação e dos vínculos.

De acordo com os dados obtidos, verifica-se que nos contextos familiares os casos envolvendo cuidados com os filhos é o principal motivo para a busca da mediação, o que nos remete para a importância desses contextos serem trabalhados de forma preventiva e sob um paradigma de coparentalidade, reforçando os vínculos familiares e a proteção das crianças e adolescentes, que devem ser o principal foco do nosso olhar, atenção e cuidado.

4 CONCLUSÃO

A mediação familiar insere-se numa orientação que favorece a comunicação, a responsabilidade e o empoderamento dos envolvidos para a solução do conflito, visando uma mudança cultural no que diz respeito ao poder conferido aos mediandos de tomarem as suas próprias decisões, em vez de solicitar a um terceiro que decida por eles, evitando, desta forma, a escalada dos desentendimentos, conferindo uma linguagem ternária, onde temos a utilização da conjunção ”e” ao invés da “ou”, determinante da linguagem binária, ou excludente.

A implantação do Setor de Mediação Familiar na Defensoria Pública contempla o paradigma proposto pela Resolução 125 do CNJ, disseminando a cultura da pacificação social, sendo uma forma de política pública para resolução de conflitos. Desta forma, possibilita que os mediandos resolvam seus conflitos sem a necessidade de ingressarem com uma demanda judicial, partindo para uma perspectiva autocompositiva, em que passam a ser os protagonistas das suas próprias histórias. Neste contato com o

outro, através da mediação, mudam os mediandos, mudam suas formas de pensar e sentir o conflito e mudam as circunstancias, onde os conflitos de interesse não se suprimem, mas se compõem.

Os casos atendidos pelo Setor de Mediação na Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul possibilita que os mediandos resolvam seus conflitos familiares de forma construtiva, privilegiando o diálogo, a manutenção dos vínculos e uma cultura de paz, num movimento de múltiplas vozes, do encontro, da alteridade. A CLIP – Clínica de Psicoterapia e Instituto de Mediação – orgulha-se de todos esses anos de parceria, pois essa caminhada possibilitou intervir de forma construtiva nos conflitos familiares da população que procura a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, fomentando uma cultura voltada para a pacificação social. Seguiremos com essa parceria tendo como filosofia norteadora que todo vínculo mediado produz uma diferença, pois é a forma de inscrever a compreensão e o diálogo no conflito.

5 REFERÊNCIAS

Azevedo, A. G. de (2013). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD.

Brasil. Ministério da Justiça (2005). **Acesso à justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos: mapeamento nacional de programas públicos e não-governamentais**. Disponível em: http://www.mj.gov.br.

Marodin, M. & Breitman, S., (2010). A Prática Moderna da Mediação: Integração entre a Psicologia e o Direito. In D. ZIMERMAN, & A. C. M. COLTRO (Coord.), **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica** (pp. 495-507). 3ª edição. São Paulo: Millennium.

Marodin, M., & Kalil, L. L. (2009). **Implantação de um Serviço de Mediação de Conflitos na Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Brasil**. In VII Conferência Internacional do Fórum Mundial Mediação: Mediação, Justiça e Governabilidade: uma oportunidade para a paz. Venezuela.

Marodin, M., & Molinari, F. (2014). A mediação em contextos de Alienação Parental: O papel do mediador e dos mediandos. In C. P. Rosa, & L. M. B. Thomé (Org.), **O papel de cada um nos conflitos familiares e sucessórios** (pp. 155-166). Porto Alegre: IBDFAM/RS.

Mejia, C. R. (2009). **Mediación Intrapersonal**. Buenos Aires, Libreria Histórica.

Rosa, C. P. (2011). A mediação como proposta de política pública no tratamento dos conflitos familiares. In I. M. C. de Souza. **Família Contemporânea**: uma visão interdisciplinar. (pp. 138-146). Porto Alegre: IBDFAM/RS.

MEDIAÇÃO ENVOLVENDO IDOSOS: CONSIDERAÇÕES PARA A PRÁTICA A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DA CLIP[1] NA DEFENSORIA PÚBLICA

Marilene Marodin[2]
Fernanda Molinari[3]
Herta Grossi[4]
Maria Izabel Severo[5]

RESUMO: Este artigo aborda aspectos sociais e de vulnerabilidade do idoso, evidenciando aportes sociais e legais considerados imprescindíveis para trabalhar questões envolvendo autonomia, convivência e cuidados com pessoas desta faixa etária. Através de um comparativo entre os estatutos do idoso e o da criança e do adolescente, evidencia-se que os interesses dessa parcela da população deve sobrepor-se a qualquer outro juridicamente tutelado, salientando-se, ainda, a possibilidade de aplicação extensiva da Lei de Alienação Parental aos idosos. Por fim, é evidenciada, através de relatos de casos a partir da experiência na Defensoria Pública, como a

---

[1] CLIP – Clinica de Psicoterapia e Instituto de Mediação – Desde 2008 firmou Convênio de Cooperação e Apoio Técnico para a implementação do Projeto de Mediação, no âmbito do direito de família, na Defensoria Pública do Estado do RS .

[2] Psicoterapeuta de Casal e Família. Mediadora de Conflitos. Diretora da CLIP - Clínica de Psicoterapia e Instituto de Mediação; Coordenadora do Projeto Mediação da Defensoria Pública do Estado do RS. Sócia Fundadora da AMARGS- Associação de Mediadores, Árbitros e Conciliadores do Rio Grande do Sul. Superintendente Regional do CONIMA. Diretora e Coordenadora da Comissão de Psicologia das Famílias do IBDFAM/RS. E-mail: marodin@terra.com.br

[3] Doutora em Psicologia Forense pela Universidade Fernando Pessoa (Portugal). Mediadora de Conflitos pela CLIP. Advogada. Psicanalista Clínica. Docente e Supervisora no Curso de Formação de Mediadores de Conflitos da CLIP Especialista em Direito de Família pela PUC/RS. MBA em Direito Civil e Processo Civil pela FGV. Vice-Presidente da Sociedade Brasileira de Psicologia Jurídica. Vice-Presidente da Associação Brasileira Criança Feliz. Diretora do IBDFAM/RS. Coordenadora do Núcleo de Mediação em contextos de Alienação Parental, da CLIP. Sócia fundadora da AMARGS Associação de Mediadores, Árbitros e Conciliadores do Rio Grande do Sul. Membro do Centro de Investigação em Estudos da Criança, na Universidade do Minho/Portugal. E-mail: fernanda.molinari@outlook.com

[4] Advogada. Especialista em Psicopedagogia Clínica e Institucional. Mediadora de Conflitos. Docente e supervisora de estágio no Curso de Capacitação de Mediadores de Conflitos da CLIP. Capacitação em Mediação Escolar. Membro da Diretoria da Associação Brasileira de Psicopedagogia – seção Rio Grande do Sul - ABPp/RS - Conselho Científico e Assessora de Apoio Jurídico. Membro fundador da AMARGS – Associação de Mediadores, Árbitros e Conciliadores do RGS. Membro da Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB/RS – CEMPR. Especialista da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem - CBMAE FEDERASUL. Doutoranda em Psicologia Social pela Universidade Argentina John F. Kennedy Buenos Aires. E-mail: hertagrossi@gmail.com.

[5] Empresária, Conselheira de Administração e Coach; Mediadora, professora e supervisora do Curso de Formação de Mediadores da Clip – Instituto de Mediação; Especialista financeira em equipe de Práticas Colaborativas; Especialista em Finanças e Gestão Empresarial/Fundação Getúlio Vargas; participou do Treinamento Básico de Mediação Transformativa com *Barush Bush (Institute for The Study of Transformative Mediation/Hofstra University,* EUA, 2011), do Treinamento Avançado em Mediação Transformativa com Joseph Folger (IMAB, São Paulo, 2014), entre outros. E- mail: mis.severo@gmail.com

utilização da mediação de conflitos envolvendo cuidados com idosos, preserva e/ou restabelece laços familiares.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação envolvendo idosos. Estatuto do Idoso. Alienação Parental do Idoso. Mediação na Defensoria Pública.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2 . O Idoso: Aspectos Sociais e Vulnerabilidade. 3. Considerações sobre a Proteção Jurídica ao Idoso. 4. Mediação Familiar envolvendo Idosos. 5. Mediação com Idosos: Relatos de Casos de Mediação de Conflitos Motivada por Cuidado com Idosos na Defensoria Pública. 6. Conclusão. 7. Referências

Não há homogeneidade na forma de ver nem de viver a velhice

1 INTRODUÇÃO

O número de idosos na população mundial vem crescendo nas últimas décadas, surgindo um novo perfil populacional.

De acordo com o IBGE (2010), o número de brasileiros acima de 65 anos confirma a tendência de envelhecimento acelerado da população brasileira.

Nas sociedades orientais, os idosos são tratados com respeito e atenção, sendo seus anos de vida considerados como experiência acumulada. Nestas culturas é tradição não só cuidar bem dos idosos, mas também reverenciá-los, com respeito, por sua sabedoria. Desta forma, a família se torna um porto seguro para o idoso.

Em nossa sociedade, diferentemente da oriental, é comum a desqualificação da velhice, o tratamento desrespeitoso aos idosos tanto nas ruas, como no trabalho e na família, onde muitas vezes são tratados com preconceito e até mesmo com segregação.

Neste sentido, a exclusão do idoso abarca muitas dimensões, pois, além de causas estruturais, como as econômicas e as individuais, também ocorrem em razão das dificuldades da convivência familiar.

Sabe-se que as famílias passam por diferentes etapas evolutivas com crises típicas e a consequente ocorrência de conflitos inerentes ao período em que estão vivendo. Uma dessas etapas ocorre quando a família possui entre seus integrantes um ou mais membros idosos, pois este fato exigirá

um entendimento específico e abordagens distintas no cuidado com os mesmos.

Ao procurarem o procedimento de mediação muitos idosos referem o desejo de serem inseridos nas decisões a respeito de suas vidas, sua rotina, local de moradia, não desejando serem vistos como um objeto de cuidados. Ao mesmo tempo, a maior convivência com os idosos pode gerar diversos conflitos transgeracionais, devido a olhares, tempos e vivências diferentes, não só com os filhos mas também com os netos. De outro lado os filhos procuram o procedimento de mediação a fim de organizar as questões referentes aos cuidados com os pais.

Para esta família com idosos será então necessário dar atenção as suas peculiaridades no procedimento de mediação, tendo em vista os diferentes interesses dos familiares do idoso assim como suas necessidades físicas, psicológicas e sociais.

Neste contexto, temos identificado como a Mediação se mostra extremamente adequada, propiciando a comunicação, auxiliando na compreensão das diferenças geracionais e melhorando a qualidade das relações familiares.

Consequentemente a mediação familiar pode ocorrer com idosos ou para os idosos, tendo como um dos focos principais o restabelecimento e\ ou manutenção dos vínculos familiares.

O procedimento da mediação visa estimular o diálogo entre os membros da família, procurando novas formas de lidar com as questões que surgem através da nova fase do ciclo vital que o idoso se encontra, ao mesmo tempo que estimula os familiares a adotarem uma forma cooperativa e solidaria como cuidadores prevenindo a ocorrência de novas situações conflitivas.

A mediação envolvendo idosos, em nossa experiência tanto na Defensoria Pública, quanto em mediações privadas, têm se mostrado exitosa auxiliando a reorganização das famílias e a proteção social do idoso.

Neste artigo pretendemos esclarecer os aportes sociais e legais que consideramos significativos e imprescindíveis o mediador ter conhecimento para trabalhar com famílias que tenham a presença de idosos, bem como apresentaremos dois relatos de casos de mediações de conflitos motivadas por cuidados com idosos.

2 O IDOSO: ASPECTOS SOCIAIS E VULNERABILIDADE

Os conceitos de idade são socialmente determinados e variam entre as gerações e as culturas. As pessoas não envelhecem do mesmo modo, pois existe diversas variáveis que influenciam, como fatores genéticos, questões de gênero, sendo diferente o envelhecer no feminino e no masculino, sozinho ou no seio da família, casado, solteiro, viúvo, divorciado, com filhos ou sem filhos, na zona urbana ou rural, ativo ou inativo.

De acordo com o (IBGE) o índice de envelhecimento aponta para mudanças na estrutura etária da população brasileira: em 2000, os maiores de 65 anos representavam 5% da população; em 2010, esse número saltou para 20,6 milhões e em 2050, a previsão é de que esse grupo etário representará 18% dos brasileiros. Os números revelam a importância do investimento em políticas públicas relativas à saúde do idoso e à previdência.

Envelhecer é a única perspectiva para quem não quer morrer prematuramente. A pessoa idosa ao tomar consciência dessa fase da vida que está vivendo, com todas as dificuldades e possibilidades, necessita encontrar meios ou caminhos para se realizar.

A velhice não pode ser reduzida a uma etapa de perdas e solidão, a valores negativos, que ressaltam as mudanças relacionadas ao envelhecimento.

A pessoa idosa precisa acreditar em si própria, redescobrir sua identidade e assumir-se com as alterações inerentes a sua faixa etária, aceitando as perdas da velhice. Ao mesmo tempo percebendo as possibilidades de continuar integrada ao seu contexto, com condições de produtividade social e de desenvolver novos interesses e oportunidades de continuar aprendendo e experimentando situações novas.

A tendência contemporânea é rever os estereótipos associados ao envelhecimento que referem um processo de perdas passando a ser olhada como um momento propício para novas conquistas, guiadas pela busca do prazer.

A partir desta nova visão a expressão “Terceira Idade” surge na década de 1970, quando foi criada na França a primeira Universidade para a Terceira Idade, sinalizando mudanças no significado da velhice.

A invenção da *terceira idade* indicaria uma experiência inusitada de envelhecimento, em que o prolongamento da vida nas sociedades contem-

porâneas ofereceria aos mais velhos a oportunidade de dispor: de saúde, independência financeira e tornar reais as expectativas de realização e satisfação pessoal, próprias a essa etapa.

Apesar de todos os avanços no campo da medicina que possibilitam que na terceira idade os idosos busquem nas experiências vividas e nos saberes acumulados ganhos que oferecem oportunidades de explorar novas identidades, realizar projetos antes abandonados, estabelecer relações mais profícuas com o mundo dos mais jovens e dos mais velhos, nem sempre é possível trilhar este caminho.

A sociedade contemporânea também tem se defrontado com uma realidade onde as questões do envelhecimento desencadeiam no idoso uma diminuição progressiva de habilidades motoras, sensitivas e cognitivas que podem levar a um apego exagerado aos próprios valores, dificuldades de aceitação do novo, supervalorização da própria história de vida e conflitos com a realidade atual.

Poderá este idoso apresentar, no aspecto emocional, uma labilidade afetiva que desencadeia explosões diante de estímulos insignificantes assim como mudanças rápidas de humor. Depressões poderão se manifestar através de comportamentos de prostração, alteração do apetite e do sono, autoestima baixa, falta de interesse pelo que se passa a sua volta, irritabilidade e forte sentimento de culpa. Com frequência apresenta um comportamento queixoso, com diminuição da capacidade de se adaptar à realidade e as frustrações.

O idoso também poderá desenvolver doenças físicas ou psicológicas que o incapacitem de alguma maneira e o torne dependente de cuidados.

(Nepomuceno e Schneider, 2016). Nestas situações os sentimentos de culpa, vividos pela interpretação de que sua doença está incomodando e criando problemas, como um comportamento infantilizado, leva a resistências para assumir suas responsabilidades no tratamento, podendo gerar irritabilidade e agressividade desencadeadas pela incapacidade de lidar com as perdas decorrentes da doença, assim como depressão, patológica ou reativa, e a não aceitação de que outros familiares estejam sadios e com vitalidade, levam a uma supervalorização de sua impotência.

Este idoso, que poderá apresentar algumas destas reações, torna-se de difícil manejo e alguns familiares têm dificuldades de tornarem-se continentes, entendendo as reações que apresentam como próprias do processo

de envelhecimento. Filhos, netos ou irmãos podem apresentar reações de resposta a estas manifestações que vão desde o distanciamento até comportamentos de violência, seja física, psicológica ou de negligência.

Concomitantemente a possibilidade de viverem mais tempo, pois muitos estão na faixa dos 90 a 100 anos, os idosos estão mais vulneráveis e experimentam perdas tanto no campo afetivo, onde tem conhecimento de amigos e familiares próximos que morrem ou de outros que ficam limitados ou até incapacitados, com vida vegetativa. No campo cognitivo observamos uma dificuldade de retenção de novas informações e doenças como o Alzheimer que podem tornar o idoso totalmente dependente.

Esta circunstância transforma o idoso em uma pessoa extremamente vulnerável que regride a tal ponto que necessita ser cuidado como uma criança muito pequena. Sugerimos ao leitor assistir ao filme O Curioso Caso de Benjamin Button, que retrata a similaridade da vulnerabilidade apresentada na velhice e na infância.

A violência contra o idoso tem crescido significativamente, seja vindo de familiares quanto de casas onde eles são internados para serem cuidados. Esta violência contra a pessoa idosa consiste em qualquer ação que cause dano físico, emocional ou financeiro ao idoso, cometido por uma pessoa que está em uma posição de confiança, seja amigo, familiar, vizinho ou cuidador.

Entre os comportamentos de violação aos direitos dos idosos, com os quais nos deparamos na mediação, identificamos a prevalência de contextos de negligência, maus tratos, abandono pelos familiares, vulnerabilidade social, apropriação indevida de valores de benefícios previdenciários, retenção de cartão bancário do idoso por familiares e ou cuidadores, assim como inúmeros desentendimentos familiares permeados por relações conflitivas.

Os comportamentos acima relatados podem ocorrer na própria residência da pessoa idosa ou em instituições, como asilos ou clínicas geriátricas, e frequentemente não são percebidos pelo idoso como violência, sendo naturalizados e aceitos como parte da vida bem, como muitas vezes são negados pelo mesmo, como forma de proteção de sua família e/ou de sua autoimagem ou mesmo pelo temor de que se denunciar vai ocorrer maior violência contra ele.

A complexidade do fenômeno da violência na população idosa exige um olhar e uma intervenção interdisciplinar que possam atender as dife-

rentes expressões da mesma. Este olhar deverá ser amplo, abrangente, sistêmico, tendo o foco da atenção dirigido não só ao idoso, mas aos familiares e cuidadores, assim como à comunidade em geral e profissionais da rede de apoio.

Qualquer intervenção deve levar em conta as condições físicas e mentais da pessoa idosa, existência de rede de apoio familiar, a intensidade, frequência e tipo de conflito, os fatores de risco e de proteção, a relação familiares com o idoso, entre outros aspectos.

Desta forma, é necessário um trabalho que garanta a superação de situações que desencadeiam os processos de fragilização dos vínculos familiares e comunitários que podem tornar o idoso ainda mais vulnerável por esta falta de suporte do grupo familiar.

O conhecimento da legislação referente ao idoso se faz necessária para assegurar a proteção integral a que eles têm direito. Este conhecimento é indicado não só para os familiares, mas também para os cuidadores e, sobretudo, aos mediadores que trabalham com famílias com idosos.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROTEÇÃO JURÍDICA AO IDOSO

Ao analisarmos a legislação brasileira que invoca a proteção aos idosos, é fundamental esclarecer a trilha percorrida, tanto pela ordem constitucional como pela legislação especial, a fim de se adequar às premissas instituídas pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, que proclamou o direito à segurança na velhice.

A mudança de paradigmas quanto aos direitos do idoso ocorre, no Brasil, com a Constituição Federal de 1988. A Carta Magna, ao estabelecer no artigo 230 que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida, impôs uma série de condutas ao Estado, com possibilidade de controle judicial na hipótese de sua omissão.

Eis aqui a grande responsabilidade do Poder Judiciário: dar efeito prático aos preceitos constitucionais, sobretudo quanto ao dever de amparo das pessoas idosas. Nesse sentido, são oportunas as palavras de Sarlet (2006):

> O reconhecimento do direito à proteção pode ser reconduzido aos desenvolvimentos decorrentes da perspectiva jurídico- objetiva dos direitos fundamentais. Nesse contexto, impõe-se que relembremos aqui a aceitação da ideia de que ao Estado, em decorrência do dever geral de efetivação dos direitos fundamentais dos indivíduos, não só contra ingerências indevidas por parte dos poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros estados, dever este que, por sua vez, desemboca na obrigação de adotar medidas positivas com vista a garantir e proteger de forma efetiva a fruição dos direitos fundamentais.

Seguindo o paradigma constitucional de proteção ao idoso, foi promulgada a Lei nº 8.842/94, instituindo a Política Nacional do Idoso, tendo como objetivo, consoante seu artigo 1º, *assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade.*

A Política Nacional do Idoso rege-se por alguns princípios norteadores de proteção, elencados no artigo 3º, dentre os quais se destacam: *i*. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar ao idoso todos os direitos da cidadania, garantindo sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar e o direito à vida; *ii*. O processo de envelhecimento diz respeito à sociedade em geral, devendo ser objeto de conhecimento e informação para todos; *iii*. O idoso não deve sofrer discriminação de qualquer natureza; *iv*. O idoso deve ser o principal agente e o destinatário das transformações a serem efetivadas através desta política e *v*. As diferenças econômicas, sociais, regionais e, particularmente, as contradições entre o meio rural e o urbano do Brasil deverão ser observadas pelos poderes públicos e pela sociedade em geral, na aplicação desta lei.

Devido às profundas mudanças provocadas no tratamento a ser dispensado aos idosos, pela Constituição Federal de 1988 e pela Política Nacional do Idoso, tornou-se necessária a elaboração de uma nova legislação infraconstitucional, compatível com a doutrina da proteção integral.

Sob essa nova perspectiva, em 2003, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741) materializou e regulamentou a doutrina da Proteção Integral, dispondo, em seu artigo 2º, *que o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu*

aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Além do princípio norteador de proteção integral, o Estatuto do Idoso também determina, no artigo 3º, *que é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.*

Nesse aspecto, a garantia dos direitos aos idosos passou a ser uma responsabilidade de todos: família, sociedade e Estado. Todas as medidas a serem adotadas em prol dos idosos devem, necessariamente, levar em conta a sua proteção integral, com prioridade absoluta.

3.1 ALGUNS ASPECTOS COMPARATIVOS ENTRE O ESTATUTO DO IDOSO E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) materializou e regulamentou a Doutrina da Proteção Integral, reiterando, em seu artigo 4º, "caput", preceitos do artigo 227, da Constituição Federal, trazendo profundas alterações políticas, culturais e jurídicas quanto à questão da criança e do adolescente no Brasil, estabelecendo uma transformação paradigmática.

Nesse sentido, preceitua o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente *que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte e ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência famili ar e comunitária.*

Nos ensinamentos de Pereira e Melo (2000) a determinação de prioridade absoluta para criança e adolescente como norma constitucional buscou impor preferência para as políticas sociais públicas "como dever da família, da comunidade, da sociedade civil e do Poder Público" o que foi destacado no artigo 4º, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) como: *i. Primazia* em receber proteção e socorro em qualquer circunstância; *ii. Precedência* no atendimento por serviço ou órgão público de qualquer poder; *iii. Preferência* na formulação e execução das políticas sociais públicas; *iv. Destinação privilegiada* de recursos públicos às áreas relacionadas com a proteção da infância e da juventude.

Para uma melhor compreensão sobre o tema, apresentaremos uma tabela exemplificativa entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso, traçando alguns pontos comparativos entre eles:

Estatuto da Criança e do Adolescente	Estatuto do Idoso
Previsão constitucional: Art.227 da Constituição Federal de 1988	Previsão constitucional: Art. 230 da Constituição Federal de 1988
Princípio da Proteção Integral e Prioridade Absoluta da criança e do adolescente	Princípio da Proteção Integral e Prioridade Absoluta dos idosos
Previsão infraconstitucional: Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.	Previsão infraconstitucional: Lei nº 10.741, de 1° de outubro de 2003.
Pessoas vulneráveis	**Pessoas vulneráveis**
Família substituta por meio da guarda, da tutela e da adoção.	Família substituta por meio do dever de cuidado e da curatela.

O princípio da prioridade absoluta à criança, ao adolescente e ao idoso acaba por revelar que os interesses dessa parcela da sociedade deverão, sempre, sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, sendo merecedores de tutela diferenciada.

Para além da prioridade absoluta, a doutrina da proteção integral é a base configuradora de todo um novo conjunto de princípios e normas jurídicas voltadas à efetivação dos direitos fundamentais da criança, do adolescente e do idoso, reconhecendo a condição peculiar dessas pessoas e a articulação das responsabilidades entre a família, a sociedade e o Estado para a sua realização por meio de políticas sociais públicas.

3.2 ALIENAÇÃO PARENTAL COM IDOSOS: POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO EXTENSIVA

Com o intuito de definir o que é Alienação Parental, mediante a fixação e parâmetros para a sua caracterização foi aprovada, em 26 de agosto de 2010, a Lei Brasileira nº 12.318, que dispõe sobre a alienação parental.

Pela perspectiva legal brasileira, *considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que te-*

nham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (art.2º).

É importante ressaltar que a Alienação Parental não se configura apenas e tão somente com a prática de uma única conduta de forma isolada, mas sim de um padrão de condutas que se estenda ao longo do tempo com o objetivo de enfraquecer ou extinguir os laços parentais.

Victor Reis (2009), nos seus estudos sobre crianças e jovens em risco, refere que devido à criança ser dependente e indefesa, é um dos elementos no seio da família com maior vulnerabilidade, tornando-se assim um alvo fácil para todo o tipo de violência. A violência consiste, acima de tudo, num abuso de poder, quer seja físico, material ou emocional.

Conforme já demonstramos ao longo deste artigo, tanto a criança ou adolescente, como o idoso, possuem vulnerabilidades, sendo propícios a abusos de poder por parte dos seus cuidadores.

Este aspecto, sob um ponto de vista de proteção integral, nos faz refletir sobre a possibilidade de uma nova interpretação ao artigo 2º, caput, da Lei de Alienação Parental, para aplicação ao idoso.

Essa defesa de uma nova interpretação ao artigo 2º, para aplicação ao idoso, dá-se pelo fato de que o idoso também pode sofrer abusos de seu cuidador, e essa situação pode legitimá-lo como possível vítima de Alienação Parental (Barbedo, 2012).

A possibilidade de extensão da Lei de Alienação Parental é também uma forma de assegurar a Convivência Familiar que eles têm direito com os demais familiares, sendo este convívio para o idoso importante para sentir-se seguro, incluído e amado.

Como forma de exemplificarmos a possibilidade de aplicação extensiva, tendo em consideração a vulnerabilidade presente nos idosos, citamos alguns casos em que a Alienação Parental estará configurada: *i*. nos contextos em que o cuidador (filhos, parentes, profissionais ou quem tenha vínculo de afetividade) tenta afastá-lo da convivência co m demais familiares. *ii*. O idoso após certo tempo precisa ficar sob o cuidado dos filhos ou de outro familiar, e esses na posição de cuidadores acabam por promover ou induzir para que o idoso repudie outro familiar, obtendo como prejuízo a convivência familiar (Barbedo, 2013).

4 MEDIAÇÃO FAMILIAR ENVOLVENDO IDOSOS

O procedimento de mediação estimula o diálogo entre os membros da família do idoso, procurando encontrar novas maneiras de lidar com as questões que eles estão com dificuldades de resolver, ao mesmo tempo em que os auxilia a agirem cooperativamente como cuidadores prevenindo a ocorrência de novos conflitos.

Em relação ao idoso, a mediação busca alternativas para que não sinta, por exemplo, a falta de privacidade, de sentimento de desrespeito, de não ser escutado pela família, de sentir-se infeliz e solitário, desejos de abandonar o lar, de ser impedido de sair de casa, de não ter condições de dispor de seu dinheiro quando precisa ou, inclusive, problemas no uso de medicamentos.

Por sua vez, em relação aos familiares o objetivo da mediação é que possam reestabelecer o diálogo, buscando alternativas de possibilidades de cuidados que cada membro assumirá. A mediação também traz a segurança necessária para que os familiares fiquem tranquilos que seus pais ou avós estejam bem cuidados, possibilitando que não vivenciem como carga este cuidar, mas sim como carinho e doação e que, também, sintam-se construindo vínculos fraternos que confiam e são vistos com confiança pelos irmãos.

4.1 MEDIAÇÃO FAMILIAR COM A PRESENÇA DE IDOSOS

Este contexto de mediação ocorre com a presença da própria pessoa idosa quando esta possui condições para participar e tem como foco a dificuldade de comunicação familiar para resolver questões que lhe digam respeito.

É importante o mediador avaliar se este idoso tem capacidades de entendimento (cognição) e emocionais para participar do procedimento de mediação, caso contrário, sua participação não é aconselhada.

Nos casos em que o idoso for participar, é aconselhável protege-lo de situações que lhe tragam sofrimento, sendo aconselhável que as sessões iniciais de mediação sejam com os irmãos/filhos, com o intuito de o mediador perceber o nível do conflito, e em que momento mais adequado será importante convidar para participar a pessoa idosa.

Normalmente trata-se de conflitos transgeracionais, que ocorrem quando os avós vão viver com a família nuclear (pais e filhos). Ocorre, as-

sim, a necessidade de realinhamento da família para a inclusão do idoso na mesma.

4.2 MEDIAÇÃO FAMILIAR COM FAMILIARES DE E PARA IDOSOS

A mediação familiar para idosos ocorre quando os mesmos não estão em condições de saúde para participar diretamente, ou estão interditados.

Quando isso ocorre, a mediação é feita com os familiares tendo como pontos centrais a comunicação familiar, os cuidados e o bem-estar do idoso.

As situações mais comuns são os conflitos referentes a cuidados com idosos, com um quadro de fragilização, ou seja, reduzida capacidade funcional (dependentes nas atividades básicas da vida diária); demanda por atendimentos/cuidados de saúde.

Nestas circunstâncias, são normalmente abordadas questões, tais como: aos cuidados de quem ficará o idoso; divisão dos cuidados; visitas; despesas; consultas médicas, auxílio na administração da medicação, cuidados com a alimentação e higiene; contratação de cuidador; administração dos bens e pensão do idoso.

Se a decisão do idoso e/ou da família for no sentido da internação em clínica geriátrica, podem ser trabalhadas, dentre outras questões, qual a clínica irão escolher (avaliação de condições de conforto e cuidados ao idoso), pagamento da geriatria (divisão das despesas) e como serão realizadas as visitas, com o intuito de preservar os laços e vínculos familiares.

5 MEDIAÇÃO COM IDOSOS: RELATOS DE CASOS DE MEDIAÇÃO DE CONFLITOS MOTIVADA POR CUIDADO COM IDOSOS NA DEFENSORIA PÚBLICA

5.1 RELATO DO CASO 1 (ABORDAGEM TRANSFORMATIVA)

Um dos motivos de busca para atendimento que têm se destacado nos casos de mediação de conflitos na Defensoria, é a necessidade de algumas pessoas de conversar sobre os cuidados com os pais idosos.

Os pais que viviam com autonomia – em suas próprias casas, na maioria das vezes – agora estão idosos e se defrontam com a dificuldade de se manterem. Eles ficam mais frágeis e carentes de cuidados, pelo natural envelhecimento ou, somado a isso, por alguma doença incapacitante.

Diferente de seus pais já idosos, os filhos vivem de fato com independência. Têm suas próprias casas, seu emprego, suas atividades e seus compromissos. Têm suas próprias famílias e vivem, ainda, em plena idade produtiva. Muitas vezes, falta-lhes tempo para cuidarem até de si mesmos e de seus relacionamentos. Por isso, têm pouco tempo e, por vezes, poucos recursos financeiros para poder auxiliar alguém mais carente do grupo familiar, como seus pais.

Juntem-se a isso todas as questões psicológicas que os aproximam e os afastam de pais e irmãos, na dinâmica de cada grupo familiar. É neste contexto que se insere a Mediação, para auxiliar a necessidade de conversar sobre a melhor forma de prover cuidados aos idosos da família. Aí temos um contexto complexo para negociar.

As pessoas que primeiramente vêm procurar a mediação nos casos atendidos, em geral são aquelas que estavam cuidando sozinhas de um dos pais e sentem-se cansadas e sobrecarregadas com essa responsabilidade. Querem conversar com os irmãos para compartilhar esses cuidados, de forma que cada um possa contribuir de alguma forma.

Para contextualizar, apresentamos o relato de um desses atendimentos. Esta situação mostra as questões que costumam ser abordadas e que são recorrentes nas mediações de conflito que tratam de cuidados com idosos.

Foi o caso de nove irmãos, que vieram conversar sobre os cuidados com a mãe de 87 anos, que era muito pesada, tinha dificuldade de locomoção e outros problemas de saúde. Três irmãos sentiam-se sobrecarregados física e financeiramente e, por isso, chegaram muito incomodados, queixando-se dos demais, que não costumavam ajudar.

No início da conversa, relataram o que faziam. Tinham muitas queixas de que os outros nada faziam e de que não se comprometiam com as combinações anteriormente feitas para ajudar a mãe. Enquanto iam fazendo este relato para a mediadora, passavam a impressão de que esperavam seu apoio ou alguma sugestão desta sobre como deviam fazer.

Na medida em que a conversa foi andando, quando todos tiveram a oportunidade de falar, de serem ouvidos e de ver que seus pontos de vista estavam sendo considerados, o diálogo entre eles foi aumentando.

A mediadora ajudou a organizar e detalhar as ideias e as possibilidades que eles sugeriam. Alguns continuariam dedicando mais tempo que os outros; eles mesmos iam dizendo o que se propunham a fazer e, enquanto alguns concordavam, outros discordavam. Dessas discordâncias, porém, surgiram ajustes que foram aceitos por todos.

Uma questão a administrar foi a presença nas sessões de mediação. Não foi fácil reunir nove irmãos, sendo que alguns moravam em cidades diferentes e outros tinham problemas de horário de trabalho. De fato, em nenhum dos encontros, a mediadora conseguiu reunir os nove. As duas filhas que estiveram presente em todos os encontros, foram as que, até então, dedicavam mais tempo e sentiam-se cansadas com os cuidados com a mãe e desconsideradas pelos irmãos.

Em diferentes reuniões, vieram diferentes irmãos; alguns vieram mais vezes que outros. No primeiro encontro, vieram seis irmãos; no segundo encontro, vieram sete. No terceiro e no quarto encontro, vieram quatro, mas não os mesmos nesses dois últimos. Para poder ir adiante na conversa e nas combinações, os presentes relatavam aos faltantes o que já tinham resolvido e, assim, foram acertando as combinações.

Muitas opções foram trazidas; dentre elas, a de a mãe ir morar com um dos filhos, a de contratar cuidadores e a de levar a mãe para viver em uma casa para idosos. Eles optaram por apoiar a mãe em continuar morando em sua própria casa. Quando fizeram sua escolha, a mediadora tomou nota de tudo e redigiu um Termo de Entendimento, pois eles queriam “tudo no papel”. Ela mostrou aos que foram naquele encontro e estes, por fim, concordaram que isso era o que eles queriam. Foram as duas irmãs que levaram o Termo para os demais assinarem e que trouxeram de volta as vias assinadas para o registro da mediação.

A idosa tinha recursos próprios; ela não necessitava auxílio financeiro dos filhos, mas necessitava que alguém administrasse esses recursos, pagando as contas e as despesas da casa, já que ela continuaria morando sozinha. Uma das filhas responsabilizou-se por isso, prestando contas à mãe e aos irmãos.

Duas filhas se dividiriam com os cuidados da mãe durante a semana; outros três filhos ficariam com ela nos finais de semana, de forma escalonada. Outra filha ficaria de reserva, para cobrir contratempos dessas que cui-

dam sempre. Outros dois filhos se responsabilizaram por conduzir a mãe a todos os eventos que ela necessitar, como médicos e exames, por exemplo.

Eles mesmos disseram como iriam se organizar. A mediadora não sugeriu nem julgou as escolhas. Concluíram o trabalho, sentindo-se comprometidos uns com os outros, pois eram as suas ideias que estavam ali combinadas.

A flexibilidade da mediadora de aceitar seguir com a mediação mesmo sem a presença de todos nas sessões foi importante para ter chegado a um acordo, mas é claro que se correu o risco de que aqueles que não foram, no final, continuassem descumprindo o que se propuseram a fazer.

A experiência em atendimento de um grupo grande de irmãos sinaliza que é muito difícil conseguir que todos compareçam. Insistir com isso, impondo a presença de todos como condição, pode impedir que os presentes se entendam e façam suas combinações.

O que ocorre muitas vezes é que, mesmo não tendo a adesão de todos, os participantes conseguem melhorar a qualidade do atendimento e compartilhar o trabalho com alguns dos irmãos que antes não estavam ajudando.

A mediação de conflitos motivada pela necessidade de combinar cuidados com idosos tem uma característica particular: de estar tratando de uma pessoa que, anteriormente, cuidava dos filhos e, por isso, em geral, estipulava as regras, pois possuía sobre eles uma ascendência. Quando o grupo familiar dá-se conta da necessidade de mudança de papéis, pode levar um tempo para que encontre um bom jeito para lidar com essa nova situação. O desafio do mediador será o de auxiliar os mediandos a co-criar a dinâmica dessas relações, para atender às necessidades e às possibilidades de cada uma das pessoas.

5.2 RELATO DO CASO 2 (ABORDAGEM DE JOHN HAYNES)

Neste caso, a procura pela mediação partiu das duas irmãs mais velhas que desejavam conversar com os demais irmãos sobre questões referentes aos cuidados com a mãe.

A idosa, contava à época com 78 anos e possuía seis filhos: três filhas mulheres e três filhos homens. Morava em casa própria, em uma cidade próxima a Porto Alegre. No mesmo terreno, morava seu filho mais novo.

Dois dos outros filhos também moravam em cidades próximas a Porto Alegre, sendo que os demais moravam nesta Capital.

Todos os irmãos foram convidados a participar do procedimento de mediação, tendo comparecido (inclusive os três que não moravam em Porto Alegre) e aceitado o procedimento.

No decorrer da mediação, inicialmente, cada irmão pode fazer suas colocações em relação à sua preocupação com a genitora.

A irmã mais velha referiu que o irmão mais novo que morava no mesmo terreno da mãe, no ano anterior já a havia internado numa clínica geriátrica, sem consultar os demais irmãos. Quando estes souberam, foram ao local e retiraram a mãe do mesmo, levando-a de volta à sua casa.

Este filho justificou sua decisão dizendo que pensava que na clínica geriátrica a mãe estaria melhor cuidada e teria a companhia de outras idosas. Os demais irmãos não concordaram com esta intenção, tendo uma das irmãs referido que o mesmo desejava colocar a mãe na clínica com o interesse de ficar com a casa dela. Disse que ele, embora morasse no mesmo terreno da mãe, não dava atenção à mesma. Relatou que ele utilizava o mesmo relógio de luz e água da casa da idosa, o que onerava nas despesas.

Os irmãos manifestaram suas propostas de como poderiam fazer para individualizar os relógios de luz e água, tendo negociado e chegado a um consenso sobre esse tema.

Ocorreram muitas acusações em relação ao abandono da idosa pelos filhos, que pouco a visitavam. A irmã mais velha ressaltou que a idosa pedia muito para ver os filhos e os netos, mas que raramente isso acontecia, pois os irmãos não procuravam a mãe.

Outro irmão expôs que, embora sejam seis, são poucos os que demonstram disponibilidade para cuidar da idosa, salientando a idade avançada da mesma e sua fragilidade de saúde, evidenciando seu desconforto com o abandono da mãe pelos irmãos, o que gerava tristeza na mesma e sensação de desamparo e até mesmo exclusão.

A partir desta colocação, o diálogo entre os irmãos, durante os quatro encontros de mediação evoluíram muito, tendo conseguido se comunicar de forma harmônica e transparente, preocupados com a qualidade de vida da mãe.

Conseguiram combinar sobre como fariam para assistir a genitora, dentro de suas possibilidades financeiras, tentando criar condições mais favoráveis tanto em relação ao local onde permaneceria, bem como quanto à questão emocional.

Chegaram à conclusão de que o melhor para a mãe seria permanecer em sua casa, conforme era de seu desejo, e que contratariam uma cuidadora para tomar conta da mesma. Para o pagamento do salário desta cuidadora, todos contribuiriam com um valor mensal. Este valor não foi estabelecido igualitariamente, pois foi levada em conta a possibilidade de cada irmão, tendo todos concordado com essa decisão conjunta.

Ressalta-se que em um acordo realizado em mediação todas as possibilidades que surgirem, desde que aceitas por todos os envolvidos, são possíveis. No caso, os irmãos concordaram com contribuições de valores diferentes, pois sabiam da realidade financeira de cada um.

Quanto à questão de maior participação na vida da idosa, também foram unânimes de que pretendiam participar mais efetivamente da vida da mesma, possibilitando a todos maior sentimento de pertencimento. Organizaram-se nas visitas, combinando de propiciar a convivência da idosa com seus filhos e netos.

Como a genitora teria que se submeter a uma cirurgia, e, tendo em vista que não sabiam quando conseguiriam contratar a cuidadora, conversaram sobre as possibilidades de como cuidar da mãe depois da cirurgia. Após várias colocações, um dos irmãos disse que poderia tirar 60 dias de licença, mas que a mesma era não remunerada. Os demais irmãos acharam muito bom que ele pudesse cuidar da mãe e então repassariam o valor destinado à cuidadora para o mesmo, e durante esse período tratariam de procurar e contratar uma cuidadora.

Solicitaram que fosse redigido o Termo de Entendimento, documento onde são descritas todas as combinações realizadas pelos mediandos, e que poderiam retornar somente em quinze dias para assiná-lo, pois estariam envolvidos com a cirurgia da mãe.

Na data combinada para a assinatura do Termo de Entendimento, todos os irmãos compareceram à mediação. Elogiaram muito o trabalho desenvolvido no espaço de Mediação, referindo que o mesmo foi de grande valia, não só para resolverem as questões referentes à mãe deles, mas também para restabelecer as relações fraternas, e informaram que não mais

seria necessário assinar o Termo, pois a mãe havia falecido há dois dias. Novamente agradeceram, despediram-se da mediadora e voltaram para suas vidas, certamente com novos padrões de relacionamento.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Importante evidenciar que a mediação familiar envolvendo idosos requer por parte do mediador um olhar sensível e cuidadoso, mas, ao mesmo tempo, tendo a imparcialidade necessária para auxiliar todos os membros da família neste momento delicado.

Para isso, é relevante ter presente que este contexto de mediação não se resume apenas a resolver as questões financeiras, médicas, de cuidados ou éticas dos filhos em relação a seus genitores, mas envolve principalmente relações afetivas, humanas e sociais.

Do ponto de vista de proteção legal ao idoso, importante referir que a Mediação realizada pela equipe da CLIP na Defensoria Pública uma vez referendada pelo Defensor Público passa a ter efeito de título executivo extrajudicial, ou seja, sendo o acordo descumprido depois de referendado, o mesmo poderá ser executado judicialmente.

Esta validade executiva é extremamente importante, pois muitas vezes o idoso não possui recursos, tampouco autonomia para constituir advogado para representar seus interesses. Embora os processos que envolvam o idoso possuam prioridade de tramitação, são sempre, de alguma forma, morosos, quer pelo tempo judicial, quer pelo tempo de vida do idoso. Desta forma, a mediação mostra-se importante, possibilitando a preservação do idoso que frequentemente está carente de afeto e assistência familiar, sendo que este procedimento poderá levar todos os membros da família num movimento de reaproximação, construção e reavaliação de comportamentos que envolvem as relações entre pais e filhos, ou avós e netos.

Consideramos essencial uma intervenção de mediação na busca de preservar ou reestabelecer o que todos nós temos de importante: os nossos laços familiares.

7 REFERÊNCIAS

BARBEDO, C. G. Uma reflexão sobre o idoso e o jovem serem sujeitos de Alienação Parental. In DIAS, Maria Berenice (coord.). I**ncesto e Alienação Parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 19ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 17. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001.

_____. Estatuto do Idoso. 4. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. (Série Legislação, n. 31).

_____ . Lei n. 8.842, de 04 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Acessado em 05/09/2014.

NEPUMOCENO, E.S. e SCHNEIDER, M.S. Mediação Familiar com Idosos: Reflexões, Experiências e Problematizações. In MARODIN, M. e MOLINARI, F. (coord.) **Mediação de Conflitos: Paradigmas Contemporâneos e Fundamentos para a Prática**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2016.

SARLET, I. G. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ALICE E O DIREITO SEM O IMPÉRIO DO INDIVÍDUO

Antonio Marcelo Pacheco[1]

RESUMO: Este artigo é resultado da pesquisa que se realiza na apreensão da Teoria Sistêmica, desenvolvida pelo teórico alemão Niklas Luhmann e que busca compreender o direito não mais a partir da essencialidade do sujeito, mas numa perspectiva sociológica conectada com a distopia de uma sociedade pós-moderna ou de segunda modernidade ou mesmo líquida. Sociedades que trazem uma complexidade que subverte a ideia iluminista e positivista do direito, uma vez que se busca com a teoria dos sistemas uma nova matriz de reprodução para as formas jurídicas. A figura da obra de Lewis Carroll se dá como presença onírica de um tipo de sociedade que determinada por novas configurações do tempo e do espaço acabam subvertendo aquelas tradicionais definições do espaço social elaboradas pelos clássicos da sociologia.

PALAVRAS-CHAVE: Luhmann – teoria dos sistemas – autopoiése – discursividade – autoreferência.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Uma aproximação ao conceito de sistema – o direito sem o império do sujeito: o rei e a rainha de copas estão juntos. 3. A complexidade e o sistema: o leão e o unicórnio lutam pela coroa. 4. O mundo de Alice – uma aproximação ao conceito de *autopoiesis*. 5. Conclusão. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

> "O que é direito, sempre e somente pode ser decidido pelo próprio sistema jurídico".[2]

Há uma transformação em curso na ciência, no pensamento, enfim, em amplos espaços do imaginário. As modificações geram um mal-estar, le-

---

[1] Graduação em História, Filosofia, Sociologia, Ciências Sociais e Jurídica, Mestre em Ciência Política, Mestre em Direito, Doutorado em Sociologia. Membro pesquisador do Grupo Violência e Cidadania e do Grupo Magistratura, Sociedade e Política. Professor de Direito Constitucional e de Direitos Humanos.

[2] LUHMANN, Niklas. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. In: ARNAULD, André-Jean e JR., Dalmir Lopes (organizadores). Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumem Júris Ltda, p. 48.

vando-nos a reagir às mudanças que se processam e a um estranhamento generalizado que busca resistir na defesa do tradicional.

No sistema jurídico não é diferente, já que é perceptível certa resistência a tudo aquilo que se apresenta com força de "novo". Alguns dos conceitos que sustentam tal sistema estão se transformando no ritmo destas novidades, outros não.

O direito também está ao abrigo dos efeitos dessas temporalidades, isto é, de tudo aquilo que acompanha o movimento histórico e suas alterações.

Epistemologicamente há um mal-estar entre os tradicionais paradigmas que estão num processo de revolução, como já afirmara Thomas Kuhn, e um de seus efeitos é a necessidade de se abandonar explicações já consagradas para buscar outras formas de compreensão do espaço social.

A crise, aqui, está no horizonte proposto por Edgar Morin, isto é, como uma condição de permanente (re) apresentação do espaço mundano, pois diferentemente de Koselleck, a crise não acontece somente em momentos de ruptura de ordem, mas é uma condição de possibilidade para a própria existência da linguagem e da percepção de realidade.

É o caso do sistema jurídico[3]. E tal condição é um paradoxo, pois se por um lado há ainda a conservação de uma lógica que remonta ao passado, e que olha, através dos olhos daqueles que não entendem a condição de complexidade e risco ao qual o espaço social se constitui, por outro lado esse saber tradicional que ainda impera sobre as universidades, como, igualmente, sobre o discurso jurídico como um todo está sendo provocado, irritado, desafiado por "novos" significados que buscam uma nova forma de construir o pensamento, e em especial a condição jurídica, levando muitos a se deixar seduzir por modismos conceituais que pouco resultam para a própria compreensão de crise.

Dessa forma, indo a favor dessas alterações, o discurso jurídico se abre a 'olhares de fora', quer dizer, está em curso uma abertura de perspectiva cognitiva da lei, da norma, enfim, da linguagem jurídica que não aban-

[3] "O direito não pode ser provisório, ele tem que ter duração... a sociedade está mudando numa velocidade muito grande, forçando que o jurista tenha consciência de que nós só seremos sujeitos da construção do tempo histórico se nós tivermos a velocidade, a capacidade de decidir, a partir de teorias que levem em conta essa complexidade: os paradoxos e os riscos que começam a surgir a partir daí".In: ROCHA, Leonel Severo. A construção do tempo pelo direito. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2003, p. 318 e 319,

donando uma perspectiva do realismo jurídico adota novos sentidos de compreensão a partir da própria diacronia presente no pensamento nessa segunda modernidade.

Nessa proposta de compreender o sistema jurídico para além do tradicional é objetivo deste texto buscar uma aproximação entre a obra "Alice no País das Maravilhas", de Lewis Carroll e a Teoria dos Sistemas conforme apresentada por Niklas Luhmann a partir de alguns conceitos que importantes para a compreensão dessa teoria permitem a emergência de efeitos que vão ao encontro da atual condição de crise do discurso jurídico.

A comparação entre essas duas obras, em um primeiro momento vistas como tão desencontradas, se justifica na medida em que, como na obra de Carroll, os trabalhos de Luhmann significam uma importante ruptura com aquela forma já condicionada de compreender o direito como quer a tradição positivista.

Da mesma forma que o personagem de Alice, que decidiu correr atrás do coelho branco e, assim, mergulhou com ele na abertura da grande toca que conduzia ao "País das Maravilhas", rompendo com a linguagem convencional e, a partir dessa linguagem metafórica, construindo uma crítica aos que se agarravam apenas naquilo que parecia ser a única compreensão do mundo real, Niklas Luhmann, igualmente, nos convida a imergir sobre uma nova linguagem jurídica, onde os dogmas são confrontados e onde a própria compreensão que explica precisa ser reanimada para aceitar o sistema jurídico como diferente, isto é, enquanto um sistema autopoiético.

O direito é um discurso muito mais rico, surpreendente, dinâmico e não pode continuar sendo amarrado a uma visão que confunde significados. É interessante, nesse sentido, uma observação de John Finnis sobre a polêmica em torno dos conceitos de *jus* e *ley*, ou como já destacou Santiago Legarre, entre direitos naturais e lei natural a partir de uma (re) leitura de Tomás de Aquino[4].

---

[4] Nesse sentido, Finnis afirma que "En efecto, la mayor complicación en la semántica del ius es que también tiene un significado distinto: ley (y, por tanto, leyes – iura –). Aquino usa ius frecuentemente con este último significado. Por supuesto, también tiene otra palabra para designar la ley: lex. Algunos comentaristas del siglo veinte pensaron que Aquino sostenía una distinción de significado entre ius, usado en este sentido, y lex. Pero aquél no tenía ningún interés en hacer semejante distinción y no hay una enseñanza oculta que pueda encontrarse debajo de la superficie de sus discusiones acerca de ius y lex (o en alguna otra parte de su obra). Los muchos pasajes en los que usa ius y lex intercambiablemente prueban esto con claridad, así como también el desarrollo de sus argumentos en muchos otros pasajes en que uno u otro término es usado". In: FINNIS, John. Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory, Oxford University Press, Oxford, 1998, p.134.

Quer dizer, Finnis chama a atenção para a necessidade de se revelar a limitação de uma tradição que quis entendê-los como sinônimos, perdendo de vista os detalhes de suas particularidades, fundamentais para o próprio pensamento jurídico. É nesse aspecto que o pensamento de Luhmann se encontra com todos aqueles que vêm buscando surpreender o incontroverso.

Apresentado a partir de dogmas tradicionais o direito tem muitas dificuldades em compreender o que não é direito, bem como legitimar aquilo que é o direito, já que nessa margem de possibilidades rotineiras não é mais sustentável à perspectiva tradicional estabelecer uma comunicação sem ruído entre a lei e o sujeito.

O sistema jurídico não é um campo estanque, imobilizado pela armadura conceitual que nos acostumamos a vestir sem questionar. Ao contrário é um sistema parcial, vivo, auto-reflexivo e auto-reprodutivo, e se deve entendê-lo sob o prisma de operações que acontecem faticamente, isto é, enquanto fenômenos-comunicações dele com ele mesmo, com outros sistemas do espaço social, que na linguagem de Luhmann são conhecidos como subsistemas, bem como com o ambiente que o envolve. A teoria dos sistemas supera algumas das dificuldades que ao longo das décadas nos acostumamos a conviver sem enfrentar.

Da mesma forma, em Alice também se construía uma crítica velada ao mundo tradicional e autoritário de Oxford, bem como ao pensamento vitoriano, predominante naquele momento na Inglaterra e que permitia a uma sociedade se pretender superior em relação ao restante do mundo, mas que no ocaso do século XIX veio a ser teimosamente contrariada pelos eventos históricos que aconteceram e que indicariam o início do fim, apesar da pretensiosa alienação por parte dos súditos da coroa britânica.

Alice é o resultado do momento austero, e ao mesmo tempo vitorioso que a sociedade anglo-saxônica britânica experimentava. A tensão entre essa austeridade e a arrogância criava um ambiente sufocante, a tal ponto, que parecia submergir qualquer originalidade destoante do tradicional. Alice é uma linguagem que choca porque não se enquadra no modelo cultural vigente e, nesse sentido, subverte-o.

O problema de Alice e do direito é um desafio comum: é a possibilidade de poder alterar a ordem das coisas, interferindo em seu próprio destino e, consequentemente, na extensão dessa interferência, ao mesmo tempo em que apesar de (re) apresentações do mundo, partem dessa condição de realidade para significar sentidos ao próprio espaço de mundividência.

Se Alice precisa se perder para, então, se encontrar, a teoria dos sistemas, por seu turno, precisa confrontar o sistema jurídico daquela forma de pensar que fazia do domínio do indivíduo a essência de toda compreensão do mundo jurídico. O desafio é mudar esse paradigma, e dessa forma, não deixar o direito ser visto como uma mera observação de um sujeito privilegiado. O sistema jurídico não pode mais continuar a ser tratado como o resultado da percepção e observação de alguns indivíduos-significantes, pois sua inserção enquanto significado para a realidade está na medida mesmo de sua condição de existência.

O direito, nos limites desse artigo é compreendido como um sistema autopoiético, auto-referencial, e tem em si mesmo a capacidade de determinar a sua própria evolução a partir da interação dos elementos que o formam, que são produzidos e maturados por essa interação espiral e recursiva que lhe dá existência. Para que isso possa acontecer, é necessário que o direito enquanto sistema venha a ser compreendido em um primeiro momento como um sistema fechado, enclausurado, pois somente assim será possível ao próprio sistema do direito se definir ao escolher a sua programação, seleção e evolução[5].

Não é um "mundo de faz de contas" como em Alice, que critica uma razão que não traz mais em si a capacidade de justificar os significados, mas no caso da teoria dos sistemas é um olhar que sem prescindir do indivíduo[6], não aceita ficar condicionado/entregue a esse como a única justificativa para a sua existência. De certa forma Luhmann despersonaliza o sujeito, gerando efeitos profundos em sua ontologia na medida em que reduz aquela figura principal do individuo criador à condição de mero espectador.

Tal como na história de Alice, aqui não se trata de constatar o fato de que o direito é dependente frente a irrevogabilidade e a inevitabilidade do ambiente, do sujeito, ao contrário, é através dos conceitos de sistema, clausura, redução da complexidade e diferença, para citar apenas alguns, que o

---

[5] "Como sistema operativamente clausurado deben definirse los sistemas que, para la producción de sus propias operaciones, se remiten a la red de sus propias operaciones y en este sentido se reproducen a sí mismos. Con una reformulación un poco más libre se podría decir: el sistema debe presuponerse a sí mismo, para poner en marcha mediante iteraciones suyas su propia reproducción en el tiempo; o con otras palabras: el sistema produce operaciones propias anticipando y recurriendo a operaciones propias y, de esta manera, determina qué es lo que pertenece al sistema y qué al entorno". In: LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Barcelona: Antrophos, pp. 26.

[6] "No nos obstinamos en la absurdidad de afirmar que haya derecho sin sociedad, sin hombres, sin las condiciones físico-químicas de nuestro planeta. Únicamente afirmamos que el sistema produce las relaciones con dicho entorno a partir de sus propios esfuerzos, a partir de la efectuación de sus propias operaciones. Estas operaciones son posible gracias a la integración de una red que designamos como clausura. Más brevemente: la apertura es viable sólo sobre la base de la cerradura". LUHMANN, Niklas. Idem ibidem, pp.54.

direito tem condições de fazer-se significado liberto da interferência de '*inputs*' vindos do ambiente e que sempre o reduziram enquanto signo de (re) apresentação da realidade sócio-jurídica, ao encontro dos interesses daquela sociologia do séc. XIX.

Niklas Luhmann nos conduz, portanto, a uma caminhada onde ao direito se abrem inúmeras possibilidades. O direito é um sistema que por si só ocupa um espaço e onde não quer ver a interferência do sujeito, da sociedade, mas sim, quer ver a (re) apresentação da realidade jurídica, do direito mesmo para esse próprio indivíduo, para que dessa forma possa ser revigorado enquanto conceito mais elástico na medida em que busca estabelecer uma compreensão com o ambiente-realidade sem que isso signifique fazê-lo ser somente observação de um indivíduo em particular, ou como afirma Luhmann, ser apenas resultado de uma observação.

O que se nos oferece é a possibilidade de antever o sistema jurídico como auto-reflexivo, atuante, capaz de romper com a visão de um direito fadado a uma existência meramente contemplativa, entregue aos desígnios dos indivíduos, ou, quando muito, justificado pelo direito positivo de forte matriz sociológica.

Da mesma forma como em Alice, uma das soluções possíveis é despertar. Despertar para a sua capacidade interna e em condições de se autodeterminar. O mundo de situações extraordinárias prossegue em sua lógica; o direito precisa lutar para se afastar desse papel tradicionalmente manifesto de uma lógica que o reduz, pois *"os perigos surgem em grande parte a partir do próprio direito. Por isso as trincheiras contra o perigo não podem mais ser erigidas no terreno da oposição entre o legal e o ilegal; elas atravessam o próprio direito como regulamentação e distribuição dos riscos..."*[7].As trincheiras epistemológicas não podem mais ser erigidas no terreno da oposição entre o legal e o ilegal, entre uma oposição entre *jus* e *lex*.

2 UMA APROXIMAÇÃO AO CONCEITO DE SISTEMA – O DIREITO SEM O IMPÉRIO DO SUJEITO: O REI E A RAINHA DE COPAS ESTÃO JUNTOS

> "– Pode me dizer, por favor, que caminho devo seguir para sair daqui?
>
> – Isso depende do lugar para onde você deseja ir.

[7] LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, pág., 54.

– O lugar para onde desejo ir? Francamente, para mim tanto faz.

– Nesse caso, tanto faz o caminho que você seguirá”.[8]

“Por ‘sistema’ no entendemos nosotros, como lo hacen muchos teóricos Del derecho, un entramado congruente de reglas, sino un entramado de operaciones fácticas que, como operaciones sociales, deben ser comunicaciones, independientemente de lo que estas comunicaciones afirmen respecto al derecho. Esto significa entonces que el punto de partida no lo buscamos en la norma ni en una tipología de los valores, sino en la distinción entre sistema y entorno”.

Niklas Luhmann

Alice não tem ideia para onde está indo. Em um primeiro momento, ela segue o coelho branco, preso a um compromisso em que somente ele conhece a sua razão de ser. Depois, abandonada a sua própria sorte num universo que teima em desafiar a sua lógica, se vê obrigada a aceitar o novo, o diferente desse mundo para finalmente descobrir que até mesmo ali, há um rei e uma rainha de copas que exercem de forma caricatural aquele controle enfadonho da razão autoritária que a fizeram correr atrás de um coelho com um relógio de bolso.

Nesse caminho em que ela mergulha num misto de curiosidade, medo e desejo de compreender o inusitado, Alice conhece vários e estranhos personagens que são caricaturas de personalidades da história da Grã-Bretanha. Por exemplo, quando ela se vê frente ao pote de geleia de laranja, Carroll está falando do símbolo do protestantismo, Guilherme de Orange, tão importante para a ascensão da Inglaterra. Da mesma forma, quando descreve a batalha entre os cavaleiros de Branco e Vermelho está se referindo ao embate famoso de Thomas Huxley e o Bispo Samuel Newman.

O que está no fundo em Alice, dessa forma, não é apenas uma inocente história, porque de inocente ela não tem nada. Através de uma linguagem figurada, Carroll rompe com muitos valores (a) firmados de sua sociedade, mas, ao mesmo tempo, ao romper com esses valores através do uso dessa linguagem repleta de metáforas quer que se compreenda que a Inglaterra vista de forma rigorosa e racional precisa perceber que há algo mais além da imagem que se reflete no espelho. A sociedade não é aquela afirmação mecânica de valores já determinados e inexoravelmente inquestionáveis.

[8] CARROL, Lewis. Alice no País das Maravilhas. São Paulo: Ática, pág. 61, 1980.

Já o sistema, nó górdio do campo teórico de Luhmann é observado como um conjunto de operações fáticas que, enquanto operações de linguagem e ao mesmo tempo sociais são comunicações, operações comunicativas.

Distintamente do que faz a dogmática jurídica, Luhmann não pretende compreender o sistema do direito a partir de regras ou normas previamente postas que definem o que é direito ou não, mas essa compreensão está determinada por aquilo que se apresenta como a diferenciação entre o sistema do direito e o ambiente-realidade. É nesse ponto de tensão que está colocado o que é o não direito e o que é o direito.

A diferenciação do sistema é o resultado da sua própria formação enquanto sistema auto-reflexivo e recursivo que no seu próprio interior reconhece e elabora a diferença entre ele e o ambiente, (re) apresentando as condições de seu próprio espaço de realismo jurídico. Tal realismo é uma variável da codificação e seleção realizadas pela linguagem jurídica, na mesma forma com que Carrol estabelece aquelas metáforas sobre a Inglaterra.

Reconhecer a diferença como fundamento à auto-reflexão é admitir que o sistema jurídico e não o ambiente é quem define o que é conforme ao direito/e o que não é conforme ao direito. Quanto mais elaborada for definida essa diferenciação com o ambiente-realidade, quanto mais auto-reflexivo o sistema se (re) construir a partir dessa diferenciação, maior será a sua capacidade de observação, operatividade condicional da auto-refletividade dos sistemas, isto é, de sua potencialidade em reduzir a complexidade, e nesse sentido, realizar ainda mais a sua capacidade de se compreender, bem como compreender os outros sistemas e o próprio ambiente-realidade.

Se em Alice as descobertas a empurram para buscar a fuga do mundo que encontra, em Luhmann, ao contrário, se compreende a diferença como um fio condutor que permite anotar ao direito uma capacidade de auto-organização a partir de determinados elementos que estabelecem relações-comunicações tanto com o próprio sistema, quanto com o ambiente-realidade.

Essas relações do sistema são constituídas, principalmente entre si, mas não raro se dirigem, igualmente, aos outros elementos que estão alocados nos outros sistemas parciais, como naqueles presentes ao ambiente-realidade e pelos quais o espaço de imaginário social encontra a sua formatação.

O direito é desta forma, um dos sistemas parciais presentes no sistema social global e tem o seu limite estabelecido por esse sistema que o envolve, mas que não o determina/domina/condiciona. Autopoiético, a teoria dos sistemas não prescinde do ambiente-realidade ou do indivíduo, mas não admite ser o resultado desses, pois o ambiente-realidade é por ele observado, e o indivíduo é objeto de sua própria margem de subjetividade.

Da mesma forma que Carroll enfrenta os julgamentos dos que não entendem as suas metáforas críticas, Luhmann é acusado de afastar do direito e da sociedade a figura tradicional do indivíduo, aquela do indivíduo onisciente, criando uma teoria onde a sociedade estaria órfã ou despojada da presença supostamente fundamental desse. Tal conclusão está longe de se constituir em uma verdadeira compreensão da teoria dele.

Isso porque ele compreende que na diferenciação sistema/ambiente-realidade, o sistema e não o indivíduo enfrenta o desafio em seguir com a evolução, isto é, ao se aceitar enquanto diferenciação o sistema pode decidir aquilo que lhe é ou não significativo, e dessa forma passar a agir na redução da complexidade dos dados/fatos e assim oferecer uma melhor compreensão dos significados que importam para o sistema e, também, para o ambiente-realidade, aonde o sujeito se pretende encontrar.

Nesse sentido, estes elementos que dão sustentação à capacidade auto-referencial do sistema permitem-lhe consolidar o conceito de diferença, pois é nesse conceito que se funda uma das grandes novidades trazidas pela teoria de Luhmann.

Enquanto móvel determinante para a teoria é a diferença condição para a distinção com o ambiente-realidade, e é através do reconhecimento dessa redução de complexidade que se pode admitir um sistema autopoiético. Enquanto condição de diferença, o direito se liberta do sujeito, mesmo que seja nele que se faça (re) apresentar.

Compreendido a partir de sua capacidade comunicacional calcada em seus elementos internos, o sistema parcial do direito se auto-organiza estabelecendo, fundamentalmente, uma operação/comunicação interna entre aquilo que lhe dá forma, sempre que necessário, com aqueles elementos que estão além de seu próprio espaço sistêmico e que lhe dão outros sentidos, mas que possibilitam no seu caso uma abertura para o ambiente-realidade em seu próprio movimento. Sem a abertura, o sistema estaria fadado à morte ou a degeneração, bem assim ao sujeito estaria perdida a capacidade da alteridade.

Dessa maneira, o sistema jurídico a partir dessa capacidade autopoiética estabelece as condições para se tornar um sistema de grande complexidade, e que contém em si, as condições de sua própria mobilidade e reflexividade.

Auto-referente, o sistema escolhe aquilo que é importante para a sua evolução, para a sua existência, orientando os elementos que lhe pertencem para a execução de todas aquelas operações fáticas que servem ao (re) conhecimento que faz do ambiente-realidade quando o (re) apresenta na figura da lei.

E, na produção e execução dessas operações fáticas o sistema jurídico encontra a potencialidade para impingir-se em uma dinâmica que auto-reprodutiva permite buscar a evolução nos movimentos de seleção/codificação que faz em tudo aquilo que estabelece alguma comunicação com ele uma possibilidade no ambiente-realidade. Nessa dinâmica, não cabe a linguagem jurídica nos limites da linguagem do sujeito, mas sim no espaço da linguagem do imaginário, campo mais abrangente dos conceitos que servem de fundamento para a racionalidade.

Para ser possível preservar a evolução o sistema parcial do direito ainda que devendo se manter comumente enclausurado, deve optar por se abrir ao que lhe irrita, para depois voltar a se enclausurar. Na abertura o sistema pode encontrar elementos que ajudam a conservar a dinâmica interna, e codificando-os, processá-los através do movimento de suas operações fáticas. E processando, significar sentidos no ambiente-realidade, bem assim aos sujeitos.

Diferente de Alice, em que a rainha é uma força de ordem que gera a desordem no país das maravilhas e que não admite ser contestada, sendo por isso a presença de certo ruído do discurso racional no universo imaginário de Carroll, a diferença é uma 'rainha positiva' em Luhmann, pois é origem e fonte para o auto (re) conhecimento do sistema, já que é enquanto condição comunicacional que a lei serve como àquela linguagem que dá sentido a (re) apresentação da mundividência aos sujeitos.

Para Alice, a rainha gera o desejo de retornar ao ambiente monótono, mas seguro da razão, e não por acaso ela consegue despertar depois de fugir da voz estridente daquela. Na teoria dos sistemas a diferença, ao contrário, desperta uma certeza: não é a norma que funda o direito, dizendo o que é ou não o direito, mas é na compreensão dessa diferença em que o

sistema jurídico se aceita distinto do ambiente-realidade que traz em si mesma a reflexão para decidir o que é ou não conforme ao direito. A norma é apenas uma figura que reduz essa complexidade fundante da linguagem de (re) apresentação do mundo.

Com o conceito de diferença se pode compreender a necessidade de se reduzir a complexidade da relação entre o sistema/ambiente-realidade, que ocorre na medida em que quebra a velha ordem da noção de input/output. O reconhecimento da diferença é reflexão que o sistema faz de si mesmo, em contraste com tudo aquilo que não lhe pertence, mas que ao mesmo tempo mantém com ele comunicação e não dominação, o que na teoria de Luhmann é reconhecida com o conceito de operação fática.

As operações fáticas são desta maneira, comunicações do resultado do reconhecimento das diferenças que permitem o entendimento do processo entre o sistema e o ambiente-realidade. Da mesma forma elas são o entendimento para os acoplamentos estruturais entre os subsistemas, pois nesses se obedecem às mesmas condições da comunicação entre o ambiente-realidade/sistema, o que faz de tal acoplamento uma condição para a diferenciação do imaginário, isto é, de sua existência.

Importa destacar que é através do conceito de operações fáticas que Luhmann pode romper com o império da estrutura, pois como ele afirma, *"las estructuras, como enlazamientos altamente selectivos, son necesarias para que se lleven a cabo las operaciones, mas el derecho no adquiere realidad por alguna idealidad estable, sino finalmente por aquellas operaciones que producen y reproducen el sentido especifico del derecho".*[9]

Rompe com a tradição estruturalista ao se permitir colocar o conceito de estrutura em um segundo plano, mas não querendo dizer com isso que prescinde totalmente desse conceito. Não pretende – diferentemente do que acontece no país das maravilhas visitado por Alice em que o coelho branco está preso ao tempo que escorre ou que tem na rainha uma voz estridente e que ameaça o próprio mundo que ela conheceu – permitir que a velha dogmática jurídica e estruturalista determine ao sistema do direito uma forma tão linear e empobrecida quando quer 'explicar' e 'analisar' a relação norma/sujeito.

Como afirma, *"Las comunicaciones establecen condiciones de enlace para operaciones subsiguientes y con ello confirman o modifican, a la vez, las*

[9] LUHMANN, Niklas. Idem nota 4, pp. 26.

estructuras dadas. De esta manera los sistemas autopoiéticos son siempre sistemas históricos, que parten del estado inmediatamente anterior que ellos mismos han creado. Lo que hacen por primera y por última vez. Las comunicaciones jurídicas tienen, siempre, como operaciones del sistema del derecho una doble función: ser factores de producción y ser conservadores de las estructuras".[10]

Dessa maneira é o reconhecimento da diferença que permite admitir a existência de uma relação entre os sistemas, desses com o ambiente-realidade, e ainda com os sujeitos.

O abandono do principado do conceito de estrutura se deve ao fato de que esse conceito dá uma ideia de imutabilidade e de estabilidade que reduzem o espaço do sistema jurídico, retirando-lhe a carga potencial de auto-reprodução que se encontra presente a partir de sua capacidade de diferenciação.

Isso ocorre porque com tais conceitos Luhmann pode construir uma (in) certeza de dinâmica e mobilidade ao direito autopoiético, percebendo-o a partir dele mesmo e de sua capacidade em realizar a auto-reflexão desse intenso processo na busca de uma melhor seleção para a sua evolução, bem como evoluindo, permitir ao sistema reduzir tanto a complexidade do seu interior como aquela do ambiente-realidade. A condição de mundo se torna, portanto, uma condição de redução de complexidade.

Não cabe ao sujeito, então, compreender o direito para que o sistema jurídico alcance a existência. O sistema jurídico se compreende na sua própria imagem, importando mais a sua observação sobre aquele que o observa do que a desse sobre ele. Logo, não é o ambiente-realidade que diz o que é o direito, mas é o direito que diz o que é o direito. É o sistema, através dos conceitos de diferença e operação que sem precisar ordenar que "cortem as cabeças!", realiza a seleção daquilo que lhe é ou não significativo. E, enquanto organismo auto-reflexivo o sistema tem capacidade de memória, "o que hoje se perde, amanhã se pode achar". E enquanto capacidade de memória tem condição de existência autopoiética.

Em Alice o Rei é condescendente, subjugado pela Rainha autoritária. Em Luhmann as operações fáticas[11], tanto quanto o conceito de diferença

---

[10] LUHMANN, Niklas. Idem nota 4, pp.33.

[11] "Desde el punto de vista objetual se pueden describir las operaciones como la producción de una diferencia. Algo se vuelve distinto después de una operación y, mediante la operación, ese algo es distinto que sin ella. Piénsese por ejemplo en la manifestación de una inconformidad ordinaria. Es en este efecto discriminatorio de la

exerce um papel ativo, estabelecendo o procedimento pelo qual se dá a comunicação entre os sistemas e o ambiente-realidade. A linguagem da lei é subjugada nessa medida a auto-reflexão do sistema jurídico no seu exercício de redução de complexidade.

3 A COMPLEXIDADE E O SISTEMA: O LEÃO E O UNICÓRNIO LUTAM PELA COROA

> "O leão e o unicórnio pela real coroa pelejaram: deram um belo espetáculo para todos que assistiram. Até que cansados, a toque de tambor, os expulsaram".[12]

> "La formación de un sistema supone reducir la complejidad para aumentar el potencial de selectividad. Y, de hecho, los limites de un sistema son los limites del ámbito en el que el sistema puede realizar sus elecciones y cumplir sus selecciones".[13]

O sistema e a complexidade travam uma intensa relação. O primeiro busca ser um mediador da segunda numa tentativa de reduzi-la, como que buscando compreender as relações entre o ambiente-realidade e o próprio sistema.

A existência dos sistemas parciais busca transformar e diminuir a força da complexidade e sendo autopoiéticos, têm a capacidade reflexiva necessária para estabilizar as estruturas mesmas que abrandam a complexidade.

A complexidade está reconhecida na certeza de que o ambiente e os sistemas mantêm uma relação a partir de sua diferenciação, e está na diferença a capacidade de redução dessa complexidade. Assim, através de todas as operações fáticas que se realizam, se permite ao sistema selecionar e adaptar a sua evolução, e essa é uma expressiva novidade apresentada por Luhmann à teoria dos Sistemas.

---

operación que se lleva al cabo en una duración y un enlazamiento recursito de las consecuencias de una operación, que se produce la diferencia entre sistema y entorno; o como nosotros diremos: que un sistema se diferencia". In: LUHMANN, Niklas. Idem nota 04, pp. 34.

[12] Carroll utiliza aqui uma metáfora importante: a rivalidade entre o leão e o unicórnio remonta há muitos séculos. Supõe-se em geral que surgiu no início do século XVII, quando a união da Escócia e a Inglaterra resultou num novo brasão britânico em que o unicórnio escocês e o leão britânico apareciam, como o fazem hoje, como os dois suportes das armas reais.

[13] IZUZQUIZA, Ignácio. La sociedad sin hombres: Niklas Luhmann o la teoria como escândalo. Barcelona: Antrophos, pág. 154, 1990.

O ambiente é, dessa forma, um espaço intenso e conjuntural de emergência de informações para os sistemas. Essas informações são possibilidades múltiplas que acarretam intensa irritabilidade aos sistemas tradicionalmente fechados e que assim necessitam se abrirem através de suas operações fáticas para selecioná-las ou não.

Como os sistemas são diferentes do ambiente, a seleção daquelas informações deve ser operacionalizada através de um agir do sistema que as codifica[14] ao mesmo tempo em que busca diminuir a complexidade que carregam por não pertencerem ao próprio sistema.

Igualmente se busca a redução da complexidade quando ocorrem os acoplamentos estruturais entre dois ou mais sistemas parciais, e tais acoplamentos não devem ser entendidos como fusão, mas sim como realização de uma correspondência de um certo evento que chama a atenção de mais de um dos sistemas parciais.

O acoplamento é importante para o sistema conservar a sua capacidade de autopoiesis, uma vez que é obrigatório para ele abrir-se, em alguns momentos interrompendo, ainda que momentaneamente, a sua clausura natural.[15]

Da mesma forma quando o ambiente irrita o sistema e o perturba compelindo-o a abrir-se aos elementos do ambiente-realidade que são selecionados por ele, essa abertura do processo autopoiético necessita reduzir a carga de complexidade desses elementos, sem o que o sistema pode vir a ser profundamente abalado em sua capacidade de auto-reprodução.

---

[14] "El que el código represente la unidad del sistema no está garantizado por la representación de una forma superior: esto terminaría en una regresión al infinito o, como todavía veremos, en una paradoja. El código mismo no es ninguna norma. No es otra cosa que la estructura de un mecanismo de reconocimiento y atribución de la autopoiesis de la sociedad. Siempre que se hace referencia al derecho y al no-derecho, este tipo de comunicación se adjudica al sistema jurídico. La comunicación jurídica no es reconocible sino perteneciendo a un código y siendo capaz de enlazarse a otras comunicaciones jurídicas gracias a ese código. El derecho de la sociedad se realiza en referencia a la efectuación de un código – y no sobre una regla (hipotética, categórica, razonable, fáctica)". In: Luhmann, Niklas. Idem nota 04, pp. 49.

[15] "La clausura operativa del sistema se confirma precisamente por el hecho de que existen diferentes perspectivas dentro del sistema y que por eso puede haber, en el interior, una observación organizada de los observadores. El sistema está, utilizando la expresión de Heinz Von Foerster acerca de la motivación, 'codificado indiferenciadamente'; O tal vez mejor: 'indiferentemente codificado'. No existe por lo tanto ningún input de comunicación jurídica en el sistema del derecho, porque no hay absolutamente ninguna comunicación jurídica fuera del sistema del derecho. Esta es una de las consecuencias de las transición de las *input type descriptions* hacia las *closure type descriptions* (Varela). Y, además, esta es una de las consecuencias de la tesis de que solamente el sistema del derecho puede originar su clausura, reproducir sus operaciones, definir sus limites...". In: LUHMANN, Niklas. Idem nota 04, pp. 49.

Ao selecionar os elementos de fora do sistema e que serão englobados por ele se observa que esses acontecem não no limite da auto-reprodução, mas naquele resíduo estrutural que se conserva presente nos sistemas.

Para que essa presença não pese sobre os sistemas, se busca com o processo de diferenciação e de seleção/codificação, reduzir a carga de complexidade carregada por eles para não afetar, igualmente, a capacidade mesma do sistema em manter a sua evolução.

O sistema parcial do direito, por conseguinte, deve ser concebido como um daqueles sistemas que tem como necessidade operacional reduzir toda e qualquer complexidade que advenha do ambiente-realidade, e para que isso ocorra, ele deve suportar a tensão entre a emergência da expectativa e o inconstante e imprevisível risco da decepção, originada pela primeira.

Dessa forma, em Luhmann, a complexidade e o sistema estabelecem uma relação que se não chega a ser de natureza conflituosa é de contato constante. Isso porque o sistema tem como objetivo reduzir essa complexidade, para poder apresentar os significados daquela relação binária que é útil para ele e para o ambiente-realidade, isto é: aquilo que é conforme ao direito/aquilo que não é conforme ao direito.

Em Alice, o leão e o unicórnio disputam há um longo tempo a coroa do rei de copas, apesar desse saber que nunca vai perdê-la, já que nenhum daqueles dois tem força suficiente para alcançar qualquer vitória. Mantendo a luta, o rei de copas anula dois de seus adversários ao mesmo que se conservando no poder. Alice compreende isso, mas sendo estranha ao país das maravilhas, não tem força para alterar tal situação.

Na teoria dos sistemas, ao contrário, a coroa é alcançada pela autopoiesis, já que nela está a força para o sistema parcial do direito justificar a sua existência, realizando um de seus objetivos, isto é, a redução da complexidade interna e externa pela diferenciação e assim manter a sua comunicação com o entorno e com os outros sistemas parciais. Afirma que *"... el sistema jurídico puede tomar en consideración hechos externos, pero sólo como información que ha sido generada internamente: sólo como 'difference that makes a difference'(Bateson). Y si el estado del sistema ha cambiado, esto se debe a que se ha referido a la aplicación del derecho o en última instancia, al código. Dicho de otra manera: el sistema del derecho no puede atribuir al entorno normas, pero sí conocimientos. Incluso la cuota de conoci-*

miento que atribuye al entorno es una operación puramente interna y no un proceso de 'transfer' de informaciones".[16]

4 O MUNDO DE ALICE – UMA APROXIMAÇÃO AO CONCEITO DE AUTOPOIESIS

> "... o conhecimento constitui uma operação pela qual o sistema observador procura resolver os paradoxos e tautologias da sua própria auto-referência, razão pela qual as tradicionais categorias da ciência moderna (causais, empíricas, dedutivas-normológicas, estatísticas) deverão dar lugar às categorias circulares reveladas crescentemente desde as ciências da natureza... até as ciências humanas:... por outras palavras, se até aqui a circularidade era vista como um paradoxo inconfortável ou uma contradição lógica da qual se deveriam imunizar os argumentos e teorias (retorno infinito, tautologias, redundâncias, círculos viciosos e virtuosos, petitio principii, etc), os adeptos da teoria autopoiética concebem-na como um modelo heurístico e fechado".
>
> JOSÉ ENGRACÍA ANTUNES

A *autopoiesis* é um conceito caro a Luhmann. É o resultado da teoria que tem em Maturana e em Varela[17] seus dois principais propagadores. Com esse conceito ganha corpo a discussão em torno do problema da relação entre estrutura/operação, bem como, ainda, nos remete a uma nova luz para a relação norma/ação; regra/decisão.

Esse conceito é o extraordinário na teoria dos sistemas. Entendido o sistema como capaz de se auto-reproduzir significa que ele não é mais determinado pela heteroreferência, mas, principalmente, pela auto-referência.

A visão do outro é a apenas a visão do outro, isto é, o sistema parcial do direito se liberta da velha ordem vertical do input/output. Luhmann destaca que *"Para realzar claramente el uso interno de esta distinción, distinguimos entre autorreferencia y heterorreferencia. Es decir: un sistema que dispone de capacidades adecuadas de observación, puede distinguir entre la referencia a sí mismo y la referencia a todo lo demás. Con esta terminología nos encontramos, a diferencia de la doctrina más antigua de los sistemas*

[16] LUHMANN. Niklas. Idem nota 04, pp.61.

[17] MATURANA, H.R. & VARELA, F.J – A Árvore do Conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana. Tradução; Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo, Pala Athenas, 2001.

abiertos, en el plano de la observación de segundo orden. Observamos cómo observa el sistema y cómo efectúa con ella la diferencia entre autorreferencia y heterorreferencias".[18]

O sistema jurídico não pode ser percebido como um espaço observável por um espectador privilegiado que sobre ele infere as suas regras, condicionando-o a uma engenharia rígida. É a visão que o sistema tem de si mesmo que permite reconhecer o que ele observa e quando se diferencia do ambiente-realidade para se observar, reflete através de todas aquelas operações fáticas a redução da complexidade, selecionando/codificando e dessa forma, evoluindo.

O sistema é auto-reprodutivo em seu constante processo de evolução, selecionando as operações fáticas que com ele se comunicam para, então, abrindo-se ao "outro" (entorno e outros sistemas), ganhar nova sinergia e, dessa forma, voltar a fechar-se, pois que ele é auto-referencial.

A relação binária da auto-referência/heteroreferência deu à teoria dos sistemas de Luhmann a oportunidade de libertar o sistema do direito da obrigatoriedade de ser um sistema aberto. O sistema é enclausurado,[19] mas não isolado, pois que não ocorre no hiato, no vácuo, mas no tecido do sistema social geral. Não são paredes de tijolos que o mantém afastado do ambiente, mas portas, que podem ser abertas ainda que se devam, tradicionalmente, mantê-las fechadas.

Dessa forma, a clausura operativa não é, repita-se, isolamento, pois é a partir de sua maior capacidade que o sistema constrói uma comunicação semântica com o entorno, de forma constante, sem significar que ele precise se manter aberto e dependente. Até porque o sistema conserva uma abertura cognitiva com o ambiente e com os outros sistemas parciais, e isso permite uma constante comunicação entre eles.

A clausura se deve ao fato de que o sistema não precisa ser aberto para ter a sua existência reconhecida e receber de fora dele qualquer observação ou definição. Estando fechado, o sistema tem condições de definir suas próprias operações fáticas, reproduzir-se a si mesmo e nessa reprodução ele pode determinar o que lhe pertence e o que pertence ao ambiente-realidade ou aos outros sistemas parciais.

---

[18] LUHMANN, Niklas. Idem nota 04, pp.55.

[19] Afirma Luhmann que "La clausura operativa del sistema del derecho en la sociedad se realiza únicamente en el nivel de segundo orden y sólo a través de un esquematismo que puede ser manejado exclusivamente en este nivel". Idem ibidem, pp.50.

A *autopoiesis* é posta como uma invariável no sistema, mesmo quando esse se move/operacionaliza com o auxílio de estruturas e de operação em operação (interna e, por vezes, aberta), ela não se altera.

Nesse sentido, *"... o derecho no adquiere realidad por alguna idealidad estable, sino finalmente por aquellas operaciones que producen y reproducen el sentido especifico del derecho".*[20]

Logo, a clausura das operações do sistema tem razão de ser na medida em que isso permite ao sistema maior capacidade de construção de sua própria complexidade-identidade, pois que ele não fica determinado por nada de fora (em determinadas situações, o próprio sistema pode vir a se abrir para o ambiente-realidade, o que acontece, mas ele não está determinado pelo que está fora dele e por isso, essa sua característica de clausura). A clausura é a forma que o sistema encontrou para extrair a ordem do ruído, entendido como comunicação entre o sistema e o ambiente, estabelecendo dessa forma, a sua autopoiése.

Essa característica de clausura da operação permite, assim, que aconteça uma melhor seleção dos elementos, ao mesmo tempo em que permite definir o entrelaçamento desses mesmos elementos (que os qualificam).

Alguns elementos são selecionados pelo sistema nas suas operações fáticas de abertura ao ambiente-realidade ou aos outros sistemas, e sofrendo um processo de codificação são incorporados ao corpo do sistema. Outros são abandonados, mas não ficam perdidos na sua totalidade, pois que podem ser, mais adiante, a partir do interesse do próprio sistema, selecionados para retornar, pois ele tem a capacidade de recordar daquilo que já havia sido descartado.

Essa produção de operações fáticas do processo de seleção não significa o domínio de todas as causas do produzido, pois nem sempre elas são o foco principal do sistema. Somente quando essa disponibilidade da produção está nele é que se pode falar em autopoiesis. Isso porque é o sistema que seleciona aquilo que é o seu limite, pois somente assim ele resguarda a sua independência do ambiente-realidade, até porque, nenhum sistema pode controlar todas as causas, mas somente as que têm sentido em sua auto-reprodução.

20 LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Barcelona: Anthropos, pp. 27.

O sistema se movimenta a partir da realização de suas operações fáticas, e esse agir comunicacional ocorre de forma simultânea, quer dizer, no tempo presente. O tempo futuro e o tempo passado somente têm sentido se simultâneos ao presente, tempo onde ocorre a ação da operação fática e isso porque o observador que observa essas operações compreende apenas aquilo que está no momento de sua observação, e somente aí ele percebe as mudanças nas estruturas.[21]

Uma observação é, portanto, uma operação que o próprio sistema descreve de si mesmo, e isso deve ser entendido como uma auto-observação sem a qual nada aconteceria, pois que senão, seria apenas a partir do ambiente-realidade que o sistema buscaria os elementos para a sua própria definição.[22]

A observação é uma operação que se vincula aos sistemas autopoiéticos. Essa ocorre como operação na medida em que ao observar descreve, e a descrição não parte de um espaço de normas determinadas a priori pelo observador afastado do sistema. A autopoiesis se auto-reflete, pois, que toda operação, mesmo a da auto-observação é comunicação. Assim, a comunicação jurídica ocorre em uma dupla face: por um lado é fator de produção, por outro é conservação das estruturas.

Destarte, no caso de Alice, o País das Maravilhas estava contemplado pelo imaginário, entendido como a irrealidade da realidade, já em

---

[21] Em relação a esse tempo determinado pela simultaneidade entre presente-passado-futuro, está anotado um outro paradoxo na Teoria dos Sistemas. Isto é, se por um lado, o tempo é presente, por outro, reconhecendo-se que há a presença da memória que permite ao sistema selecionar aquilo que havia sido descartado, há uma ratificação de uma seleção já acontecida, portanto, deixada ao passado. Mas como o sistema é autopoiético, o tempo está subvertido nessa sua capacidade de se auto-reproduzir constantemente.
Também, é importante destacar que se o direito, e a teoria dos sistemas estão ao alcance das transformações históricas, há nesse sentido, uma múltipla implicação temporal que dá ao devir histórico um papel de destaque na capacidade mesma do sistema realizar a sua evolução. E, não se deixe de destacar que a própria idéia de evolução dá a entender de forma subtendida que há uma relação significativa e importante com o tempo passado e com o tempo futuro.
Importa também destacar que nesse processo de *autopoiesis*, sobrevive alguma relevância do conceito de estrutura, que como já se afirmou Luhmann não abandonou na sua completude. O conceito de estrutura se mantém necessário para que as operações fáticas possam ocorrer. Essas não são ideias abstratas e nem ocorrem no "nada". Há um tempo, e um espaço em que a auto-reprodução acontece, e a presença das estruturas, que auxiliam ao sistema a reduzir a complexidade, se faz necessária, inclusive, para estabelecer as regras internas da codificação, estratégia pela qual se pode ver na prática, a vitória sobre a complexidade do processo de evolução/seleção.

[22] Segundo Luhmann, "Lo mismo es válido para cada una de las observaciones de este estado de cosas, y en verdad, tanto para las observaciones externas como para las internas. Puesto que las observaciones son operaciones, un observador observa sólo cuando observa (y cuando no, no). El puede distinguir estructuras constantes de operaciones del tipo acontecimientos, como se distingue lo inmóvil de lo móvil – pero sólo cuando el observador observa puede registrar cambios en las estructuras. El observador es pues un sistema atado al tiempo, y sobre todo atado al tiempo que él en el presente construye mediante distinciones que introduce como horizonte de su observación". In: LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Barcelona: Antrophus, pág. 30.

Luhmann, a autopoiesis é o reconhecimento de uma análise que busca superar aquelas marcadas pela tradição da dogmática jurídica: o sistema jurídico é um espaço da sociedade, pois está nela, já que ela é o entorno que o envolve. Mesmo em se reconhecendo esse aspecto, o sistema jurídico não pode ser um resultado, um mero aparelho de Estado ou apenas um instrumento de resposta aos inputs da sociedade.

Da mesma forma que é o líquido da garrafa que desperta a autoconsciência de Alice, liberando a dominação do programa pré-determinado, a autopoiesis, em sua capacidade de se autoproduzir, auto-refletir, permitindo ao sistema jurídico entender-se como uma circularidade recursiva e comunicacional enclausurada em sua própria evolução.

O sistema jurídico, diferente dos personagens encontrados por Alice, não tem possibilidade de estabelecer de forma direta uma comunicação com a sociedade, mas essa comunicação somente é possível através da referência recursiva de suas operações jurídicas, com outras e outras operações jurídicas, permitindo, então, ao sistema eclodir como um sistema autopoiético em contato com ele mesmo, e dessa forma, com a sociedade, construindo o caminho para uma metalinguagem.

5 CONCLUSÃO

> "O problema é que cada operação reproduz, a seu nível, seu oposto. Os sistemas e as sistemáticas nascem sobre o chão deste paradoxo... A sociedade é precisamente este sistema auto-referencial, em que a observação aparece como um paradoxo".
>
> Niklas Luhmann.

A tradicional visão da dogmática jurídica do direito deve ser confrontada pela teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Não porque essa teoria pretende ser a única verdade, mas porque tendo o vigor de atingir aos resistentes paradigmas solidificados desde Kant, ela permite ao direito, finalmente, redefinir-se.

É chegado o momento de se superar os efeitos das transformações vividas pelo século XVIII, já que muitos desses efeitos encontraram nos dois séculos seguintes o seu esgotamento discursivo.

Não por acaso, vive-se nessa era de pós-modernidade um arrebatamento conceitual que, transmudando-se em estranhamento, parece que-

rer congelar o pensamento que se seduz no conceito de crise, de ruptura, entendidos esses como conceitos negativos e desconstrutivos. De fato, o conceito de crise é uma forma de desconstrução, mas não é compreendido aqui como um conceito de natureza negativa.

Entendendo-se o sistema jurídico como um sistema parcial e autopoiético, capaz de observar aquele que o observa, e nesse sentido não sendo mais por ele determinado, se abre a possibilidade de se alterar a ordem das coisas no direito, desde que se aceite que o próprio sistema jurídico pode caminhar em prol de sua evolução.

Há muito ainda por realizar, pois que a teoria dos sistemas ainda é bastante recente em meio a nós, e *"os próprios arautos reconheceram isto mesmo, ao expressamente afirmar que toda a construção foi deliberadamente estruturada como um 'labirinto', no qual os conceitos, problemas e ideais são explanados, não segundo uma lógica linear, mas segundo uma lógica policêntrica, da qual por vezes em vão se procurará retirar qualquer clareza conceitual ou 'ordem teórica' segundo as tradicionais categorias do conhecimento científico".*[23]

Mesmo assim, é obrigatório resistir às ânsias cruzadistas daqueles que não podem se desprender de suas verdades, e que necessitam, ainda, buscar na figura do sujeito o ponto de referência de toda reflexão; o início e o fim de toda observação.

O indivíduo é aquilo que ele mesmo compreende como indivíduo, a partir daquele ponto em que se observa, mas também é o resultado de todas as forças que buscam defini-lo. Todavia, não pode ser tratado como centro potencializador de tudo o que o cerca e que mantém com ele comunicação.

Todos conhecem a história sobre tudo aquilo que se apresenta como novo ou como espetacular. Sabemos, portanto, que no caso de Alice, o seu mundo é o mundo da fantasia. Mas apesar do desconforto dos que repudiam esse mundo, é a possibilidade de pensar o imaginário fantástico que enfrenta e afronta a realidade empobrecida das verdades tradicionais e segura do discurso tradicional.

No caso de Luhmann, o espaço teórico que ele ocupa, após invadir sem a permissão dos tradicionalistas de plantão, é de aflição, pois ele não teme fragmentar o discurso milenar de certo dogma, que longe do romântico e sincero pensamento científico, parece transformar-se, mais e mais, em manifestação de fé.

---

[23] ANTUNES, José Engracía. In: TEUBNER, Gunter. O Direito como Sistema Autopoiético. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, pág. XXXI.

Não há que se amedrontar frente à viagem que a teoria dos sistemas nos conduz, mas presenciá-la, quebrando as amarras que não querem libertar o direito dos velhos institutos de dominação, e em agindo assim, afastá-lo de um espaço social que atualmente, não cansa de se surpreender com a quebra daquelas verdades, antes absolutas.

Aproximar é preciso, olhar sem receio é necessário, e como quer todo e qualquer olhar que é sempre um olhar engajado, admitir-se que cabe ao direito dizer-nos aquilo que o direito diz ser direito.

Alice, desapontada e surpresa com o país das maravilhas, retorna, ao acordar, para o mundo tradicional e regulado. O mundo continua sendo o mesmo, mas ela está definitivamente diferente. As experiências que sorveu não podem ser abandonadas, fazem parte dela e do seu imaginário para sempre.

Da mesma forma com Luhmann, o direito não pode deixar de reconhecer que as explicações até então aceitas precisam, obrigatoriamente, ser revistas. Não se pode mais negar que até mesmo no campo do direito se faz necessário superar o discurso, romper com a linguagem tradicional e enfrentar uma visão mais incômoda na qual o indivíduo não é o agente principal, mas, apenas, outro agente do próprio discurso.

6 REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean. Niklas Luhmann. **Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lúmen Júris Ltda, 2004.

CARROL, Lewis. **Alice no País das Maravilhas**. São Paulo: Ática, 1980 .

IZUZQUIZA, Ignácio. **La sociedad sin hombres: Niklas Luhmann o la teoria como escândalo**. Barcelona: Antrophos, 1990.

LUHMANN, Niklas. **El Derecho de La Sociedad**. Barcelona: Antrophos.

_____. 1927-1998. **El arte de la sociedad**. México: Herder, 2005.

MATURANA, H.R. & VARELA, F.J – **A Árvore do Conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. Tradução; Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo, Pala Athenas, 2001.

TEUBNER, Gunther. **O Directo como Sistema Autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

ANOTHER BRICK IN THE WALL: A DISCIPLINA DAS FALTAS DISCIPLINARES IMPOSTAS AOS ADOLESCENTES INTERNADOS. ANÁLISE DA RESOLUÇÃO Nº 005/2012 DA FASE/RS

Mariana Py Muniz Cappellari[1]

RESUMO: Com o presente artigo se objetiva demonstrar, num primeiro momento, como estão dispostas as faltas disciplinares no âmbito da Resolução nº 005/2012 da FASE/RS, as quais são objeto de imputação aos adolescentes que se encontram internados cumprindo medida socioeducativa junto a Fundação de Atendimento Socioeducativo do Estado do Rio Grande do Sul. Tal análise tem por fim desvelar, de forma crítica, a tipificação concedida às faltas disciplinares, com escopo em preceitos constitucionais e convencionais. Num segundo momento, portanto, empreende-se correlação entre a disposição das faltas na forma posta e a doutrina de Michel Foucault, no que tange a emergência da sociedade disciplinar. Nesse sentido, parte do título concedido ao artigo tem por escopo música de autoria da banda Pink Floyd, mormente no que diz com a sua segunda parte, haja vista espelhar o controle mental e social exercido pela educação. Por fim, conclui-se que a vagueza na conceituação das faltas e o desrespeito aos princípios constitucionais e convencionais na sua tipificação, dá vazão ao arbítrio, o qual caminha de mãos dadas com o disciplinamento exposto por Foucault, revelando uma política socioeducativa criminal de controle dos adolescentes seletivamente internados.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia. Direito da Infância e da Juventude. Direito Penal. Execução das medidas socioeducativas. Lei do SINASE.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Análise da Resolução nº 005/2012 da FSE/RS. 3. Another Brick in the Wall: a disciplina das faltas disciplinares impostas aos adolescentes internados. 4. Conclusão. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Estado do Rio Grande do Sul, relativamente ao mês de junho de 2014, conta com uma população total de adolescentes a cumprir medida socioeducativa de internação e de semiliberdade (medidas estas que ope-

[1] Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS.

ram na restrição da liberdade dos jovens, desconsideradas, nesse contexto, as medidas em meio aberto), no montante de 1.135 (hum mil, cento e trinta e cinco), levando-se em conta a capital Porto Alegre, bem como as unidades do interior do Estado.[2] A esses adolescentes, os quais se encontram institucionalizados, é imposto um regime disciplinar, nos termos da Lei nº 12.594/12, bem como Resolução nº 005/2012 da FASE/RS, nosso objeto de análise, por ora.

Em analogia ao sistema prisional, a execução das medidas socioeducativas em meio fechado, se vale de uma Resolução administrativa para delimitar o que sejam faltas disciplinares de natureza leve, média e grave, embora diferentemente da Lei de Execução Penal, a Lei do SINASE não traga em seu bojo qualquer tipificação nesse sentido, ainda que em termos gerais, apenas, deixando a cargo da administração o estabelecimento total da tipificação e do conceito de falta disciplinar.

Por que a própria Lei do SINASE, em seu artigo 35, estabelece o princípio da legalidade, no sentido de que ao adolescente não pode ser imposto tratamento mais gravoso do que aquele conferido ao adulto, no âmbito da execução criminal, é que nos chamou atenção para em comparação com a LEP e o Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul, analisar a Resolução nº 005/2012 da FASE/RS, no ponto referente à conceituação das faltas disciplinares.

Isso por que a vagueza na noção semântica do que seja considerada falta disciplinar, assim como na esfera da execução criminal, para além de fazer emergir constantes violações a preceitos de ordem constitucional e convencional, traz à tona a disciplina de corpos dóceis, através do recurso a técnicas para o bom adestramento, conforme bem acentuou Foucault,[3] fabricando, assim, indivíduos que serão tratados como objetos e ao mesmo tempo como instrumentos de uma política, digamos, socioeducativa criminal de controle seletivo.

Dessa forma, por que a constante expansão do poder punitivo deve ser limitada, como medida de redução de danos, dada a inviabilidade de, por ora, lograr-se intento na substituição das punições restritivas de liberdade, ao menos no estágio em que se encontra a sociedade contemporânea, entendemos imprescindível a presente análise, na medida em que

---

[2] Conforme dados obtidos junto a Fundação de Atendimento Socieducativo do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.fase.rs.gov.br>. Acesso em: 21 jun. 2014.

[3] FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 36ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

consideramos os adolescentes como pessoas em desenvolvimento, sujeitos, portanto, de direitos, que devem ser garantidos e cumpridos, no intento de minimização da violência institucionalmente infligida a estes jovens.

2 ANÁLISE DA RESOLUÇÃO Nº 005/2012 DA FASE/RS

Conforme já se referiu antes, a Lei nº 12.594/12, Lei do SINASE, em seu capítulo VII, artigos 71 a 75, estabelece que todas as entidades de atendimento socioeducativo, deverão, em seus respectivos regimentos, realizar a previsão de regime disciplinar. Embora a referida legislação, diferentemente da Lei de Execuções Penais, em seu artigo 50, não traga, ainda que genericamente, o estabelecimento do que seja considerada falta disciplinar, impõe a necessidade do devido processo administrativo a sua apuração, bem como a impossibilidade de aplicação de sanção disciplinar sem expressa ou anterior previsão legal ou regulamentar.

Nesses termos, portanto, valemo-nos da Resolução nº 005/2012 da FASE/RS, a fim de perscrutar o que administrativamente resultou considerado como falta disciplinar a ser imposta aos adolescentes que se encontram institucionalizados cumprindo medida restritiva de liberdade, e, portanto, sujeitos a regime disciplinar.

Dessa forma, é o artigo 4º da Resolução supra que classifica as faltas disciplinares em natureza leve (inciso I), média (inciso II) e grave (inciso III). Comparativamente ao Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul,[4] o qual segue o disposto na LEP, num primeiro momento, tem-se que as faltas leves imputadas aos adolescentes o são em maior quantidade do que aquelas impostas aos apenados adultos. Veja-se que estas demonstram pouquíssima similitude de enquadramento, restando à indeterminação, a vagueza e a amplitude da descrição destas, muito maiores no âmbito da execução socioeducativa.

Em relação ao apenado, as faltas dizem com o desleixo da sua higiene pessoal ou em relação aos seus objetos pessoais e a execução das suas tarefas, além do manuseio de equipamento de trabalho sem autorização ou sem a presença de responsável, além do ingresso em cela alheia sem a devida permissão (art. 13 do RDPRGS). No caso dos adolescentes a carga disciplinatória é maior e mais evidente, quando se verifica que as faltas leves (art. 4º, inciso I, da Resolução nº 005/2012 da FASE/RS) dizem com: por-

[4] Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br>. Acesso em: 22 jun. 2014.

tar-se inadequadamente e indevidamente em alguma atividade; dissimular ou provocar doença para eximir-se de atividade ou dever; recusar-se a colaborar ou a executar atividades que lhe forem solicitadas; fazer barulho no horário de descanso; reincidir em transgressões disciplinares não capituladas expressamente no programa de atendimento como falta leve, mas que impliquem em desobediência ou descumprimento das normas contidas no programa da unidade, plano coletivo e manual do adolescente.

Saliente-se quanto a essa última falta leve o disposto na Lei do SINASE, já referido, no sentido da impossibilidade de aplicação de sanção disciplinar a falta não prevista expressa e anteriormente em lei ou regulamento. Tal como a execução penal, na espécie, tem-se evidentemente restrição à garantia constitucional e convencional da legalidade, o que, na sequência, abordaremos melhor.

Vejamos, então, as faltas médias (art. 4º, inciso II, da Resolução nº 005/2012 da FASE/RS). Estas se encontram em maior número na execução penal, entretanto, mais uma vez a similitude entre estas é pequena, revelando-se as de natureza socioeducativa mais invasivas e repressoras, condicionantes da conduta dos adolescentes, já que são conceituadas como: efetuar compra e venda de produtos de mercadorias não autorizadas (aqui, abre-se parêntese para informar que no âmbito do RS, cada unidade da FASE, em Porto Alegre, dispõe de regra diversa acerca dos produtos que podem ou não ingressar na unidade e que podem ou não ser fornecidos pelas visitas e familiares, diferentemente do universo prisional, onde no RS existe portaria específica da SUSEPE, nessa espécie. Mais uma vez, portanto, o tratamento do adolescente se mostra mais gravoso e mais contido, com menor substrato de garantias); recusar-se a abrir correspondência pessoal na presença de membro da direção do programa ou de servidor, quando solicitado (embora o sigilo da correspondência também possa ser quebrado na execução criminal, na espécie, a insurgência é maior, na medida em que realizado na frente de membro da direção da casa ou de funcionário, o que gera maior constrangimento ao adolescente, mormente considerada a sua situação peculiar de pessoa em desenvolvimento); organizar ou participar de apostas envolvendo roupas, calçados, alimentos, dinheiro ou pertences de uso pessoal, de outro socioeducando ou da unidade; desrespeitar ou ofender membro da equipe socioeducativa, socioeducando, familiar ou outra pessoa que tiver contato (sinale-se que a ameaça e a agressão física e moral a mesma categoria de pessoas enseja falta grave, revelando-se, aqui, evidente bis in idem); atribuir a outro interno falsamen-

te a prática de falta disciplinar (pode-se questionar o presente no que diz com o exercício do direito de defesa por parte do adolescente, quando ouvido a respeito da falta em sede de Comissão de Avaliação Disciplinar); recusar-se a participar da escola e ou cursos que esteja matriculado (expressão máxima do adestramento dos corpos dóceis); ser reincidente em três faltas leves, no período de 15 (quinze) dias.

Por fim, então, as faltas graves (art. 4º, inciso III, da Resolução nº 005/2012 da FASE/RS). Estas em número muito maior do que aquelas previstas na LEP e no RDPRGS,[5] podendo delas se obter melhor visualização no que tange ao descumprimento de preceitos constitucionais e convencionais, bem como da insurgência da disciplina, nos termos Foucaultianos, conforme trabalharemos na sequência.

Elencarei, portanto, e, primeiramente, as faltas, para, posteriormente, analisá-las: insurgir-se contra a revista individual e geral; perturbar a ordem, gerando transtornos e tumultos no interior da unidade; apossar-se indevidamente de materiais, objetos e bens de outrem ou da unidade; fazer ameaças à equipe socioeducativa, socioeducando, familiar ou outra pessoa que tiver contato; realizar ou participar de situação com grave ameaça ou violência; fazer uso ou portar qualquer tipo de droga; fugir, tentar fugir ou tentar praticar ato destinado à fuga de outrem; agredir física ou moralmente socieducador, socioeducando, familiar ou qualquer outra pessoa; portar, fabricar, confeccionar, produzir artefato ou arma com potencial agressivo ou perfuro-cortante; provocar, incitar ou participar de incidentes graves destinados a causar tumultos e instabilizações institucionais; lide-

[5] Para uma melhor visualização das faltas médias e graves no âmbito do RDPRGS. (...) Art. 11 - Serão consideradas faltas de natureza grave: I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; II- fugir; III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; IV - provocar acidente de trabalho; V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas; VI - desobedecer ao servidor ou desrespeitar a qualquer pessoa com quem mantenha relação; VII - deixar de executar o trabalho, as tarefas e as ordens recebidas; VIII - praticar qualquer fato previsto como crime doloso na lei penal vigente; IX - possuir, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. (...) Art. 12 - Serão consideradas faltas de natureza média: I – realizar compra e venda não autorizada pela direção do estabelecimento; II - praticar atos que perturbem a ordem nas ocasiões de descanso, de trabalho ou de reuniões; III - faltar com o zelo na conservação e higiene do alojamento ou cela; IV - agir de forma a protelar os deslocamentos com o fim de obstruir ou eventual existência de procedimento(s) administrativo(s) disciplinar(es) em andamento; V - circular por áreas do estabelecimento onde é vedada a presença do preso; VI - fabricar, portar, usar, possuir ou fornecer instrumento que venha a facilitar o cometimento de ato considerado ilícito; VII - impedir ou perturbar a jornada de trabalho ou a realização de tarefas de outro aperrado; VIII - portar ou ter em qualquer local da unidade prisional, dinheiro, cheque, nota promissória, cartão de crédito, quando houver norma que não permita a prática de tais atos; IX - improvisar qualquer transformação não autorizada no alojamento ou cela que resulte em prejuízo à vigilância e segurança; X - fabricar, portar, possuir, ingerir ou fornecer bebida alcoólica; XI - atrasar o retorno do serviço externo e saídas autorizadas; XII - possuir qualquer componente de aparelho telefônico, rádio ou similar que contribua para a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo (...). Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br>. Acesso em: 21 jun. 2014.

rar, participar ou pressionar os demais socioeducandos para amotinamento, mesmo sem atingir os objetivos; praticar qualquer ato infracional e ou crime no interior da unidade; falta de natureza coletiva (considerada quando praticada por número igual ou superior a três jovens); reincidência em três faltas médias, no período de 15 (quinze) dias.

Uma breve análise superficial das faltas, além do cotejo com aquelas existentes no âmbito da execução penal, nos revela a carência de afirmação do princípio constitucional e convencional da legalidade. E, sinale-se que o referido princípio, portanto, representa a garantia do indivíduo perante o arbítrio ou o excesso da intervenção penal por parte do Estado. Para Zaffaroni[6] (1991), o princípio da legalidade não pode ter outro fundamento que a necessidade de limitar a violência seletiva do poder penal. Batista (2007) afirma que a sua significação e alcance políticos transcendem o condicionamento histórico que o produziu, constituindo o princípio a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo.

Nesse ponto, contudo, veiculamos que a vagueza na conceituação do que seja perturbar a ordem, gerar tumulto, participar de situação com grave ameaça ou violência, incitar ou participar de incidente grave destinado a causar instabilização institucional, entre outros, para além de afastar a garantia da legalidade, revela conteúdo ideológico disciplinador, prejudicando sobremaneira os adolescentes, na medida em que tais faltas gerarão a aplicação de sanções disciplinares, após procedimento administrativo perante a Comissão de Avaliação Disciplinar, tais como a repreensão escrita; restrição de atividades; suspensão de atividades e separação do convívio mediante atendimento especial, nada mais do que o chamado 'isolamento', o qual, no caso dos jovens poderá se dar no âmbito de qualquer das faltas, desimportando a sua natureza, desde que imprescindível para a sua segurança ou dos demais, enquadramento realizado pela administração, com comunicação ao juízo, mas que pode se dar por período superior àquele determinado no RDPRGS, ou seja, período nunca superior a 15 (quinze) dias.

Saliente-se que a totalização da instituição encontra guarida naquilo que tão bem Goffman (2001) expôs acerca da submissão dos seus internos a regramentos e julgamentos em pequenas ações cotidianas, além da hierarquização das relações, na tipificação, como falta média e como falta gra-

[6] Vale transcrever as palavras de Zaffaroni (1991, p. 250): "(...) O princípio da legalidade, muitas vezes entendido como "tipo-garantia", não pode ter outro fundamento que a necessidade de limitar a violência seletiva do poder penal. É uma espécie de "direito penal mínimo" hoje consagrado quase que universalmente e que se tratou de racionalizar, limitar e burlar das mais diferentes formas. (...)".

ve, nesse último caso, em mais de um inciso, do desrespeito, da ofensa, da ameaça e da agressão física ou moral a membro da equipe socioeducativa.

Mais, ainda, situação interessante se encerra com a tipificação de falta grave pelo uso de qualquer tipo de droga. É que o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 determina que: *"É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária,* ***além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."*** O mesmo artigo, em seu § 3º, inciso IV, estabelece que o direito a proteção especial assegurado ao adolescente abrangerá a garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação específica.

Ainda, em termos constitucionais, aponta-se para o fato de que o artigo 5º, inciso XXXIX, o qual estabelece os direitos e as garantias fundamentais de toda pessoa, assegura a legalidade, impondo não haver crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

A Lei de nº 11.343/06, a qual trata da política de drogas no Brasil, estabelece em seu artigo 28 que quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: advertência; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativa.

Da análise do dispositivo legal em comento, denota-se que o uso em si da substância entorpecente não é considerado como infração penal, mas tão somente a sua posse. A referida Resolução nº 005/2012 ao prever como falta de natureza grave o uso de qualquer tipo de droga, vai além, inclusive, do que dispõe a própria legislação criminal, em evidente afronta à legalidade, mormente quando se verifica que uma norma administrativa impõe ao adolescente punição por fato que sequer veio a ser contemplado na norma penal como típico a tanto. Dessa forma, há violação dos dispositivos constitucionais mencionados, eis que tal previsão administrativa vai além da legalidade e, no caso da imposição de sanção disciplinar, gera com toda a evidência violência e opressão ao adolescente.[7] Não nos esqueçamos de

[7] Vejamos o depoimento de um adolescente acerca do isolamento: *"(...) É muito ruim. Um lugar úmido, escuro e o fedor é insuportável. Aonde tu chora e ninguém vê...Resumindo: é onde o jovem fica de castigo (...)."* Lazzarotto e

que o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa aplicam-se aos procedimentos administrativos, inclusive.

Mais. Se levarmos ao pé da letra, veremos que a Lei nº 12.594/2012, chamada Lei do Sinase, estabelece em seu artigo 35 que a execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelo princípio da legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto. A Lei de Execuções Penais, Lei nº 7.210/84, em seu artigo 50, sequer reproduz tal descrição como falta grave, sendo que o Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul, também assim não o faz, conforme se vê do seu artigo 11.

No caso da Execução Penal, tal situação, não obviamente de uso da substância, mas do porte e da posse da mesma, se inscreve como falta grave, mas, na prática, de fato previsto como crime doloso na lei penal vigente. Exigindo-se, para tanto, laudo a apontar a materialidade do crime, bem como término do procedimento penal para a apuração do mesmo, diante a consolidada presunção constitucional de inocência.

Ora, mais uma vez, nesse ponto, a Resolução nº 005/2012 vai além do que delimita a norma constitucional e infraconstitucional, pois não há como se imputar ao adolescente falta grave pelo uso de substância entorpecente, nos termos acima referidos, e, no caso de posse ou porte, cumpria, então, diante o determinado para os adultos, o estabelecimento de falta pela prática de fato previsto como ato infracional doloso, e, não nos esqueçamos do disposto no artigo 103 do ECA, o qual considera como ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

Por todo o exposto, é evidente a inconstitucionalidade da norma em comento e, mais ainda, a inconvencionalidade da mesma. Explico-me.

Seguindo o disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, entendemos, na esteira da Professora Flávia Piovesan (2012) e do Professor Valério Mazzuoli (2011), que, as normas infraconstitucionais, também as administrativas, como no caso em apreço, devem restar conformes à Constituição e à CADH.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, documento internacional ratificado pelo Brasil, assegura que todo adolescente tem direito as medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte de sua família, sociedade e Estado (artigo 19). Para, além disso, em seu artigo

1.1 determina que os Estados-partes nesta Convenção (sinale-se que o Brasil ratificou a Convenção e reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos) comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Dessa forma, a CADH impõe aos Estados-partes e aos seus respectivos agentes uma dupla obrigação: negativa, de respeito; e positiva, de garantia dos direitos que estabelece, sob pena de condenação do Estado faltante. Entende-se, assim, que a aplicação da referida norma administrativa, pelos motivos já expendidos, viola os princípios da igualdade e de não discriminação previstos pela Convenção, gerando, por certo, e, assim, para além da inconstitucionalidade da mesma, conforme apontado, a sua inconvencionalidade.

Por isso é que Lazzarotto, Costa, Craidy e outros (2014) vão consignar que de modo geral, o regime disciplinar e seu procedimento buscam seguir alguns princípios pertinentes ao Direito Penal, entretanto, não há como negar que a legislação falha em garantir aos adolescentes proteções a arbitrariedades das casas; tanto no conteúdo do regime disciplinar, quanto no caráter das punições.

E esta ausência de maiores limites legais, vagueza e indeterminação de conceitos traduzem-se em técnicas de adestramento, operando no condicionamento dos jovens, retirando a autonomia dos indivíduos, para resultar naquilo que Goffman (2001) tão bem descreveu: a mortificação do eu.

Nesse sentido, ainda, a doutrina de Sposato (2013), que assentada em Ferrajoli denota que a utilização de termos vagos, imprecisos e valorativos que derrogam a estrita legalidade dos tipos penais e permitem um amplo espaço à discricionariedade e à invenção judicial, não encontram e não poderiam encontrar guarida em um Estado que se diz Democrático de Direito, eis que a ausência de normas é sempre a regra do mais forte, logo, a (in) utilização desses critérios, na suposta intenção de proteção dos adolescentes, constitui-se, a bem da verdade, em discursos que legitimam o poder punitivo praticado, acobertando a discricionariedade administrativa e judicial.

3 ANOTHER BRICK IN THE WALL: A DISCIPLINA DAS FALTAS DISCIPLINARES IMPOSTAS AOS ADOLESCENTES INTERNADOS

De acordo com Carvalho[8] (2001), o conteúdo disciplinar das prisões foi trabalhado por Michel Foucault, o qual sustentou que as 'disciplinas' teriam sido inventadas durante os séculos XVII e XVIII, como formas de dominação, eis que se percebeu ser mais econômico vigiar do que punir. A ideia, então, era a de docilizar os corpos e adestrar a alma, revelando-se as 'disciplinas' como uma forma de humanização da pena. Nessa ótica, a vigilância hierárquica, a sanção normativa e o exame técnico seriam os instrumentos necessários a disciplinar os indivíduos.

Segundo Foucault (2009), houve, durante a época clássica, uma descoberta do corpo como objeto e alvo do poder. Dócil, então, seria um corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado. Aos métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade, são o que podemos chamar as 'disciplinas.' De acordo com o autor, a disciplina fabrica corpos submissos e exercitados, dóceis, portanto, aumentando as forças do corpo, em termos econômicos de utilidade, e, diminuindo essas mesmas forças, em termos políticos de obediência.

A disciplina produziria, assim, a partir dos corpos que controla, quatro tipos de individualidade: celular, considerada a repartição espacial; orgânica, pela codificação das atividades; genética, pela acumulação do tempo e combinatória, pela composição das forças. Utilizando a tanto quatro grandes técnicas: a construção de quadros, a prescrição de manobras, a imposição de exercícios e a organização de táticas. Mas o sucesso do poder disciplinar, segundo o autor, deve-se sem dúvida ao uso de instrumentos simples: o olhar hierárquico, a sanção normalizadora e o exame.

Na espécie, nos interessa a sanção normalizadora, eis que guarda relação direta com a apuração das faltas disciplinares e, consequentemente, com a imposição de sanção disciplinar. Por isso é que Foucault (2009) vai revelar que na essência de todos os sistemas disciplinares funciona um pequeno mecanismo penal, estabelecendo as 'disciplinas' uma infrapenalidade, quadriculando um espaço vazio deixado pelas leis, qualificando e

[8] Nas palavras de Carvalho (2001, p. 202): "(...) Punir mais e melhor, legitimado desde um discurso oficialmente humanitário, possibilitou a difusão desta nova economia política de poder. (...)".

reprimindo um conjunto de comportamentos que escapa aos grandes sistemas de castigo por sua relativa indiferença.[9]

Mas a disciplina, segundo ele, traz consigo uma maneira específica de punir pela inobservância, por tudo o que não está adequado à regra, por tudo que dela se afasta, pelos desvios. Dessa forma é que os castigos disciplinares têm por função reduzir os desvios, mostrando-se essencialmente corretivos e hierarquizadores dos 'bons' e 'maus' indivíduos, daí extraindo-se a normalização dos corpos e a objetivação dos indivíduos.

Não nos esqueçamos de que no âmbito da Infância e Juventude o caráter concedido às medidas socioeducativas é o de reeducação, logo, assemelhando-se as chamadas teorias relativas da pena, há muito insubsistentes.

Isso por que no que diz respeito às chamadas teorias relativas, temos que embora tenham a pena por um mal necessário, assim como as teorias absolutas, distinguem-se destas, haja vista assentarem a necessidade da pena na inibição da prática de novos fatos delitivos, dividindo-se em prevenção geral e especial (BITENCOURT, 2001).

A chamada prevenção geral negativa estabelece-se na dissuasão, pretendendo a intimidação dos indivíduos através da pena, o que, também, empiricamente não consegue ser demonstrado, a não ser, conforme expõe Carvalho (2013), nos estados de terror, com penas cruéis e indiscriminadas.

Por outro lado, a prevenção especial positiva se centrará no individuo na tentativa de obtenção da sua reforma moral, revelando à pena um caráter de bondade, como se se tratasse de um remédio a curar todos os males criminosos. Daí então advindo às políticas (re): ressocialização, reinserção, reeducação e outras. E é dessa forma que Carvalho (2013) vai fazer referência a um conjunto de abordagens críticas, no que tange à prevenção especial positiva, seja no âmbito jurídico-normativo, relacionado aos fundamentos da prevenção em si e à inadequação dos seus postulados na estrutura de

---

[9] Nesse sentido, Foucault (2009, p. 171-172) denota: *"(...) Na oficina, na escola, no exército funciona como repressora toda uma micropenalidade do tempo (atrasos, ausências, interrupções das tarefas), da atividade (desatenção, negligência, falta de zelo), da maneira de ser (grosseria, desobediência), dos discursos (tagalerice, insolência), do corpo (atitudes "incorretas", gestos não conformes, sujeira), da sexualidade (imodéstia, indecência). Ao mesmo tempo é utilizada, a título de punição, toda uma série de processos sutis, que vão do castigo físico leve a privações ligeiras e pequenas humilhações. Trata-se ao mesmo tempo de tornar penalizáveis as frações mais tênues da conduta, e de dar uma função punitiva aos elementos aparentemente indiferentes do aparelho disciplinar: levando ao extremo, que tudo possa servir para punir a mínima coisa; que cada indivíduo se encontre preso numa universalidade punível-punidora. (...)."*

um direito penal de garantias moldado pela Constituição Federal; seja no âmbito criminológico, acerca da incapacidade de o modelo correcionalista e de a instituição carcerária preservarem minimamente os direitos humanos dos condenados e cumprirem a finalidade ressocializadora.

Ainda assim, vale acentuar que o tratamento preventivo-especial imposto ao condenado, para além de fundar a execução penal numa lógica psiquiátrica, por não apresentar acordo sobre o conteúdo das metas de ressocialização, prolifera instrumentos de controle moral (CARVALHO, 2013), referendando um verdadeiro direito penal do autor, vedado pela ótica constitucionalista, no que tange a preservação dos direitos fundamentais, o que, aplica-se integralmente a execução das medidas socioeducativas, quanto mais porque inexistente limite legal mínimo e máximo ao cumprimento da restrição da liberdade, a não ser o prazo máximo de três anos de internação e o de 21 anos de idade, o qual enseja liberação compulsória (vide art. 121 do ECA), condicionada a progressão e/ou extinção da medida a reavaliação a cada seis meses, conforme laudo confeccionado pela equipe técnica (assistente social, psicólogo, advogado, entre outros) componente da Casa onde o adolescente se encontra cumprindo medida.

Nesse ponto, é que Moro (2013) aduz para o fato de que a prisão e seu braço eufemista, a unidade de internação, é a instituição-símbolo da contemporaneidade, aparecendo como um aparelho técnico-disciplinar construído para produzir docilidade e utilidade mediante exercício de coação educativa total sobre o condenado.

Ora, a análise anteriormente operada em torno das faltas disciplinares constantes da Resolução nº 005/2012 da FASE/RS, bem como das sanções impostas aos adolescentes internos, ingressa evidentemente no contexto das 'disciplinas', denotando um pedagogismo penal, nas palavras de Sposato (2013), fundado na permanência da já não mais vigente doutrina da situação irregular, através da ausência de garantias e do amplo arbítrio administrativo e judicial.

Ocorre que a normalização e docilização dos corpos guarda relação direta com a intolerância à autonomia do indivíduo. Nesse sentido, Da Rosa (2011, p. 120):

> É preciso, então, aceitar a autonomia, deixar o sujeito desejar. Dentro de limites, claro. Não se está defendendo a total e irrestrita satisfação das pulsões. O que é totalitário é se impor um modelo de adolescente "chapa branca", fiel cumpridor das orientações paternas (que sempre querem o bem

> dos filhos), das normas jurídicas (que não lhe são explicadas) e das autoridades sociais (em que não acredita e é obrigado a dissimular). A intervenção da Justiça Infracional, se informada pela aliança irrestrita com a autoridade dos pais – com que talvez se identifique -, favorece o desenlace simbólico do adolescente com o social. As responsabilidades precisam ser recompostas.

E o efeito deste processo é a descartabilidade do valor pessoa humana, para além dos efeitos estigmatizantes impostos aos indivíduos e da reprodução dessa lógica de segregação do desvio nas relações sociais extramuros (CARVALHO, 2013).

É, nessa senda, portanto, que Carvalho (2001) considerará que aos apenados, degradados socialmente pelo processo de etiquetamento, são impostas condições de sobrevivência cuja fonte legitimante é a força, pois, disciplina e segurança são vitalizadas pela verticalização hierárquica que sobrepõe 'ordem' aos direitos. Dessa maneira, aduz o autor, "no cálculo entre custos (garantias dos direitos) e benefícios (segurança e disciplina), estes são privilegiados em detrimento daqueles, pois, num espaço físico regido por ilegalidades, a manutenção de direitos pode corresponder à minimização das disciplinas (desordem)" (CARVALHO, 2001, p. 206).

E por isso tudo é que Moro (2013, p. 83) sinaliza, ao valer-se da obra de Agamben, no que tange ao estabelecimento permanente de um estado de exceção:

> A proteção da adolescência, que se desejaria hoje fazer valer contra o poder soberano como um direito humano em todos os sentidos fundamental, exprime, ao contrário, a sujeição da vida nua do jovem a um poder de exclusão. O ser em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento se encontra preso em uma dupla exclusão e exposto à violência pela decisão soberana. Quando as fronteiras do estado de exceção se indeterminam, o adolescente torna-se simultaneamente o sujeito e objeto de tutela do ordenamento e de seus conflitos, como se, no mesmo passo do processo disciplinar por meio do qual o poder estatal faz do jovem enquanto vivente seu próprio objeto tutelar, houvesse outro processo no qual esse adolescente se apresenta não como objeto, mas como sujeito do poder jurídico-político.

Compreende-se, assim, que a disciplina das faltas disciplinares impostas aos adolescentes internados para além do que já restou acentuado, desvela, ainda, a perspectiva sociocultural trabalhada pela criminologia

crítica (DOS SANTOS, 2012, p. 129-131), no sentido da aplicação de uma violência institucional seletiva, orientada por estigmas e outros estereótipos do processo de subsocialização.

4 CONCLUSÃO

Objetivamos analisar ao longo do presente, de forma sucinta, com certeza, num primeiro momento, as disposições constantes da Resolução nº 005/2012 da FASE/RS, no que tange a tipificação e conceituação das faltas disciplinares impostas aos adolescentes que se encontram a cumprir medidas restritivas de liberdade, na espécie, a internação e a semiliberdade.

Pretendíamos expor a indeterminação e a vagueza do que se considera como falta disciplinar a ensejar sanção aos adolescentes internados ou em regime de semiliberdade. Evidentemente, nesse ponto, pudemos identificar o desprezo às garantias constitucionais e convencionais, na hipótese no que diz com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mormente no que tange ao princípio da legalidade, viga mestra de contenção do expansionismo do poder punitivo.

Num segundo momento, nos deparamos com a disciplina das faltas disciplinares impostas aos adolescentes internados, através da doutrina de Michel Foucault que muito bem soube descrever a formação de uma sociedade disciplinar, caracterizando as 'disciplinas' como formas de dominação, de docilização dos corpos, de adestramento e, sobretudo, de controle.

Aqui, portanto, já se pode concluir que a vagueza na conceituação das faltas e o desrespeito aos princípios constitucionais e convencionais na sua tipificação têm por condão dar vazão ao arbítrio, o qual caminha de mãos dadas com o disciplinamento exposto por Foucault, anulando a autonomia do indivíduo, transformando-o em mero objeto, coisa, ao revelar uma política socioeducativa criminal de controle dos adolescentes seletivamente internados.

Transparece, assim, e, por outro lado, que o influxo de garantias no âmbito da Infância e Juventude, o qual deveria ser bem maior, dada a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, reconhecida a vulnerabilidade da criança e do adolescente no âmbito internacional, mormente nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, mostra-se muito menor, conferindo tratamento mais gravoso ao adolescente do que aquele despendido ao maior de idade, o que é vedado pelo ordenamento jurídico, conforme principia a Lei do SINASE.

Diante disso, percebe-se, também, que o disciplinamento dos corpos dos adolescentes para além daquele condão dado pela doutrina de Foucault, traz em seu bojo uma permanência autoritária, a qual não se poderia pensar em conciliar com uma ordem que se diz democrática, a não ser se trouxéssemos a tona à doutrina de Agamben acerca do estado de exceção; a chamada concepção tutelar extraída da já revogada, apenas legalmente, doutrina da situação irregular, na medida em que o enfoque principal da referida doutrina estava em legitimar a potencial atuação judicial indiscriminada sobre crianças e adolescentes em situação 'irregular' e, aqui, na espécie, ainda, administrativa, concentrando-se no arbítrio e na discricionariedade, através da criminalização da pobreza.

Nesse ponto, portanto, nos valemos das palavras de Da Rosa (2011, p. 121), *os programas de execução de medidas socioeducativas deveriam ter propostas de atuação claras, registradas, no sentido garantista e, se houver demanda, da autonomia. Mas acabam funcionando conforme a compreensão dos dirigentes ou dos profissionais envolvidos na sua execução, na mais ampla discricionariedade, intolerável democraticamente.*

E, é nesse sentido, que parte do título concedido ao artigo tem por escopo música de autoria da banda Pink Floyd, mormente no que diz com a sua segunda parte, haja vista esta espelhar o controle mental e social exercido pela educação.

Não se considera melhor analogia do que a exposta pela referida música para refutar tudo o que não precisamos e não devemos permitir no âmbito da execução das medidas socioeducativas, tudo o que devemos procurar conter em nome de uma política reducionista de danos, conforme Zaffaroni (1991), dado que a expansão do poder punitivo é uma constante, não se concebendo margem a uma proposta abolicionista, ao menos, por ora.

Finalizamos, assim, com Pink Floyd[1][10]: *"Não precisamos de nenhuma educação; Não precisamos de controle mental; Chega de humor negro na sala de aula; Professores, deixem as crianças em paz; Ei! Professores! Deixem essas crianças em paz! Tudo era apenas um tijolo no muro. Todos são somente tijolos na parede."*

---

[10] *We don't need no education; We don't need no thought control; No dark sarcasm in the classroom. Teachers leave us kids alone. Hey! Teachers! Leave us kids alone! All in all it's just another brick in the wall. All in all you're just another brick in the wall.* Disponível em: <http://http://www.vagalume.com.br/pink-floyd/another-brick-in-the-wall--traducao.html#ixzz35PBX3iYO>. Acesso em: 21 jun. 2014.

5 REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica do Direito Penal Brasileiro.** 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão. Causas e Alternativas.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

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

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htn>. Acesso em: 06 set. 2013.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 jun. 2014.

BRASIL. Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE). Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 18 jan. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 jun. 2014.

BRASIL. Lei nº 11.343/06, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD; define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 jun. 2014.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Antimanual de Criminologia.** São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Penas e Garantias: Uma leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CORTE. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/>. Acesso em: ago. 2013.

_____. **Documentos básicos em matéria de derechos humanos em el sistema interamericano.** San José: IDH, 2011.

DA ROSA, Alexandre Moraes. **Ato Infracional e Saber Psi: A Questão dos Laudos no Estado Democrático de Direito.** Responsabilidades, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 109-131, mar./ago. 2011.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. O Discurso Criminológico in GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Org.). **Direito Penal como crítica da pena.** Madrid: Marcial Pons, 2012.

FASE. **Fundação de Atendimento Socioeducativo do Estado do Rio Grande do Sul.** Disponível em: <<http://www.fase.rs.gov.br>>. Acesso em: 21 de jun. 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** 36ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; AMARAL, Augusto Jobim do. **Criminologia e(m) crítica.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos.** 7ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.

LAZZAROTTO, Gislei Domingas Romanzini; COSTA, Ana Paula Motta; CRAIDY, Carmem Maria; SZUCHMANN, Karine; DE OLIVEIRA, Magda Martins; LUCHESE, Samantha e CHAVES, Thayane. **Medida Socioeducativa: entre A & Z.** Porto Alegre: UFRGS: Evangraf, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORO, Mateus Oliveira. **Adolescente "Internável" e Comércio de Drogas: Análise de Processos, Discursos, Decisões e Violações de Direitos.** Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, número 2, p. 69-87, ano 2013.

PINK FLOYD. **Another Brick in the Wall.** Disponível em: <http://http://www.vagalume.com.br/pink-floyd/another-brick-in-the-wall>. Acesso em: 21 jun. 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SPOSATO, Karyna Batista. **Direito Penal dos Adolescentes. Elementos para uma teoria garantista.** São Paulo: Saraiva, 2013.

SUSEPE. **Superintendência dos Serviços Penitenciários do Estado do Rio Grande do Sul.** Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br>. Acesso em: 05 set. 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas.** Rio de Janeiro: Revan, 1991.

FALSAS MEMÓRIAS: DISCUSSÕES ACERCA DA PROVA PENAL A PARTIR DE "THE GOOD WIFE"

Alana Sonego Tartarotti[1]
Fábio Agne Fayet[2]
Isadora Bays[3]
Isadora Costi Fadanelli[4]

RESUMO: A presente pesquisa versa sobre a prova testemunhal, especificamente quanto ao ato de reconhecimento no processo penal, a partir da análise de um episódio da série *"The Good Wife"*, abordando, ainda, o fenômeno das falsas memórias, questão que pode influenciar de forma bastante significativa a decisão proferida pelo julgador. Como objeto da pesquisa, questiona-se: o ato de reconhecimento constitui forma suficientemente válida para ensejar uma condenação criminal? E ainda: é possível verificar a existência de um pensamento neolombrosiano no contexto atual, evidenciando, assim, um fenômeno criminológico maior do que apenas um problema processual penal? Para responder tais indagações, serão analisados alguns elementos sobre a formação da prova dentro do processo penal, com o intuito de visar à possibilidade de uma readequação das motivações nas decisões criminais.

PALAVRAS-CHAVE: Falsas Memórias. Neolombrosianismo. Provas do Processo Penal. The Good Wife.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O ato de reconhecimento como prova válida no processo penal. 3. As falsas memórias como óbice à prova testemunhal. 4. A presença do pensamento neolombrosiano no processo penal. 5. Conclusão. 6. Referências.

---

[1] Graduanda do 6º semestre em Direito pela Faculdade da Serra Gaúcha; Monitora do professor Fábio Scopel Vanin na disciplina de Direito Ambiental da Faculdade da Serra Gaúcha.

[2] Mestre e doutorando em Ciências Criminais pela PUC/RS; Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/Portugal; Professor de Direito Penal; Advogado criminalista com endereço profissional à Rua Múcio Teixeira, nº 660, Bairro Menino Deus, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, CEP: 90.150-090; e-mail: prof.fabio@fayet.adv.br.

[3] Graduanda do 8º semestre em Direito pela Faculdade da Serra Gaúcha; Monitora da professora Fernanda Sartor Meinero na disciplina de Direito e Democracia no Cinema e na Literatura da Faculdade da Serra Gaúcha; Estagiária na Justiça Federal, Núcleo de Caxias do Sul, com o Juiz responsável Rafael Martins Costa Moreira.

[4] Graduanda do 7º semestre em Direito pela Faculdade da Serra Gaúcha; Monitora do professor Pablo de Macedo Dutra na disciplina de Direito Previdenciário da Faculdade da Serra Gaúcha; Estagiária no Ministério Público Federal, Núcleo de Caxias do Sul.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho surgiu a partir da análise de um episódio intitulado "Conjugal", sexto do seriado "The Good Wife", o qual conta a história de Clarence Wilcose, um homem negro que é condenado à pena de morte, estando recluso há seis anos, por um feito defendido inicialmente pela Defensoria Pública. O escritório em destaque da série entra com um recurso (passível de ser entendido como uma revisão criminal no direito processual penal brasileiro), por acreditar na inocência do acusado.

A questão analisada é que a única testemunha do fato seria uma médica que teria presenciado o denunciado atirar contra um policial que estava no supermercado ofendido, tendo realizado o ato de reconhecimento posteriormente na Delegacia, sendo esta a única prova a ensejar a condenação criminal anteriormente referida. Para encontrar novas provas capazes de introduzir uma dúvida o suficiente sobre a autoria do fato, o escritório *Lockhart and Gardner* coleta informações sobre a forma com que foi realizado o ato de reconhecimento na fase policial, deparando-se com induções praticadas ao decorrer do processo, tais como a pouca semelhança entre os agentes apresentados e, principalmente, o fato de o indivíduo reconhecido estar usando um moletom do time de basquete americano denominado *Chicago Bulls*, informação que havia sido repassada pela própria testemunha antes da realização do ato de reconhecimento.

Daí surgiu a temática que impulsionou a presente pesquisa: considerando as regras estabelecidas no Código de Processo Penal dos artigos 226 ao 228 sobre o reconhecimento de pessoas e coisas, bem como a semelhança verificada a partir do episódio entre as duas legislações, o ato de reconhecimento (aqui entendido como parte da prova testemunhal dentro do processo penal), é uma forma válida o suficiente para ensejar uma condenação criminal que pode acarretar diversos prejuízos na vida do indivíduo? Além disso, como no caso verificado, o fenômeno denominado falsas memórias, pode interferir de forma significativa na decisão criminal que será proferida pelo juízo? E ainda: tais institutos podem ter relação com um pensamento neolombrosiano, a evidenciar um fenômeno criminológico maior do que apenas um problema processual penal?

Para responder essas indagações, analisaremos, por meio da utilização das doutrinas pátrias e estrangeiras, alguns elementos sobre a formação da prova dentro do processo penal, detidamente a prova testemunhal e ao ato de reconhecimento realizado na fase policial, visando a possibili-

dade de uma readequação das motivações nas decisões criminais, como em relação ao caso aqui proposto ao debate.

2 O ATO DE RECONHECIMENTO COMO PROVA VÁLIDA NO PROCESSO PENAL

Vigora no processo criminal brasileiro um conjunto probatório que tem como intuito a verificação da verdade real dos fatos, reconstruindo, por meio de provas colhidas, a sequência exata dos acontecimentos do caso concreto,[5] situação que permitiria esclarecer ao magistrado a realidade do fato, acontecimento ou episódio.[6] No entanto, é sabido que a verdade real é inalcançável, visto que a reconstituição de um fato sempre será falha, na medida em que devemos contar com pessoas para identificar o que realmente ocorreu, e de sua memória que, com o passar do tempo, torna-se insegura.[7] Ressalta-se aqui, desde já, que o Código de Processo Penal brasileiro não estabelece os meios de prova de forma taxativa, ou seja, lida com o princípio da liberdade dos meios de prova.[8] Assim, em nosso processo criminal, a prova testemunhal é a mais utilizada, bem como a mais manipulável e pouco confiável.[9]

Ora, o delito é um fato passado e a testemunha, por sua vez, narra no momento presente algo que ocorreu no passado, a partir de sua memória – acompanhado de todo o peso de contaminação e fantasia que isso implica.[10] Por essa razão, o testemunho pode ser tido como uma declaração mentirosa involuntária, isto é, as inverdades ditas pelas testemunhas e vítimas podem ser de boa-fé, porém eivadas de erro de percepção, de memória, sugestão imprevista, entre outros.[11] Essa mentira involuntária acaba por induzir o juiz – sem que haja a intenção da testemunha para tanto – em erro na reconstrução analítica do fato objeto de sua apreciação.[12]

---

[5] FLORES, Guilherme Nazareno. *O magistrado no processo de desenvolvimento da verdade real:* análise da valoração da prova pericial no processo penal. ORBIS, v. 3, n.1, ano 2, p. 451-472, set., 2011.

[6] NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 13.

[7] WAGNER, Jean Francesco Zardin. *A fragilidade da prova testemunhal em face da presunção de veracidade*. Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.ber:8080/xmlui/handle/123456789/1108>. Acesso em: 14 out. 2016.

[8] LOPES, M. T. *O reconhecimento como meio de prova:* necessidade de reformulação do direito brasileiro. 2011. 209 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011.

[9] LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 485.

[10] LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 476.

[11] AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro.* 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 50-51.

[12] AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 53-56.

O juiz explora o fato por meio do conhecimento da testemunha, pois esta representa o liame entre o magistrado e o fato a ser provado, porém não há função prospectiva legítima no testemunho, dado que seu olhar somente está autorizado quando voltado ao passado.[13] O maior problema ocorre quando a testemunha, ao narrar um acontecimento, procura completar lacunas em sua memória com algo que sabe por presunção, ou seja, fatos que se encontram tão somente no imaginário, não havendo nenhuma certeza sobre os mesmos verdadeiramente acontecido.[14] Assim, o testemunho pode ser entendido como um juízo de terceiro, uma vez que é a expressão de uma experiência vivida no passado e não um meio em que se faz reaparecer esse passado.[15] Entretanto, é importante salientar que na declaração mentirosa involuntária, diferentemente do falso testemunho, o agente não tem a vontade de fornecer informações falsas ou calar a verdade (dolo), mas comete um erro de fato, em que diversifica os fatos de maneira inconsciente.[16]

Dentro das provas referidas anteriormente, existe a de reconhecimento de pessoas e coisas, a qual tem como intuito fornecer a convicção acerca da identidade do possível autor ou de um objeto que teria sido utilizado no crime, por parte de testemunha ou vítima, com a presença da autoridade judiciária.[17] Para tanto, faz-se necessária uma boa capacidade de memorização do reconhecedor, bem como de vários aspectos externos que possam influenciar o resultado.[18] Via de regra, o reconhecimento tem valor de prova reduzido, em razão da alta probabilidade de erro em seu resultado.[19] Por esse motivo, deverão existir certos cuidados para que realmente a prova seja consistente, devendo o reconhecedor, de forma prévia, caracterizar a pessoa ou a coisa.[20] Ainda, o aqui trabalhado meio de prova deve ser um dos primeiros atos a ser realizado na investigação, tendo em vista os riscos do tempo.[21]

---

13 LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal.* 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 476.

14 AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 66.

15 AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro.* 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 56.

16 AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 52.

17 WAGNER, Jean Francesco Zardin. A *fragilidade da prova testemunhal em face da presunção de veracidade.* Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/1108>. Acesso em: 14 out. 2016.

18 LOPES, M. T. *O reconhecimento como meio de prova:* necessidade de reformulação do direito brasileiro. 2011. 209 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011.

19 LOPES, M. T. *O reconhecimento como meio de prova:* necessidade de reformulação do direito brasileiro. 2011. 209 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011.

20 WAGNER, Jean Francesco Zardin. *A fragilidade da prova testemunhal em face da presunção de veracidade.* Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/1108>. Acesso em: 14 out. 2016.

21 LOPES, M. T. *O reconhecimento como meio de prova:* necessidade de reformulação do direito brasileiro. 2011. 209 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011.

O artigo 226 do Código de Processo Penal estabelece regras que obrigatoriamente devem ser observadas quando do reconhecimento de pessoas ou coisas, com o intuito de amenizar a margem de erro que este instituto normalmente apresenta, quais sejam: a) inicialmente, a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento descreverá a pessoa que deva ser reconhecida; b) a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, ao lado de outras pessoas semelhantes a ela, se possível; c) convida-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; d) lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais; e) existe a possibilidade de isolar a pessoa que vai reconhecer, a fim de que uma não veja a outra, evitando-se intimidação ou influência.[22] Essas formalidades servem como garantia de viabilidade desse reconhecimento como prova e a inobservância destas acarretam a invalidade e a exclusão da prova, em razão do princípio do devido processo legal.[23]

O que se observa na prática e, especialmente no caso trazido pelo episódio objeto de análise desse artigo, é a inobservância do procedimento imposto, significando desprezo pela forma legalmente estabelecida.[24] Logo, o legislador deveria prever como causa de nulidade absoluta o reconhecimento realizado sem a observância do procedimento legal.[25] Acontece que, na real execução do processo, realiza-se o reconhecimento informal, o que infelizmente é a regra em nosso país, em que a testemunha ou vítima é convidada a dizer se o acusado, único sentado no banco apropriado, foi quem praticou o crime.[26] Em muitas vezes, acaba respondendo afirmativamente, sem atenção e cuidado, atropelando as normas do devido processo e, sobretudo, violando o direito de não fazer prova contra si mesmo.[27] Ressalta-se aqui que, como consequência da padronização e da automatização de tais reconhecimentos informais – na sua maioria falhos – o número de cárceres inocentes aumenta cada vez mais, como no episódio.[28]

No ato de reconhecimento, deve-se atentar a dois aspectos, quais sejam: ao número de pessoas – o Código é omisso nessa questão, mas se

---

22 NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal.* 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.116.

23 FRAGOSO, Heleno. *Notas sobre a prova no processo penal.* Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo61.pdf >. Acesso em: 14 out. 2016.

24 NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 117.

25 LOPES, M. T. *O reconhecimento como meio de prova:* necessidade de reformulação do direito brasileiro. 2011. 209 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011.

26 NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.117.

27 LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 496.

28 NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal.* 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.118.

recomenda que o número não seja inferior a cinco – e às semelhanças físicas, objetivando criar um cenário sem induções, sendo importante, também, neste segundo aspecto, observar as vestimentas do agente.[29] Em relação a este último, é ideal que as pessoas submetidas ao reconhecimento usem roupas semelhantes às do dia dos fatos, a fim de que não existam contrastes entre os participantes.[30] Aqui já se encontra um dos principais atos deficientes do seriado utilizado como fio condutor do trabalho, porquanto apenas um dos agentes apresentados estava utilizando uma vestimenta igual a mencionada pela testemunha. Também se faz importante saber que existem duas formas de reconhecimento: o sequencial e o simultâneo. O Código de Processo Penal brasileiro, entretanto, optou pela utilização apenas do sistema simultâneo – considerado o mais sugestivo e perigoso – tendo em vista que todos os membros são mostrados ao mesmo tempo.[31]

O reconhecimento se trata de um meio de prova que não se poderia realizar duas vezes em relação ao mesmo fato, porquanto jamais poderá ser reproduzido nas mesmas condições, sendo mais pertinente, portanto, a sua realização apenas em fase judicial, contando com a presença das partes e do juiz, em virtude do princípio do contraditório.[32] Ocorre, entretanto, que se no direito brasileiro o reconhecimento apenas fosse realizado uma única vez, qual seja, em juízo e não na fase de investigação, o mesmo contaria com menos valor probatório, em razão do transcurso do tempo.[33] Sendo assim, o que muito se faz no direito processual penal brasileiro, é um reconhecimento informal, o qual é parte integrante da prova testemunhal, porém não possui o peso e a eficiência do reconhecimento formal, isto é, o que segue o procedimento estabelecido no artigo 226 do Código de Processo Penal, anteriormente aqui analisado.[34] Importante ressaltar ainda, sobre a matéria, que o acusado pode se negar a participar do ato, no todo ou em parte, em virtude do direito de silêncio e o direito de não produzir prova contra si mesmo, sem que essa recusa o prejudique de alguma forma.[35]

---

[29] LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 497.

[30] NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 118.

[31] LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal.* 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 503.

[32] LOPES, M. T. *O reconhecimento como meio de prova:* necessidade de reformulação do direito brasileiro. 2011. 209 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011.

[33] LOPES, M. T. *O reconhecimento como meio de prova:* necessidade de reformulação do direito brasileiro. 2011. 209 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011.

[34] NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal.* 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 118.

[35] LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal.* 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 499.

Ademais, no que tange ao reconhecimento por fotografia, Fragoso sustenta que é inadmissível, em virtude de ser prova ilegalmente obtida e não pode servir de base para uma condenação.[36] Igualmente assim entende Lopes Jr.[37] Em contraponto, para Nucci, esse meio de prova é lícito, uma vez que não viola qualquer norma constitucional ou legal, no entanto, deve ser desprezado quando o reconhecimento fotográfico constituir o "único meio de prova existente para a determinação da autoria de alguém", dado que é insuficiente para enfraquecer a presunção de inocência. Assim, o reconhecimento fotográfico, para Nucci, constitui um mero indício de autoria do fato delituoso.[38] Esta matéria, contudo, não está pacificada, havendo no direito pátrio diversas decisões sobre, inclusive muitas delas admitindo o reconhecimento por fotografia, desde que observado o disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal.

Outra questão pertinente sobre o ato de reconhecimento é o fato de que, no Brasil, o mesmo é sempre realizado com o suspeito do fato, e nunca apenas com distratores (pessoas que sabidamente não são autoras do crime). Tal situação é um problema, pois evidencia como o sistema brasileiro atual é viciado, pois tanto vítimas como testemunhas sabem que somente se precede ao reconhecimento quando existe um suspeito, criando uma pré-compreensão indutiva, que traz graves índices de erro ao ato de reconhecimento. Assim, faz-se necessário incorporar às rotinas dos reconhecimentos pessoais a informação de que o suspeito pode estar ou não presente.[39] Tal alteração poderia ser realizada de forma simples, sendo apenas incorporada ao método já existente, sem a necessidade de alteração legislativa ou custo elevado.[40] Também poderiam utilizar-se modelos de reconhecimento como os provenientes da Espanha, Portugal, Itália e Argentina, os quais são tratados de forma mais específica do que no ordenamento pátrio e poderiam ser aplicados na reformulação de nosso sistema.[41]

---

[36] FRAGOSO, Heleno. *Prova: reconhecimento de pessoa por fotografia*. Inadmissibilidade. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo4.pdf>. Acesso em: 14 out. 2016.

[37] LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 498.

[38] NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal.* 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.118.

[39] LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal.* 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 504.

[40] LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal.* 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 505.

[41] LOPES, M. T. *O reconhecimento como meio de prova:* necessidade de reformulação do direito brasileiro. 2011. 209 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011.

3 FALSAS MEMÓRIAS COMO ÓBICE À PROVA TESTEMUNHAL

Conforme analisado anteriormente, é por meio das provas que se dará a reconstrução aproximativa de determinado fato – sendo, portanto, o processo penal um instrumento de retrospecção.[42] Tal lógica se deve ao paradoxo temporal inerente ao rito do judiciário: "um juiz julgando no presente (hoje) um homem e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com base na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro (amanhã)".[43] É por isso que o processo criminal pode ser considerado um complexo retrospectivo, por meio do qual procura-se desenvolver uma atividade de recognição, direcionada ao julgador.[44] Igualmente foi visto que, devido às limitações de ordem técnica enfrentadas pela polícia judiciária brasileira, a prova testemunhal é reputada como o principal meio de prova no âmbito do processo penal – fundamentando, assim, a grande maioria das decisões condenatórias ou absolutórias.[45] Nesse contexto, surge a problemática que é objeto de análise do presente artigo: além dos fatores que reconhecidamente influenciam na qualidade e na confiabilidade do testemunho produzido em juízo, há, ainda, o fenômeno denominado "falsas memórias", prejudicial que, tendo em vista os estudos acerca deste evento, pode desacreditar ainda mais a já frágil e vulnerável prova testemunhal.[46]

Ora, por mais que o artigo 213 do Código de Processo Penal disponha que a subjetividade da testemunha que depõe em juízo deva ser afastada, não há como considerar o testemunho um ato completamente objetivo, levando-se em conta todas as possibilidades de contaminação – tanto por fatores internos (a exemplo da interioridade neuropsíquica, incluídas aqui as chamadas "falsas memórias") quanto por aqueles externos – dos relatos.[47] Deste modo, pertinente a crítica feita ao citado dispositivo, principalmente no que tange à sua desconsideração da "interioridade mental da testemunha".[48] Sabe-se que o aparato sensorial humano funciona de

---

[42] LOPES Jr, Aury. D*ireito Processual Penal.* 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 351.

[43] LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 351.

[44] LOPES Jr, Aury; DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos*. Boletim IBCCRIM, v. 175, p. 1-5, jun., 2007, p. 1.

[45] LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 463

[46] DI GESU, Cristina; GIACOMOLLI, Nereu José. *Considerações críticas sobre a prova testemunhal no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2016, p. 152.

[47] DI GESU, Cristina; GIACOMOLLI, Nereu José. F*atores de Contaminação da Prova Testemunhal.* Disponível em <http://www.giacomolli.com/artigoDetalhe.asp?AID=7>. Acesso em 02 set. 2016.

[48] DI GESU, Cristina; GIACOMOLLI, Nereu José. *Fatores de Contaminação da Prova Testemunhal*. Disponível em <http://www.giacomolli.com/artigoDetalhe.asp?AID=7>. Acesso em 02 set. 2016.

forma seletiva, em virtude de sua capacidade limitada, e, submetido a estímulos simultâneos, capta apenas aqueles aos quais já está acostumado.[49]

Por isso, equivocadas as disposições legais acerca da prova testemunhal, que pressupõem que os indivíduos capturam de forma objetiva os eventos presenciados,[50]visto que não é possível afastar o caráter subjetivo quando da abordagem da prova testemunhal.[51]

A memória, na conceituada definição elaborada por Izquierdo, é "a aquisição, a formação, a conservação e a evocação de informações", sendo a etapa de formação denominada evocação aquela concernente às lembranças.[52] Estudos demonstram que a evocação da memória é atinente à concepção de "representação aproximativa",[53] ou seja, ao contrário do pensamento do imaginário comum, não retemos na memória as imagens tal qual elas são,[54] quando nos lembramos de algo, não conseguimos uma reprodução idêntica do objeto lembrado, mas sim "uma interpretação, uma nova versão, reconstruída do original".[55] Devido à capacidade limitada do cérebro de guardar informações e à enorme quantidade de conhecimentos que adquirimos ao longo dos anos, seria impossível gerar qualquer tipo de cópia do que é visto – concepção que aparece em franco contraste com a ideia de que a memória seria predominantemente reconstrutiva.[56] Atualmente, entende-se que o método de formação das memórias é, de fato, construtivo.[57] As recordações são reconstruídas levando-se em conta

---

[49] ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal:* a prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 51

[50] ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal:* a prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 50

[51] DI GESU, Cristina; GIACOMOLLI, Nereu José. *Fatores de Contaminação da Prova Testemunhal.* Disponível em <http://www.giacomolli.com/artigoDetalhe.asp?AID=7>. Acesso em 02 set. 2016.

[52] DI GESU, Cristina; GIACOMOLLI, Nereu José. *As falsas memórias na reconstrução dos fatos pelas testemunhas no processo penal*. In: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília: Universidade de Brasília, p. 4334-4356, 2008, p. 4336.

[53] DI GESU, Cristina; GIACOMOLLI, Nereu José. *As falsas memórias na reconstrução dos fatos pelas testemunhas no processo penal*. In: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília: Universidade de Brasília, p. 4334-4356, 2008, p. 4344.

[54] LOPES Jr, Aury; DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias:* em busca da redução de danos. Boletim IBCCRIM, v. 175, p. 1-5, jun., 2007, p. 1.

[55] DI GESU, Cristina; GIACOMOLLI, Nereu José. *As falsas memórias na reconstrução dos fatos pelas testemunhas no processo penal*. In: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília: Universidade de Brasília, p. 4334-4356, 2008, p. 4344.

[56] LOPES Jr, Aury; DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias:* em busca da redução de danos. Boletim IBCCRIM, v. 175, p. 1-5, jun., 2007, p. 1.

[57] FLORES, Marcelo Marcante. *Prova testemunhal e falsas memórias:* entrevista cognitiva como meio (eficaz) para redução de danos (?). Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo, v. 11, n. 61, p. 65-76, abr./mai., 2010. p. 70.

as ingerências dos fatos que foram presenciados antes e depois do evento em questão.[58]

Tendo em vista os atuais estudos sobre a memória, importante a referência a respeito do fenômeno denominado de "falsas memórias", consistentes em lembranças de episódios que, na realidade, nunca aconteceram, e que podem ocorrer em virtude de uma interpretação errada de determinado fato: "embora não apresentem uma experiência direta, as falsas memórias representam a verdade como os indivíduos as lembram". As falsas memórias podem ser elaboradas de forma espontânea, por meio de falhas na interpretação de determinada informação, ou por meio de uma falsa convicção externa, acidental ou propositadamente mostrada ao indivíduo.[59] É assim que o "fenômeno das falsas memórias, então, é uma distorção mnemônica natural do processo de armazenamento de informações que não se originam de mentiras, manipulações ou por pressão social".[60] Em síntese, as falsas memórias são a realidade da maneira como é lembrada pelo indivíduo.[61]

Nesse ínterim, destaca-se que as falsas memórias não se assemelham às mentiras, dado que, no primeiro caso, acredita-se veementemente naquilo que se está relatando; já quanto à mentira, esta é uma ação consciente, tendo o próprio agente a noção de sua intenção de invenção e manipulação do que se está dizendo.[62] No âmbito do processo penal, de suma importância são os estudos acerca da emoção e sua correlação com as falsas memórias, uma vez que quanto mais intenso e desagradável for o acontecimento, maior a chance de evocar-se uma falsa recordação. Quando da ocorrência de eventos emocionais, verifica-se um incremento nos registros de memórias verdadeiras tanto quanto as falsas. Tendemos a recordar mais de episódios emocionais do que aqueles que não o são.[63] Ainda, em se

---

[58] SANTOS, Rodrigo Soares; ANDRETTA, Michelli Miranda. *Psicologia do testemunho, falsas memórias e a reforma do código de processo penal brasileiro no depoimento de crianças e adolescentes*. Raízes Jurídicas, v. 7, n. 1, p. 121-134, jan./jun., 2011, p. 124.

[59] DE ÁVILA, Gustavo Noronha; GAUER, Gabriel José Chittó; PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões. *"Falsas" memórias e processo penal: (re) discutindo o papel da testemunha*. Revista do Instituto de Direito Brasileiro, ano 1, n. 12, p. 7167-7180, jan./dez., 2012. p. 7174.

[60] SANTOS, Rodrigo Soares; ANDRETTA, Michelli Miranda. *Psicologia do testemunho, falsas memórias e a reforma do código de processo penal brasileiro no depoimento de crianças e adolescentes.* Raízes Jurídicas, v. 7, n. 1, p. 121-134, jan./jun., 2011, p. 124.

[61] ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal:* a prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 104

[62] ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. *Falsas Memórias:* questões teórico-metodológicas. Paidéia, v. 17, n. 36, p. 45-56, abr., 2007, p. 46.

[63] SANTOS, Rodrigo Soares; ANDRETTA, Michelli Miranda. *Psicologia do testemunho, falsas memórias e a reforma do código de processo penal brasileiro no depoimento de crianças e adolescentes*. Raízes Jurídicas, v. 7, n. 1, p. 121-134, jan./jun., 2011, p. 129.

tratando de memórias traumáticas, o fenômeno da reconsolidação – etapa situada entre a consolidação e a evocação – ocorre, tornando-se tais memórias sujeitas a novas modificações.[64] Desse modo, um acusado de certa prática delituosa pode ter menor chance de ser absolvido, em decorrência das "falsas recordações" ou exagero nas lembranças, embotadas pela emoção do evento ocorrido.[65] Como, indubitavelmente, o fato criminoso gera forte emoção para quem o testemunha ou dele é vítima, imprescindível observar que tendemos a reter na memória somente a emoção envolvida no acontecimento, esquecendo-se os detalhes que constituem a memória cognitiva – ou seja, elementos técnicos, livres de contaminação subjetiva.[66] É possível elencar alguns dos principais fatores que desencadeiam o processo de formação das falsas memórias, dentre eles: a sugestionabilidade externa, a repetição (que, dentro do processo penal, pode ser exemplificada como a insistência na mesma pergunta), possíveis traumas sofridos (evento frequente na seara criminal), e o julgamento moral, além do histórico pessoal do interrogado e da pressão social.[67]

Outro aspecto que contribui para a construção das falsas memórias é a influência exercida pela mídia, que faz com que, frequentemente, os indivíduos recordem-se do que viram nos meios de comunicação, mesmo tendo vivenciado o fato apresentado, ficando, desse modo, afastados de suas próprias percepções a respeito do evento em questão.[68] Além disso, insta salientar que a qualidade – e a confiabilidade – da prova produzida pode ser afetada pelo transcurso do tempo, quando da ocorrência de um lapso temporal muito grande entre a coleta dos depoimentos na fase pré-processual e os testemunhos prestados em juízo – favorecendo, assim, o surgimento de falsas memórias.[69] Quanto à sugestionabilidade, verifica-se que este é, certamente, um dos fatores com maior capacidade de interferir na produção de falsas memórias. Seu efeito na memória

---

[64] ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal:* a prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 91

[65] ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal:* a prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 102

[66] LOPES Jr, Aury; DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias:* em busca da redução de danos. Boletim IBCCRIM, v. 175, p. 1-5, jun., 2007, p. 2.

[67] ÁVILA, Gustavo Noronha de. F*alsas memórias e sistema penal:* a prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 161.

[68] SOUZA, Ana Flávia; SOUZA, Roberta Olinda; MENUZZI, Jean Mauro. *Falsas memórias e a prova testemunhal no processo penal.* XVII Seminário Jurídico de Extensão Universitária: Direito Eleitoral em Debate. Frederico Westphalen: Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, p. 21-35, mai./jun., 2016, p. 29.

[69] ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó. *(Des) Construindo o Testemunho no Processo Penal:* o Problema das "Falsas" Memórias. In: V Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação. Porto Alegre: PUCRS, p. 88-90, 2010, p. 89.

pode ser caracterizado pela "aceitação e subsequente incorporação na memória de falsa informação posterior à ocorrência do evento original".[70]

Experimentos demostraram que uma informação equivocada pode se misturar às recordações sobre determinado episódio vivenciado, no momento em que a pessoa fala com outros indivíduos, é submetida a interrogatórios formulados de modo evocativo ou quando uma chamada mostra um episódio que o próprio agente presenciou.[71]

Outrossim, aspectos subjetivos possuem correlação com o poder de influência da sugestionabilidade: quanto menores forem a memória e a inteligência do agente, maior sua recepção à sugestionabilidade. Também se encontra correlação entre o fator aqui apontado e algumas características da personalidade, tais como desordens associadas a alterações emocionais, que tem a capacidade de alterar a memória, sendo as mais perigosas a ansiedade, o estresse e a depressão.[72] Tais distúrbios podem modificar de maneira determinante o processo de elaboração das memórias, mas, infelizmente, não há qualquer regra processual que impeça a oitiva de pessoas diagnosticadas com tais transtornos, dentro do inquérito policial ou do processo penal.[73] Ainda acerca da sugestionabilidade, observa-se que existe uma associação inconsciente entre ter a testemunha visto previamente uma imagem do acusado e seu reconhecimento formal, tendendo a imputar a autoria do crime ao indivíduo que previamente observou.[74]

Estudos confirmam que o julgamento moral feito pela testemunha também pode ser considerado um dos fatores capazes de influenciar no processo de elaboração das falsas memórias. Certo estudo revelou que participantes que ouviram informações negativas sobre o suposto acusado de um ato ilícito influenciaram no grau de distorção das lembranças, em virtude da culpabilidade atribuída ao suposto infrator.[75] Assim, levando-se

---

[70] ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal:* a prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 114

[71] LOPES Jr, Aury; DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias:* em busca da redução de danos. Boletim IBCCRIM, v. 175, p. 1-5, jun., 2007, p. 3.

[72] ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal:* a prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 163

[73] ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal:* a prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 168

[74] DA FONSECA SEGER, Mariana; LOPES Jr, Aury. *Prova Testemunhal e Processo Penal:* A fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias. In: XII Salão de Iniciação Cientifica PUCRS. Porto Alegre: PUCRS, p. 1-3, out., 2011. p. 2 Disponível em <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/SIC/XII/XII/7/6/3/6/6.pdf>. Acesso em 4 out. 2016.

[75] ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal:* a prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 160.

em conta o fenômeno da seletividade penal presente no cenário penal brasileiro, o fator de contaminação das memórias consistente no julgamento moral feito pela testemunha pode ser decisivo na supressão da liberdade do indivíduo integrante da parcela da população mais vulnerável e suscetível ao controle social exercido pelo Estado.[76]

Tendo em vista não haver uma solução, no âmbito do processo criminal, para o problema das falsas memórias, e que, de outra parte, não há como se excluir totalmente a utilização da prova testemunhal, tanto em juízo como na fase do inquérito policial, deve-se buscar medidas de redução de danos, a fim de que se torne possível a obtenção de melhora na qualidade e aumento da credibilidade e confiabilidade da prova testemunhal. Nesta senda, dentre tais medidas é possível listar: a colheita da prova dentro de um prazo razoável, a utilização de técnicas de interrogatório diferentes daquelas usualmente adotadas (tendo em vista o alto grau de sugestionabilidade das entrevistas tradicionais),[77] e a gravação das entrevistas realizadas na fase pré-processual.[78]

Em relação ao modelo de interrogatório comumente utilizado no âmbito dos tribunais, alguns fatores criam condições favoráveis para o surgimento de falsas memórias: a falta de explanação acerca do propósito da entrevista, bem como de suas regras básicas, e da solicitação do relato livre; a utilização de perguntas fechadas e sugestivas ou confirmatórias; o não acompanhamento do depoimento testemunhal; a não permissão de pausas; interrupção da testemunha durante seu relato e, por fim, a não realização do fechamento da entrevista.[79]

A partir do exposto, e tendo presente a necessidade da prova testemunhal para o processo penal brasileiro, inegável a relevância dos achados da psicologia cognitiva no que tange ao estudo dos processos mnemônicos.[80] E, neste sentido, um dos principais mecanismos para potencializar a quantidade e a qualidade das informações corretas relatadas pela testemu-

---

[76] ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal:* a prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 161.

[77] ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó. *(Des) Construindo o Testemunho no Processo Penal:* o Problema das "Falsas" Memórias. In: V Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação. Porto Alegre: PUCRS, p. 88-90, 2010, p. 89.

[78] NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal.* 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

[79] SOUZA, Ana Flávia; SOUZA, Roberta Olinda; MENUZZI, Jean Mauro. *Falsas memórias e a prova testemunhal no processo penal.* XVII Seminário Jurídico de Extensão Universitária: Direito Eleitoral em Debate. Frederico Westphalen: Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, p. 21-35, mai./jun., 2016, p. 29.

[80] FLORES, Marcelo Marcante. *Prova testemunhal e falsas memórias:* entrevista cognitiva como meio (eficaz) para redução de danos (?). Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo, v. 11, n. 61, p. 65-76, abr./mai., 2010, p. 72.

nha, em comparação aos expedientes tradicionalmente utilizados pela polícia judiciária é a técnica denominada entrevista cognitiva.[81] Tal entrevista divide-se em sete etapas, sendo elas: "a) estabelecimento de rapport e personalização da entrevista; b) explicação dos objetivos da entrevista; c) relato livre; d) questionamento; e) recuperação variada e extensiva; f) síntese e g) fechamento".[82]Sucintamente, a ela é estruturada da seguinte forma: primeiramente, o entrevistador deve criar um ambiente agradável, emocionalmente adequado para acolher aquele que irá depor; após, deverá estimular o depoente a recriar o contexto em que originalmente ocorreu o fato que irá ser apurado, com vistas à recuperação de lembranças e fornecimento de indicativos à memória do indivíduo por meio dos sentidos; o interrogado deverá ser incentivado a proceder à narrativa livre, relatando todos os possíveis dados de que puder se recordar, sem sofrer interrupções; no momento dos questionamentos, estes devem ser feitos com base no relato da testemunha, ausente o sugestionamento de caráter confirmatório e pré-julgamentos restringindo as respostas, e, sim, formulando-se perguntas abertas; e, por último, o fechamento, com a síntese das informações obtidas, a fim de que o depoente possa lembrar-se de outros fatos não mencionados durante a entrevista.[83]

Considerando-se, principalmente, a contaminação e a (não rara) ocorrência das falsas memórias nos relatos prestados pelas testemunhas dentro do contexto processual-penal, é preciso, urgentemente, abandonar a ideia de que os testemunhos se revestem do caráter objetivo – ilusoriamente disciplinado no artigo 213 do Código de Processo Penal – e buscar medidas para a efetiva construção de um processo criminal que não sirva como instrumento de manutenção de injustiças.[84] Como, no cenário pátrio, ainda há uma significativa deficiência na investigação preliminar, tem-se, como consequência, um baixo índice na qualidade da prova testemunhal. Pela pouca adoção de técnicas avançadas, a exemplo de perícias no local do crime, exames de DNA, coleta de impressões digitais, dentre outras, o

---

[81] FLORES, Marcelo Marcante. *Prova testemunhal e falsas memórias:* entrevista cognitiva como meio (eficaz) para redução de danos (?). Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo, v. 11, n. 61, p. 65-76, abr. /mai., 2010, p. 08.

[82] FLORES, Marcelo Marcante. *Prova testemunhal e falsas memórias:* entrevista cognitiva como meio (eficaz) para redução de danos (?). Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo, v. 11, n. 61, p. 65-76, abr./mai., 2010, p. 67.

[83] SOUZA, Ana Flávia; SOUZA, Roberta Olinda; MENUZZI, Jean Mauro. *Falsas memórias e a prova testemunhal no processo penal.* XVII Seminário Jurídico de Extensão Universitária: Direito Eleitoral em Debate. Frederico Westphalen: Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, p. 21-35, mai./jun., 2016, p. 29.

[84] FLORES, Marcelo Marcante. *Prova testemunhal e falsas memórias:* entrevista cognitiva como meio (eficaz) para redução de danos (?). Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo, v. 11, n. 61, p. 65-76, abr./mai., 2010, p. 67.

processo é construído com base, quase que exclusivamente, na prova oral, utilizada para a formulação do convencimento do juiz acerca da autoria do delito.[85] Há uma urgente necessidade de melhorar a qualidade técnica da prova produzida oralmente, o que pode ser obtido com a ampla utilização da entrevista cognitiva, a fim de que seja possível se reduzirem a quantidade de condenações injustas – erros cujo preço não poderia ser maior: a liberdade do indivíduo, equivocadamente acusado, reconhecido, condenado e encarcerado.

4 A PRESENÇA DO PENSAMENTO NEOLOMBROSIANO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Inicialmente se faz necessário esclarecer que aqui serão trabalhados dois âmbitos distintos de conhecimento dentro do direito, que, embora por muitos sejam considerados semelhantes, tratam-se de ciências diferentes: o do penalista e o do criminólogo, ou seja, o direito penal (aqui também abarcando como entendimento o direito processual penal) e a criminologia. Ocorre, entretanto, que conforme exemplifica Zaffaroni, estes dois campos "não se dão nada bem, mas não se podem separar, e ainda que declarem estar divorciados, são como esses casais que se excitam discutindo e terminam como todos nós sabemos".[86]

No mesmo liame, Divan corrobora a necessidade de trabalhar o processo penal com a criminologia, porquanto a complementação de um com o outro faria com que a função crítica da criminologia atuasse de sobremaneira no âmbito processual penal, tendo em vista que aquela primeira, por mais que entendida como autônoma, não pode ser considerada desvinculada e alheia aos estudos criminais, legais e procedimentais, mas sim algo que os complementa e evita o risco de recair em erros já cometidos mundialmente na esfera criminal.[87] É a partir deste entendimento que o presente trabalho procurou observar a prova testemunhal, especificadamente o ato de reconhecimento realizado dentro do processo, com panos criminológicos. Isto é, entendeu-se imprescindível especular os pequenos resquí-

[85] FLORES, Marcelo Marcante. *Prova testemunhal e falsas memórias:* entrevista cognitiva como meio (eficaz) para redução de danos (?). Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo, v. 11, n. 61, p. 65-76, abr. /mai., 2010, p. 73.

[86] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal.* Traduzido por Sérgio Lamarão. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 13-14.

[87] DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo Penal e Política Criminal:* uma reconfiguração da justa causa para a ação penal. Porto Alegre: Elegantia Juris, 2015, p. 107.

cios que o pensamento "lombrosiano" conseguiu deixar nas linhas escritas no Código de Processo Penal.

Sabe-se que o movimento de encontrar caracteres psicológicos a partir de dados físicos teve estímulo no Renascimento, oportunidade em que se começou a classificar animais, ou seja, considerar o cachorro como o fiel e o burro como imbecil. Posteriormente, entendendo que os humanos também possuíam traços animais, se deu início a construção das características psicológicas destes. Ainda nesta mesma linha de pensamento, envolta na biologia e na psicologia, Lombroso, em 1876, lançou a primeira edição de L'uomo delinquente, a qual se ocupou de identificar o "criminoso nato", ou seja, a espécie particular do gênero humano que, por certas características físicas, teria tendências criminosas.[88] Obviamente tais tendências foram, com o passar dos anos, adaptadas, positivadas e inclusive reproduzidas por nós, latino-americanos, como por exemplo, em campos de concentrações e em regimes ditatoriais.[89]

A problemática em destaque é que, realizando uma minuciosa análise dos artigos anteriormente expostos para entender o ato de reconhecimento que ocorre dentro do processo penal brasileiro, mais especificadamente, a forma com que ele efetivamente é utilizado, encontramos uma espécie de Neolombrosianismo. Em outras palavras, é possível adaptar o antigo pensamento de observar as características físicas dos indivíduos para, a partir daí, julgá-lo pelo possível cometimento de um crime a fenômenos mais atuais, ainda voltados a esfera física, entretanto agora direcionado a vestimentas específicas, marcas de roupas, bem como posturas que alguns indivíduos da sociedade possuem diferentes dos outros, aspectos que são utilizados como diferenciais na hora de apresentar os agentes para um ato de reconhecimento, como bem demonstrado no episódio "Conjulgal" da série "The Good Wife".

Entende-se que a legislação mudou conforme se passaram os anos e que a positivação de um pensamento lombrosiano foi retirada de todos os campos, por ser contrário aos princípios da dignidade da pessoa humana, dentre outros, acolhidos pela Constituição pátria. Ocorre que a sede estatal por tentar rechaçar a prática de delitos, permitiu uma pequena passagem para situações como as anteriormente elencadas. Ora, "o vilão jamais dei-

[88] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal.* Traduzido por Sérgio Lamarão. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 85/86.

[89] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal.* Traduzido por Sérgio Lamarão. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 88.

xou de existir, mas a ansiedade de seu combate vem servindo de cortina de fumaça para manter inatacável o defeito estrutural que mais compromete os esforços de reconstrução do sistema".[90]

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo, buscou-se evidenciar a fragilidade, bem como a questionabilidade de alguns meios de prova empregados em nosso processo criminal - em especial o ato de reconhecimento e a prova testemunhal - que não deveriam poderiam constituir elementos únicos de convicção do juiz – como ocorre em inúmeras condenações criminais - sob os quais este forma a sua decisão, tendo em vista que o livre convencimento do juiz é limitado à legalidade.

O ato de reconhecimento, assim como a prova testemunhal, é de pouca confiabilidade; o princípio da verdade real é violado na medida em que tais meios de prova são utilizados sem cautela e sem a observância das regras estabelecidas em lei, tornando-se prova inadmissível pelo direito, visto que foram desrespeitadas regras legais em sua formação. Logo, urge a reformulação no sistema brasileiro no que tange a esses meios probatórios. Somente por meio de mudanças legislativas e maior acautelamento, diminuir-se-ão injustiças nas sentenças.

Tais ocorrências acabam por evidenciar a presença de um pensamento neolombrosiano, evidenciando, assim, um fenômeno criminológico que pode ser maior do que somente um problema processual penal. A tal conclusão se chega pela análise dos elementos sobre a formação da prova dentro do processo penal abordados no presente estudo, principalmente a prova testemunhal e o ato de reconhecimento realizado na fase policial, de modo que se faz necessária, então, uma readequação das motivações nas decisões criminais, como em relação ao caso aqui proposto ao debate.

Por isso, necessário lançar-se um novo olhar sobre a prova testemunhal, dentro do âmbito de um processo penal no Estado democrático de direito, pautado pelas garantias do contraditório e da ampla defesa. Questões pontuais, a exemplo das falsas memórias e da subjetividade da testemunha, podem interferir de maneira decisiva na escolha do julgador, com a consequente prolação de uma frágil sentença condenatória. Dado que a li-

---

[90] SEMER, Marcelo. *A serpente que só pica os pés descalços:* desigualdade e Direito Penal. In: Criminologia do cotidiano: crítica às questões humanas através das charges de Carlos Latuff. Organizador: Rubens Correia Junior. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 185.

berdade é o bem jurídico máximo do qual a pessoa é dotada, imprescindível que se busque, ao máximo, reduzir condenações equivocadas, posto que o preço a se pagar por esse erro é aquele sobre o qual o ordenamento jurídico conferiu maior importância: a vida humana.

6 REFERÊNCIAS

ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. **Falsas Memórias**: questões teórico-metodológicas. Paidéia, v. 17, n. 36, p. 45-56, abr., 2007.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal:** a prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó. **(Des) Construindo o Testemunho no Processo Penal:** o Problema das "Falsas" Memórias. In: V Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação. Porto Alegre: PUCRS, p. 88-90, 2010.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó; PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões. **"Falsas" memórias e processo penal: (re) discutindo o papel da testemunha.** Revista do Instituto de Direito Brasileiro, ano 1, n. 12, p. 7167-7180, jan./dez, 2012.

DA FONSECA SEGER, Mariana; LOPES Jr, Aury. **Prova Testemunhal e Processo Penal:** A fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias. In: XII Salão de Iniciação Cientifica PUCRS. Porto Alegre: PUCRS, p. 1-3, out., 2011. Disponível em < http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/SIC/XII/XII/7/6/3/6/6.pdf>. Acesso em 4 out. 2016.

DI GESU, Cristina; GIACOMOLLI, Nereu José. **As falsas memórias na reconstrução dos fatos pelas testemunhas no processo penal.** In: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília: Universidade de Brasília, p. 4334-4356, 2008.

DI GESU, Cristina; GIACOMOLLI, Nereu José. **Considerações críticas sobre a prova testemunhal no processo penal brasileiro.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2016.

DI GESU, Cristina; GIACOMOLLI, Nereu José. **Fatores de Contaminação da Prova Testemunhal.** Disponível em <http://www.giacomolli.com/artigoDetalhe.asp?AID=7>. Acesso em 02 set. 2016.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo Penal e Política Criminal:** uma reconfiguração da justa causa para a ação penal. Porto Alegre: Elegantia Juris, 2015.

FLORES, Guilherme Nazareno. **O magistrado no processo de desenvolvimento da verdade real:** análise da valoração da prova pericial no processo penal. ORBIS, v. 3, n.1, ano 2, p. 451-472, set., 2011.

FLORES, Marcelo Marcante. **Prova testemunhal e falsas memórias: entrevista cognitiva como meio (eficaz) para redução de danos (?).** Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo, v. 11, n. 61, p. 65-76, abr. /mai. 2010.

FRAGOSO, Heleno. **Notas sobre a prova no processo penal.** Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo61.pdf >. Acesso em: 14 out. 2016.

LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal.** 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES Jr, Aury; DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos.** Boletim IBCCRIM, v. 175, p. 1-5, jun., 2007.

LOPES, M. T. **O reconhecimento como meio de prova:** necessidade de reformulação do direito brasileiro. 2011. 209 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal.** 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS, Rodrigo Soares; ANDRETTA, Michelli Miranda. **Psicologia do testemunho, falsas memórias e a reforma do código de processo penal brasileiro no depoimento de crianças e adolescentes.** Raízes Jurídicas, v. 7, n. 1, p. 121-134, jan./jun., 2011.

SEMER, Marcelo. **A serpente que só pica os pés descalços:** desigualdade e Direito Penal. In: Criminologia do cotidiano: crítica às questões humanas através das charges de Carlos Latuff. Organizador: Rubens Correia Junior. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SOUZA, Ana Flávia; SOUZA, Roberta Olinda; MENUZZI, Jean Mauro. **Falsas memórias e a prova testemunhal no processo penal.** XVII Seminário Jurídico de Extensão Universitária: Direito Eleitoral em Debate. Frederico Westphalen: Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, p. 21-35, mai./jun., 2016.

WAGNER, Jean Francesco Zardin. **A fragilidade da prova testemunhal em face da presunção de veracidade.** Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/ xmlui/handle/123456789/1108>. Acesso em: 14 out. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal.** Traduzido por Sérgio Lamarão.

OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E OS LIMITES NORMATIVOS À REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Gabriel Saad Travassos do Carmo[1]

RESUMO: O artigo busca analisar os limites impostos pelo Poder Constituinte Originário e pelos tratados internacionais de direitos humanos sobre qualquer medida legislativa que tenha por objetivo a redução da maioridade penal e a sujeição de adolescentes ao sistema processual penal e ao sistema de execução penal adulto. Para isso, em uma análise preliminar, examinar-se-á a legislação atual pátria no que tange aos atos infracionais. A seguir, serão delineadas a normativa internacional sobre a matéria, a jurisprudência das Cortes Internacionais e a responsabilidade assumida pelo Estado brasileiro. Ao fim, destacará os mecanismos de controle dos desvios democráticos aptos a evitar a sobreposição dos direitos das minorias.

PALAVRAS CHAVE: Maioridade Penal. ECA. Constituição. Tratados Internacionais. Direitos Humanos. Filtros democráticos.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve análise sociológica: sob o véu da demagogia da punição. 3. O ECA e a proteção constitucional conferida aos adolescentes em conflito com a lei. 4. A responsabilidade internacional do Estado Brasileiro. 5. Conclusão crítica e propositiva. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo, com base na historicidade, progressividade e universalidade dos direitos humanos, a demonstração de barreiras normativas à tentativa de alteração do artigo 228 da Constituição Federal brasileira, por meio de projeto de emenda constitucional, reduzindo a idade para ingresso no sistema penal, sujeitando adolescentes às normas atinentes ao Direito Penal.

---

[1] Pós-graduando em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul.

O foco da dialética são os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro em relação à doutrina de proteção integral da criança e do adolescente. Nessa seara, é importante confrontar a tentativa de redução da maioridade penal com a barreira imposta pelo Poder Constituinte Originário e pelos Tratados de Direitos Humanos sobre a matéria.

Em breves linhas, a partir de uma abordagem sociológica e jurídica, também são apontados os principais argumentos de desconstrução do falacioso discurso punitivista.

Nesse sentido, diversos são os argumentos que rechaçam a redução da idade de imputabilidade, seja do ponto de vista sociológico (em que a violência estatal é reprodutora e não contendora de violência); do ponto de vista psicológico (já que o adolescente não se desenvolveu na exata proporção dos adultos); do ponto de vista político (o encarceramento de jovens abarrotará os nossos presídios, que já não comportam a atual quantidade de presos); do ponto de vista ontológico (o sistema penal adulto tem um índice de reincidência bastante superior ao sistema socioeducativo juvenil).

Todavia, prioriza-se no presente artigo um enfoque jurídico, construído a partir das normas internacionais sobre a matéria que, assim como em outros direitos fundamentais, exercem força cogente em nosso ordenamento.

Desse modo, a problemática desenvolvida ao longo do texto analisará se, na perspectiva constitucional e internacional dos direitos humanos, é (im)possível a redução da idade mínima para a imputabilidade penal. A fim de lograr os objetivos da pesquisa, utilizou-se como metodologia básica a pesquisa de doutrina e jurisprudência – tanto nacional quanto das cortes internacionais - sobre o tema.

No primeiro capítulo do desenvolvimento, percorre-se uma análise do contexto social de produção dos sentimentos de medo e necessidade de vingança. O papel dos meios de comunicação e sua ação discursiva no sentido de irracionalizar a massa populacional atomizada.

Já no segundo capítulo do desenvolvimento, será exposto qual é o tratamento conferido atualmente pela lei e pela Constituição em relação aos atos infracionais praticados por adolescentes. O capítulo procura *a)* desconstruir o discurso do senso comum de que não há punição aos infantes autores de atos infracionais e *b)* analisar o *status* constitucional atribuído ao limite etário de responsabilização penal disposto no artigo 228 da CRFB.

O terceiro capítulo do desenvolvimento colaciona pormenorizadamente os tratados internacionais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos que dão respaldo jurídico na ordem internacional à defesa da inimputabilidade dos menores de dezoito anos.

Ao fim do texto, busca-se, a partir das barreiras normativas já desenvolvidas, entender o funcionamento dos mecanismos jurídicos de controle dos desvios democráticos. A limitação do Poder Constituinte Derivado encontra eco na doutrina e jurisprudência contemporâneas, da mesma maneira, a necessidade de um filtro paradigmático internacional tem o respaldo das recentes mudanças legislativas e do papel de controle difuso da convencionalidade das normas.

Sem a pretensão de encerrar o debate, estabelece-se uma conclusão crítica acerca da proposta legislativa de redução da maioridade penal, de modo a buscar contribuir para a discussão doutrinária e social do atual momento democrático.

2 BREVE ANÁLISE SOCIOLÓGICA: SOB O VÉU DA DEMAGOGIA DA PUNIÇÃO

De início, cumpre destacar o contexto social e político que circunda a proposta de redução da maioridade penal. Por isso, no presente capítulo procura-se delinear os mecanismos e as agências responsáveis pela construção do medo social, principal vetor estimulante da proposta legislativa punitiva.

É certo que a definição de adolescente não será alterada pela norma penal incriminadora, haja vista que se trata de um conceito biológico, e, portanto, inalterável por meras disposições normativas. Nesse sentido, a Organização Mundial de Saúde (OMS) define a adolescência como o período que compreende dos dez aos dezenove anos do ser humano (WHO, 2016).

De fato, então, o que se busca com a presente proposta é permitir que o Estado se aproprie de sua máquina punitiva para captar jovens desviados para o sistema prisional.

Diferentes argumentos podem ser levantados pela inconstitucionalidade, inconvencionalidade, ineficácia e danosidade dessa medida, mas a sociedade parece imersa em uma cortina de fumaça, na qual só se consegue enxergar por uma perspectiva vingativa a solução para o problema.

Ressalte-se que o problema que se busca combater não é de ordem social. Os próprios defensores da redução reconhecem que ela não é solução para o problema da violência, haja vista que representará o encarceramento em massa dos jovens, permitindo-lhes um contato ainda mais cedo com a violência e a criminalidade reproduzida no ambiente carcerário.

A discussão gira em torno do falacioso discurso da impunidade. Perfaz a necessidade de vingança pelo mal cometido, sem qualquer preocupação com a inserção desse adolescente ao corpo social e a prevenção de novos atos infracionais.

Renasce a lei de talião, adotada no Código de Hamurabi, e a punição, como menciona José Henrique Pierangeli, tem a razão pura e simples de retribuir o mal causado (PIERANGELI, 1992, p. 06).

Estelionatários dos sentimentos de dor e angústia - que naturalmente recaem sobre as vítimas - a mídia espetaculariza-os e se apropria dessa dor para vender jornais. Os jornais reproduzem e disseminam o discurso do medo, incutindo cotidianamente a ideia de que precisamos nos proteger do "inimigo" que ameaça as nossas vidas, nosso patrimônio, nossa paz.

Como bem observa Malaguti, "o senso comum criminológico punitivo inculcado pela grande mídia produziu uma ferocidade crescente na mentalidade dos jurados brasileiros" (MALAGUTI, 2016).

Digna de nota ainda a análise de Jean Baudrillard sobre a reação das massas a esse específico tipo de difusão da informação. O autor aponta que:

> À fissão das estruturas simbólicas pelo social e sua violência racional sucede hoje a fissão do próprio social pela violência "irracional" dos meios de comunicação e de informação – o resultado final sendo exatamente a massa atomizada, nuclearizada, molecularizada -, resultado de dois séculos de socialização acelerada e que aí chega inapelavelmente ao fim (BAUDRILLARD, 2004, p.26).

As agências políticas aproveitam-se desse discurso, e encontram nele a artimanha para encobrir a ineficácia e o fracasso do Estado com o desenvolvimento de políticas públicas indispensáveis a qualquer ordem que se propõe democrática. A incompetência em realizar o **mínimo existencial** é maliciosamente velada pela demagogia do aumento de penas e maior punição.

Nesse contexto, a defesa da estabilidade democrática enfrenta a resistência e a antipatia dos meios de comunicação de massa e do senso comum criminológico. Defender os direitos humanos torna-se um desafio diário para os integrantes do sistema de justiça.

A superficialidade dos discursos é coetânea à barbárie, por isso, a progressividade e a luta histórica pelos direitos humanos deve impulsionar o aprofundamento dialético.

3 O ECA E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONFERIDA AOS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI

Diante do contexto social e político atual, não se deve olvidar que o poder jurisdicional deve servir como barreira infranqueável dos direitos humanos. Neste capítulo, desdobrar-se-ão as normas internas que impedem um retrocesso social em matéria de direitos humanos, afetando diretamente o cerne da discussão sobre a redução da maioridade penal.

Em uma vertente, o capítulo desconstrói premissas equivocadas sobre a resposta do Estado diante de atos infracionais praticados por adolescentes, como, por exemplo, a falácia de que inexiste punição ou de que a punição existente é demasiadamente branda. Por vezes, a punição ao adolescente chega a ser mais gravosa do que a punição ao adulto, conforme será demonstrado ao longo do capítulo.

Por outra vertente, o capítulo desenvolve a proteção constitucional conferida à idade de inimputabilidade, considerada por renomados autores **cláusula pétrea** de nossa Constituição Federal, integrante do bloco de constitucionalidade.

A proteção constitucional conferida à idade de inimputabilidade é considerada por renomados autores **cláusula pétrea** de nossa Constituição Federal. Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini destacam que "a inimputabilidade do menor de dezoito anos foi constitucionalizada (CF, art. 228). Há discussão sobre tratar-se (ou não) de cláusula pétrea (...). Pensamos positivamente, tendo em vista o disposto no art. 5º, §2º, da CF, c/c arts.60, §4º e 228" (GOMES; BIANCHINI, 2007, p. 07).

Entretanto, sem embargo de não recair sobre o menor de dezoito anos o juízo de culpabilidade, não se pode dizer que os adolescentes entre 12 e 18 anos não são responsabilizados por seus atos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz um extenso rol de medidas socioeducativas a serem aplicadas aos adolescentes autores de atos infracionais. Nesse viés, os atos infracionais são as condutas descritas como crime ou contravenção, levadas a efeito pelos adolescentes (art.103, ECA).

Assim, diante da prática de um fato típico e ilícito, sujeita-se o indivíduo até 18 anos incompletos ao cumprimento de medidas restritivas de direitos, incluindo a restrição de liberdade.

Destaca-se, entre as medidas socioeducativas, a internação (art.112, VI, ECA), aplicada na hipótese de ato infracional cometido com grave ameaça ou violência à pessoa, reiteração no cometimento de infrações graves, ou descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta.

A internação constitui medida privativa de liberdade – tal qual a reclusão, no direito penal adulto – e pode durar pelo período máximo de 03 (três) anos (art.121 §3º, ECA).

Note-se, por exemplo, que o adulto condenado por homicídio, em sua modalidade simples, está sujeito à pena mínima de 06 anos. Em se tratando de progressão de regime de pena, poderá migrar do regime fechado para o regime semiaberto após 1/6 do cumprimento da pena (art.112, LEP). Ou seja, o adolescente em conflito com a lei, por vezes, está sujeito a um regime fechado – a internação – mais gravoso do que o próprio adulto.

Com isso, desconstroem-se duas premissas falaciosas do discurso atual: i) que não há punição para aquele adolescente que comete ato infracional; ii) que essa punição é branda.

De outro giro, a perspectiva de que a inimputabilidade penal é um direito fundamental implica em seu reconhecimento como **cláusula pétrea**, devendo ser resguardada a partir de uma função contramajoritária de defesa das minorias indispensável a um Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, exsurge a necessidade de reafirmar a inimputabilidade dos menores de 18 anos como um direito fundamental, e, portanto, cláusula pétrea (art.60, §4º, CF) talhada no artigo 228 da CF. A previsão constitucional funciona exatamente como um limite intransponível que, independentemente do momento político ou social, não pode ser rompido, sob pena de sacrifício do regime democrático.

Portanto, malgrado haja um aparente apoio de grande parcela da população – baseada na superficialidade do raciocínio punitivista – a menoridade penal, como direito fundamental que é, encontra-se fora da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos em dado momento histórico.

Ainda, o artigo 60 §4º da CF traz um rol de cláusulas pétreas, não se admitindo deliberação de emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais. Esses direitos e garantias, como se sabe, não se encontram insculpidos exclusivamente em um rol taxativo disciplinado no artigo 5º da CF, mas estão dispostos por todo o corpo constitucional.

O art.5º traz predominantemente os direitos fundamentais de primeira dimensão, as liberdades individuais; mas outros artigos trabalham com essa dimensão de direitos e também outras dimensões. O art.6º, por exemplo, enumera os direitos sociais, vistos como de segunda dimensão; o artigo 225 consagra como direito transindividual, inerente à terceira dimensão dos direitos fundamentais, o direito da coletividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Denota-se, então, que não se pode reduzir o âmbito de emanação dos direitos fundamentais, aliás, essa é uma interpretação que se extrai do §2º do artigo 5º da CF. Em especial, destacamos o **artigo 228 da Constituição Federal** que dispõe: "são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial".

Nesse cenário, SARLET aponta "a função decisiva exercida pelos direitos fundamentais num regime democrático, como garantia das minorias contra eventuais desvios de poder praticados pela maioria no poder" (SARLET, 2012, p.48). O ilustre autor trabalha com a ideia de que maiorias eventuais, em dados contextos históricos, tencionam pela primazia de seus direitos e sufocamento das minorias, mas o sentido de democracia substancial deve primar pelo respeito à evolução dos direitos humanos e a vedação ao retrocesso na ordem democrática.

É a partir do ponto de vista jurídico que se veda esse retrocesso, à luz dos direitos humanos universais e da emergência dos direitos fundamentais, estes vistos como a incorporação em nosso ordenamento jurídico de limites irretroativos ao poder e ao arbítrio estatal em face do indivíduo: o status negativo do Estado, segundo Ingo Sarlet (SARLET, 2012, p.143).

Portanto, o limite imposto pelo Poder Constituinte Originário à responsabilização de criança e adolescentes trata-se de um direito fundamental, cláusula pétrea construída à luz da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, que não pode ser afastada por emenda constitucional.

Essa disposição na Constituição reverbera o compromisso assumido pelo Estado brasileiro com a ordem mundial acerca dos direitos humanos, não admitindo afastá-la, pois nesse caso o país violaria todos os compromissos assumidos no que tange à proteção das crianças e adolescentes, sujeitando-se inclusive à responsabilização perante a comunidade internacional.

4 A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO BRASILEIRO

No capítulo anterior foram trabalhados aspectos jurídicos que contornam o tema da redução da maioridade penal dentro do ordenamento jurídico nacional. Neste capítulo buscar-se-á sintetizar o arcabouço de tratados internacionais, incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, que conferem proteção ao infante.

Na mesma análise, com a citação de jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, será demonstrado como a proposta em trâmite no Congresso Nacional é objeto de veemente reprovação em âmbito internacional.

A interpretação histórica feita a respeito do dispositivo do artigo 228 CF conduz-nos à conclusão de que a inimputabilidade foi erigida pelo nosso constituinte como regra fundante do nosso modelo democrático.

Essa disposição na Constituição reverbera o compromisso assumido pelo Estado brasileiro com a ordem mundial acerca dos direitos humanos, não admitindo afastá-la, pois nesse caso o país violaria todos os compromissos assumidos no que tange à proteção das crianças e adolescentes, sujeitando-se inclusive à responsabilização perante a comunidade internacional.

Entre os tratados de direitos humanos que conferem tal proteção, de suma importância se apresenta a **Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças de 1989**, incorporada em nosso ordenamento a partir do Decreto nº 99.710/1990 (BRASIL, 1990).

Referido diploma define, em seu artigo 1º, criança como "todo ser humano com **menos de dezoito anos de idade**, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes". (grifamos).

É sabido que a legislação pátria só atribui a maioridade a partir dos 18 anos, quando o indivíduo é considerado absolutamente capaz para a prática dos atos da vida civil.[2] Dessa forma, é possível afirmar que no ordenamento jurídico brasileiro, em razão de sua estrutura sistêmica, todo aquele menor de 18 anos está sob a proteção da Convenção em análise.

Avançando no estudo, o artigo 3º da Convenção anuncia, em seu item1: "Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou **órgãos legislativos**, devem considerar, primordialmente, o **interesse maior da criança**". (grifo nosso).

Deve ser ressaltado, ainda, o artigo 37, especialmente o que se apõe em suas alíneas b e c. Segundo a Convenção, os Estados Partes zelarão para que nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como **último recurso**, e durante **o mais breve período de tempo que for apropriado (alínea b).**

Consagra-se aí os **princípios da excepcionalidade e da brevidade das medidas socioeducativas**, reproduzidos no art.121 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A seguir, a Convenção dispõe que toda criança privada da liberdade seja tratada com a humanidade e respeito à sua dignidade, em especial, por sua condição peculiar. Determina que toda criança privada de sua liberdade **ficará separada dos adultos**, a não ser em caso de interesse maior da criança, sendo-lhe conferido o direito de manter contato com a família, salvo em circunstâncias excepcionais (alínea c).

Nesse viés é que se pode afirmar categoricamente que qualquer medida tomada por órgão legislativo que, deixando de considerar o interesse maior da criança (compreendida, à luz da Convenção, como indivíduo menor de 18 anos), importe na privação de liberdade da criança em conjunto com adultos (como ora se propõe) é uma clara violação aos direitos humanos.

---

[2] Vide arts.3º e 4º CC.

Mais ainda: o alargamento desmedido do período de internação implica na violação ao princípio da excepcionalidade e da brevidade, também consagrados pelos tratados internacionais os quais o Brasil se comprometeu a respeitar.

O artigo 40, item 3 da Convenção firma o compromisso dos Estados Partes, entre eles o Brasil, de estabelecerem leis, procedimentos e instituições específicas para a acusação de crianças que tenham infringido a lei.

A alínea 'a' ainda predispõe que os países deverão adotar um limite de idade em que se presuma que a criança não tem capacidade para violar leis penais, e o limite adotado, em consonância com o sistema legislativo civil, são os dezoito anos de idade.

Prosseguindo no desenvolvimento da normativa internacional, destacam-se as Regras Mínimas da ONU para Proteção de Jovens Privados de Liberdade e para Administração da Justiça da Infância e da Juventude, também conhecidas como as **Regras de Beijing, de 1985** (ONU, 1985).

Como princípio, as Regras de Beijing dispõem que os Estados-membros esforçar-se-ão por criar condições que assegurem ao menor uma vida útil na comunidade fomentando, durante o período de vida em que o menor se encontre mais exposto a um comportamento desviante, um processo de desenvolvimento pessoal e de educação afastado tanto quanto possível de qualquer contato com a criminalidade e a delinquência (regra 1.2).

Apesar de o dispositivo padecer de certo caráter utilitarista, destoante da doutrina de proteção integral, nele fica clara a preocupação em distanciar o jovem de ambientes criminógenos. Nesta leitura, em hipótese alguma a imersão desses meninos e meninas no ambiente carcerário evitará o contato com as práticas delitivas, haja vista que é notória em nosso país a característica criminógena das penitenciárias.

A regra 4.1, sobre a responsabilidade penal, determina que a responsabilidade penal sobre os menores não pode ser fixada em um nível demasiadamente baixo, tendo em conta os problemas de maturidade afetiva, psicológica e intelectual.

O referido instrumento indica, ainda, que os jovens, tanto aqueles privados de liberdade provisoriamente, como aqueles uma vez institucionalizados – definitivamente segregados – serão alocados em **estabelecimentos distintos dos adultos (itens 13.4 e 26.3).**

Outra importante fonte internacional da política de responsabilização e proteção dos jovens acusados da prática de atos infracionais análogos a crimes são as **Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, as Diretrizes de Riad, de 1990 (ONU, 1990).**

Aqui o documento global é claro no sentido de que a criminalização não corresponde ao tratamento adequado para lidar com condutas "desviantes" por parte dos jovens. Reconhece sobretudo o papel fundamental de um aparato social que permita à criança e ao adolescente o livre desenvolvimento de sua personalidade, estruturado a partir de condições sociais de dignidade humana.

Assim, prescreve, entre os princípios fundamentais, a necessidade de se reconhecer a importância da aplicação de políticas e medidas progressistas de prevenção da delinquência **que evitem criminalizar e penalizar a** criança por uma conduta que não cause grandes prejuízos ao seu desenvolvimento e que nem prejudique os demais (Item 04 das Diretrizes de Riad).

Estabelecem as diretrizes supramencionadas que as políticas públicas deverão ter como finalidade reduzir os motivos, a necessidade e as oportunidades de cometer infrações ou as condições que as propiciem.

Ainda, reconhecem que o "comportamento dos jovens que não se ajustam aos valores e normas gerais da sociedade são, com frequência, parte do processo de amadurecimento e que tendem a desaparecer, espontaneamente, na maioria das pessoas, quando chegam à maturidade" (item 4, alínea e).

No mesmo item, o referido diploma prega a consciência de que, segundo a opinião dominante dos especialistas, classificar um jovem de "extraviado", "delinquente" ou "pré-deliquente" geralmente **favorece o desenvolvimento de pautas permanentes de comportamentos indesejados (Diretrizes de Riad, item 04, alínea *f*).**

Logo, a política atualmente defendida de responsabilização penal dos jovens representa o desconhecimento de suas condições peculiares e do processo transitório de eventuais práticas contra *legem*. Além disso, o etiquetamento, levado a cabo à medida que se condena o jovem ao ostracismo de nossas masmorras penitenciárias, favorece a evolução de um processo de criminalização.

Faz-se a ressalva de que o presente artigo não adota uma postura lombrosiana no sentido de associar a pobreza à criminalidade, mas não olvida dizer que há um processo bifronte: por um lado a sistemática criminalização primária e secundária sobre os jovens da periferia, por outro, a negligência do poder público com a formação educacional dos mesmos, que, se não importa para a maioria o caminho criminoso, acaba atraindo um pequeno percentual daqueles cujas oportunidades nunca vieram do Estado ou da sociedade que os excluem.

As Convenções da ONU em relação ao tratamento diferenciado de crianças e adolescentes privados de liberdade influenciaram os sistemas regionais de proteção de direitos humanos. Merece menção o fato de que a normativa internacional adota como limiar da juventude a idade de 18 (dezoito) anos, e por isso, confere a tais indivíduos proteção especial em relação aos adultos.

As Regras Europeias para jovens infratores sujeitos a sanções ou medidas (Recomendação CM/2008) explicitam, em seu artigo 21.1, que "jovem ofensor" é qualquer **pessoa com idade inferior a 18 anos que é acusado de ter ou que tenha cometido um delito (Conselho Europeu, 2008, tradução livre).**

Especificamente quanto ao distinto tratamento em relação aos adultos, o artigo 59.1 determina que os jovens não devem ser detidos em instituições destinadas a adultos, mas em instituições especialmente concebidas para eles. Impreterivelmente, **os jovens não poderão estar segregados no mesmo espaço destinado aos adultos.**

Essas regras consagram no âmbito europeu uma recomendação explicitamente contrária a qualquer medida legislativa que pretenda impor aos menores de 18 anos o mesmo tratamento dispensado aos adultos, uma vez que é notória que sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento carece de um cuidado especial, o qual não conseguiria ser conferido dentro do sistema penal adulto.

No âmbito americano, o **Pacto de San José da Costa Rica** atribui ao Estado, à sociedade e à família o dever de adotar as medidas de proteção a toda criança (BRASIL, 1992, artigo 19). Outrossim, a **jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos** é sólida no sentido de considerar **violação aos direitos humanos a submissão de menores de 18 anos aos mesmos procedimentos e penas estabelecidos para os adultos.**

Fundamental nesse ponto abordar a decisão exarada na **Opinião Consultiva nº17 de 28 de agosto de 2002 (CIDH, 2002, p.87)**, *in verbis:*

> **Los menores de 18 años** a quienes se atribuya a La comisión de conductas previstas conocimento respectivo y **la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad**. Así, La Convención sobre los Derecechos del Niño contempla el 'estabelecimento de leyes, procedimentos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido lãs leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido essas leyes'". (grifamos)

Com esse entendimento, a Corte Interamericana de Direitos Humanos também fixou como idade penal mínima os 18 anos, já que determinou que os menores de 18 anos a quem se impute determinada infração penal devem estar sujeitos a procedimentos em órgãos distintos dos adultos.

Consignou ainda que a criança e o adolescente, à luz do artigo 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos, devem ser vistos como sujeitos de direito, e não tão somente como objeto de proteção. Nesse sentido, advertiu que todos os princípios e garantias processuais penais se aplicam aos menores de idade, como a presunção de inocência, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

A ideia desenvolvida coaduna-se com o novo paradigma de reconhecimento da participação social, e a peculiar importância na formação de um povo, que representam as crianças e os adolescentes: a doutrina da proteção integral. Dessa maneira, devem ser vistos como sujeitos de direito, aptos a ter-lhes conferida a proteção integral por parte do Estado e da sociedade.

Nessa perspectiva, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou e responsabilizou a Argentina no **caso *Mendoza* e outros**, julgado em 14 de maio de 2013 (CIDH, 2013).

O caso Mendoza trata-se do acontecimento envolvendo César Alberto Mendoza, que foi condenado, junto com outros adolescentes, à pena de prisão perpétua. Além disso, ficaram **todos sujeitos aos procedimentos penais típicos dos adultos e no mesmo ambiente prisional ficaram reclusos.** Na Penitenciária da cidade de Mendoza, um dos menores – Ricardo David Videla – foi assassinado (CIDH, 2013).

A Argentina foi condenada a oferecer tratamento médico e psicológico às vítimas, a desenvolver opções educacionais para o aprimoramento intelectual e para a reinserção no seio social de crianças e adolescentes privados de liberdade.

Ademais, a Corte determinou que o Estado ajuste seus parâmetros legais para erradicar a pena de prisão perpétua em matéria de justiça penal juvenil e garantir que a delinquência juvenil seja combatida por investimento em políticas sociais voltadas ao melhor interesse da criança, **afastando a reclusão conjunta entre os jovens e adultos.**

Cumpre ainda asseverar que, na fundamentação do julgado, a Corte corroborou o entendimento de que ***"se entende por niño toda persona que há cumplido 18 años de edad"***, nos termos da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (CIDH, 2013, p. 51).

Consagrou-se, perante a Corte, o **princípio da especialização.** Ele compreende o dever dos Estados signatários da Convenção de adotar procedimentos específicos para a apuração, processamento e execução de medidas em face de menores acusados da prática de atos análogos a algum crime.

Portanto, é notório que se repudia, no paradigma internacional de proteção de direitos humanos, a tentativa nefasta de submeter as crianças ao tratamento rigoroso e aflitivo do sistema processual penal e do sistema de execução penal dos adultos. Na hipótese concreta de uma emenda constitucional que reduza a maioridade penal, o Estado brasileiro, por violar compromissos internacionais assumidos, sujeita-se à responsabilização pelos sistemas internacionais de proteção.

5 CONCLUSÃO CRÍTICA E PROPOSITIVA

Não há dúvida que, diante da jurisprudência apontada e de todos os tratados internacionais que abordam a matéria, a redução da maioridade penal representa uma frontal violação dos direitos humanos concernentes aos menores de 18 anos, seja por abolir garantia individual consagrada como cláusula pétrea na Constituição, seja por contrariar os tratados de direitos humanos sobre a matéria.

Em especial, em se tratando da redução da maioridade penal, é fundamental o manejo de mecanismos judiciais a fim de se evitar as nefastas

consequências para a população jovem do nosso país, as quais nitidamente acarretariam a r**esponsabilização do Estado brasileiro perante a comunidade interamericana e internacional em razão da violação dos direitos humanos.**

Dessa forma, não se olvida dizer que eventual emenda constitucional que proponha a redução da maioridade penal não está sujeita tão somente ao **controle de constitucionalidade** pelo Supremo Tribunal Federal, mas também ao **controle de convencionalidade**, tanto em âmbito difuso interno, quanto concentradamente perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Sobre o controle de constitucionalidade, é pacífico na jurisprudência e na doutrina a possibilidade de o STF reconhecer a inconstitucionalidade de normas produzidas pelo Poder Constituinte Derivado que afrontam as premissas normativas do Poder Constituinte Originário.

Nesse sentido, Barroso assevera que uma Constituição deve conservar a essência de sua identidade original, o núcleo das decisões políticas e de valores fundamentais que justificaram sua criação. Prossegue o autor, ancorando-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADI 939/DF) que

> "(...) em decisão que se tornou histórica, **por ser o primeiro precedente de declaração de inconstitucionalidade de dispositivo de emenda constitucional**, o Tribunal adotou posição ousada e louvada: a de que existem direitos protegidos pela cláusula do inciso IV do §4º do art. 60 que não se encontram expressos no elenco do art. 5º, inclusive e notadamente por força de seu §2º" (BARROSO, 2010, pp. 177-178) (grifo nosso)

Por outro lado, conforme destacamos, as ações do Estado que derrogam direitos humanos protegidos por tratados internacionais estão sujeitas ao controle de convencionalidade, que, segundo Mazzuoli, "é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país" (MAZZUOLI, 2009, p.114).

Dessa maneira, com respaldo no artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos, é obrigatório que o Estado brasileiro adeque seu ordenamento interno às disposições internacionais com a qual se compro-

meteu. A proposta de emenda constitucional de redução da maioridade penal migra nosso país para o terreno da clandestinidade em âmbito internacional, pois rompe definitivamente com os preceitos definidos nos tratados de direitos humanos sobre a matéria.

Objetivando, portanto, readequar o curso democrático, não há dúvidas de que, mais do que um poder, é um dever do Judiciário zelar pelo respeito à Constituição e pela compatibilidade dessa mesma constituição com os compromissos internacionais em matéria de direitos humanos.

Nesse espeque, o controle difuso, seja de constitucionalidade, seja de convencionalidade, realizado por juízes nas instâncias ordinárias, enquanto não analisado o (eventual) texto (in) constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, é uma importante ferramenta para estancar o sangramento democrático que representaria a supressão de direitos fundamentais decorrente da redução da maioridade penal.

O trabalho percorreu sólida jurisprudência, normas internacionais e nacionais sobre o tema a fim de contribuir com a discussão e a problematização da proposta de emenda constitucional que atribui responsabilidade penal precoce aos adolescentes.

Não há dúvida que, diante da jurisprudência apontada e de todos os tratados internacionais que abordam a matéria, a redução da maioridade penal representa uma frontal violação dos direitos humanos concernentes aos menores de 18 anos.

Malgrado o sentimento de grande parte da população traduza o medo cotidianamente construído pelos meios de comunicação, o Poder Judiciário não pode ser movido por sentimentalismos e irracionalidades de maiorias ocasionais, sob pena de permitir-se novamente regimes de exceção, tais como aqueles que precederam a II Guerra Mundial.

Nesse contexto, os operadores do direito têm por escopo principal a garantia da Constituição, que apregoa diversos limites ao poder estatal e diversas garantias fundamentais, entre elas, a idade mínima de responsabilidade penal.

Essa constatação decorre da flagrante violação à cláusula pétrea e aos tratados internacionais sobre o tema, abordados, respectivamente, nos capítulos 3 e 4. Cabe acentuar que os tratados referidos, que cuidam

dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, são inegavelmente tratados de direitos humanos.

Pois bem, defende-se a tese de que a maioridade penal a partir dos 18 anos, elencada no art.228 da CF é cláusula pétrea, por isso, insuscetível de abolição, mesmo que essa abolição atinja somente parcela dos menores (jovens entre 16 e 17), conforme dispõe o artigo 60, §4°, IV.

Considerando que os tratados de direitos humanos incorporados no ordenamento jurídico têm natureza constitucional, expande-se ainda mais o bloco de constitucionalidade que serve como parâmetro para a aferição da violação que representa a proposta de redução da maioridade penal.

Como a proposta de redução da maioridade penal contraria os tratados de direitos humanos analisados (a Convenção sobre os Direitos das Crianças, as Regras de *Beijing*, as Diretrizes de *Riad*, o Pacto de São José da Costa Rica), qualquer disposição ordinária que atue nesse sentido será maculada por sua **inconvencionalidade**.

Isso porque **as disposições da Convenção sobre os Direitos da Criança e demais tratados, bem como a própria jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, são claras no sentido de não admitir a imputabilidade, o julgamento e o segregamento de menores de 18 anos conjuntamente com os adultos.**

Qualquer dispositivo do Código Penal ou de legislação ordinária que permita a imputabilidade de menores de 18 anos afrontará os tratados de direitos humanos sobre a matéria, estando também sujeitos à eficácia paralisante dos referidos diplomas normativos. Nesse contexto, a emenda constitucional restará prejudicada em sua aplicabilidade.

Conscientes de que o processo legislativo democrático deve respeitar os direitos fundamentais que são o alicerce para a própria democracia, é imperioso o **reconhecimento de barreiras jurídicas intransponíveis de preservação dos direitos humanos de crianças e adolescentes sujeitos a responsabilização pela prática de ato infracional.**

A construção jurídica em torno dos direitos humanos foi especialmente protegida pela Constituição Federal e pelos tratados internacionais. No que tange aos direitos de crianças e adolescentes, tanto a normativa constitucional quanto a legislação internacional impedem o retrocesso.

Em especial, em se tratando da redução da maioridade penal, é fundamental o manejo de mecanismos judiciais a fim de se evitar as nefastas consequências para a população jovem do nosso país, as quais nitidamente acarretariam a **responsabilização do Estado brasileiro perante a comunidade interamericana e internacional em razão da violação dos direitos humanos**.

Espera-se, portanto, que o presente artigo tenha cooperado com debate a respeito do tema, contribuindo para a ampla discussão jurídica e sociológica da matéria, que não deve se resumir ao populismo eleitoreiro e ao discurso midiático-punitivista.

6 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

BATISTA, Vera Malaguti. Adesão subjetiva à barbárie. **LoicWacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**.Disponívelem:<http:///comunicacao.fflch.usp.br/sites/comunicacao.fflch.usp.br/files/Adesaosubjetivaabarbarie.pdf> . Acesso em 11 de junho de 2015.

BAUDRILLARD, Jean. **À sombra das maiorias silenciosa. O fim social e o surgimento das massas**. São Paulo. Brasiliense, 2004.

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Vade Mecum – OAB e Concursos. Ed. Saraiva. 9ª Edição. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum Saraiva, 17ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2014.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº8.069, de 13-7-1990). Dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

BRASIL. Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 02 de setembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 21 mar. 2016.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

CONSELHO EUROPEU. Recomendação CM/Rec (2008)11. Disponível em http://www.refworld.org/pdfid/4a7058c02.pdf. Acesso em 25 mar. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2002. OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf. Acesso em 26 mar. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2013. Caso Mendoza e outros vs Argentina. Sentença de 14 de maio de 2013. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf. Acesso em 26 mar. 2016.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. A maioria e a maioridade penal. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 8, n. 43, p.7-12, abr./mai. 2007

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a.46 n.181 jan/mar. 2009

ONU. Diretrizes orientadores das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad). Assembleia Geral. A/RES/45/112 de 14 de dezembro de 1990. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex45.htm. Acesso em 23 mar. 2016.

ONU. Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça, da Infância e da Juventude (Regras de Beijing). Res. 40/33, de 29 de novembro de 1985. Disponível em http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/SinaseRegrasdeBeijing.pdf. Acesso em 23 mar. 2016.

PIERANGELI, José Henrique. **Das penas: tempos primitivos e legislações antigas**. Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, v.5, nº3.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Livraria do Advogado. 11ªEd. Porto Alegre, 2012.

WHO. World Health Organization. Disponível em: http://www.who.int/topics/adolescent_health/en/. Acesso em 10 de março de 2016.

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD): (IM) POSSÍVEIS RELAÇÕES COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

Julian Dias Guatimozim[1]

RESUMO: A pesquisa visa analisar as relações entre o RDD – Sanção disciplinar criada pela Lei Federal nº 10.792/03 - e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, com o propósito de abrir discussão sobre o cumprimento por parte de nosso país acerca das diretrizes sobre o tratamento do indivíduo preso. A pesquisa traz os Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, Humanidade das Penas e Proporcionalidade, demonstrando a força jurídica de cada um deles dentro da execução penal. Igualmente, visa analisar as características do RDD. No seguimento, é feito um confronto entre o RDD, os Direitos Humanos e os Princípios Constitucionais, a fim de constatar se a execução penal tem realmente atingido o seu propósito, que é a ressocialização.

PALAVRAS-CHAVE: Regime Disciplinar Diferenciado. Direitos Humanos Internacionais. Princípios Constitucionais. Execução Penal.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Regime Disciplinar Diferenciado – antecedentes e natureza jurídica. 3. Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Princípios Constitucionais Penais. 4. O Regime Disciplinar Diferenciado e a (in)compatibilidade com os Direitos Humanos e os Princípios Constitucionais. 5. Conclusão

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a Lei 10.792/03 – que institui o Regime Disciplinar Diferenciado – RDD, a fim de que se possa buscar uma resposta à questão principal deste trabalho, ou seja, se há compatibilidade entre o Regime e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, a Dignidade Humana, a Humanidade das Penas e o Princípio da Proporcionalidade.

---

[1] Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais – Direito pela Universidade Ritter dos Reis. Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal com ênfase na Segurança Pública pela Universidade Ritter dos Reis. Advogado.

A Lei 10.792/03 inclina-se para a violação dos Princípios Constitucionais Penais e dos Tratados de Direitos Humanos, pois reduz as garantias dos indivíduos presos, em prol do controle carcerário. O Principio da Dignidade da Pessoa Humana é a base de um Estado Democrático de Direito, fundamento de nosso país, não podendo se admitir uma norma que confronte o objetivo do Estado, que é a manutenção e a efetivação dos Direitos Humanos.

O Estado quando submete o ser humano a redução de garantias, ele deixa de ser um garantidor de direitos e passa a ser um violador. Ou seja, o Estado viola garantias fundamentais dos indivíduos em prol do controle do estabelecimento penitenciário ou da sociedade. Seguindo nessa linha de raciocínio, podemos notar que o Estado possui um sistema penitenciário descontrolado e pretende corrigir seus próprios erros agindo de forma truculenta, sacrificando direitos acreditando que agora irá controlar o sistema.

Em relação aos Tratados Internacionais, o Regime Disciplinar Diferenciado também parece atuar em confronto, pois existem regras mínimas aplicáveis aos indivíduos presos, que devem ser seguidas por todos os Estados. Uma das recomendações mais importantes é a de que o preso deve manter contato com o mundo exterior, através de meios de comunicação e contato com pessoas, não os excluindo da sociedade.

Já no Regime imposto esse contato externo não ocorre, pois a própria Lei prevê o bloqueio do acesso à informação através dos meios de comunicação, bem como restringe o número de visitas e principalmente o tempo de duração de saída da cela, configurando assim, uma violação aos Tratados Internacionais e recomendações mínimas com relação ao tratamento dos presos.

No tocante à finalidade da pena, que deve ter a função de ressocialização, temos outro confronto do Regime Disciplinar Diferenciado. Pois não há possibilidade de se falar em devolver o indivíduo ressocializado à sociedade aplicando o Regime.

Não há benefícios ao condenado, pelo contrário, o Regime Disciplinar não oferece possibilidades de recuperação, pois além das condições subumanas das penitenciárias brasileiras, ele consegue limitar ainda mais as condições dentro do estabelecimento prisional, visto que o RDD sujeita

o preso ao recolhimento em cela com saída de apenas duas horas por dia para banho de sol, por um período de até trezentos e sessenta dias, podendo ser estendido por um período bem maior.

Sendo assim, nota-se que o Regime Disciplinar Diferenciado tem a sistemática do isolamento do apenado, causando-lhes diversas consequências psíquicas, que não deixa de ser uma forma de tortura, tornando ineficaz o objetivo da pena, que é a ressocialização, descumprindo garantias fundamentais e recomendações de Direitos Humanos.

Diante disso, se faz necessário o estudo da relação do Regime com os referidos tratados e princípios, visto que em nossa Constituição Federal há a vedação de qualquer tipo de tratamento desumano ou degradante, seguindo as diretrizes Internacionais de Direitos Humanos.

O primeiro capítulo traz o Regime Disciplinar Diferenciado, explicando seus antecedentes e sua natureza jurídica, tornando claro que o Regime não é mais uma espécie de regime de execução, mas sim um instrumento sancionatório, que se dá dentro da execução da pena. Além disso, o mesmo capitulo apresenta suas características peculiares.

O segundo capítulo destina-se a apresentar os Tratados Internacionais relativos aos Direitos Humanos, conceituando-os e explicitando seu impacto normativo no Direito interno, verificando como o Direito brasileiro se adéqua às normas internacionais, no sentido de respeitar e fazer que se respeitem essas diretrizes, que são a principal fonte de obrigação do Direito Internacional.

Em outro ponto, o mesmo capitulo aponta alguns dos princípios penais, salientando a posição e importância de cada um deles, bem como sua força jurídica, frisando o quanto importante são e que a violação de um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer, pois eles são norteadores de todo o sistema, servindo de ponto base para o Direito Penal.

Ainda no mesmo capítulo, é feito um possível confronto entre o Regime e os Direitos Humanos, o Regime e a Dignidade Humana, a Humanidade das Penas e a Proporcionalidade, trazendo os pontos que colidem com cada referido Tratado e Princípio, para que possamos verificar se há ou não incompatibilidade entre eles.

2 REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO – ANTECEDENTES E NATUREZA JURÍDICA

No ano de 2001 ocorreu uma megarrebelião no Estado de São Paulo envolvendo 29 (vinte e nove) unidades prisionais, os principais motivos da rebelião eram as más condições carcerárias e o descontentamento com a remoção de líderes do Primeiro Comando da Capital (PCC) para o interior do Estado, inclusive para o Anexo da Casa de Custódia de Taubaté, onde as regras disciplinares eram severas e os presos que lá se encontravam permaneciam por até 23 (vinte e três) horas isolados em uma cela[2].

Em "resposta" à rebelião e à pressão midiática, a Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo editou duas Resoluções que dariam inicio ao Regime Disciplinar Diferenciado. A Resolução SAP/SP 26[3], em seu Artigo 1º, define que o RDD deverá ser aplicado aos líderes e integrantes de facções criminosas, bem como aos presos que necessitem tratamento específico (?). Outra definição relevante do Artigo primeiro da mesma Resolução é a de que o Regime seria próprio de apenas algumas unidades prisionais, ou seja, não poderia ser aplicado em todas as unidades do Estado.

O tempo máximo de permanência no RDD era de 180 (cento e oitenta) dias, porém, se fosse a segunda inclusão no Regime, poderia permanecer por 360 (trezentos e sessenta dias), devendo o preso ter o "beneficio" de no mínimo 1 (uma) hora por dia de banho de sol e 2 (duas) horas por semana para visitas, conforme Artigos 4º e 5º da Resolução[4].

Logo em seguida, no ano de 2002, foi editada a segunda Resolução, a SAP/SP 49[5], cujo objetivo seria regular as visitas dos familiares e as entrevistas com os advogados dos presos que estariam em Regime Diferenciado. A regulação de visitas seria na verdade uma restrição, visto que se estaria diminuindo o número de visitantes e o tempo de permanência com o preso.

---

[2] Carvalho, Salo De; Freire, Christiane Russomano; *Regime Disciplinar Diferenciado: Notas Críticas à Reforma do Sistema do Sistema Punitivo Brasileiro.* In: Carvalho, Salo De. (org.). Crítica à Execução Penal. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007.p.272

[3] São Paulo, Administração Penitenciária. Resolução SAP – 026 de 4 de Maio de 2001. Regulamenta a inclusão, permanência e exclusão dos presos no Regime Disciplinar Diferenciado.

[4] São Paulo, Administração Penitenciária. Resolução SAP – 026 de 4 de Maio de 2001. Regulamenta a inclusão, permanência e exclusão dos presos no Regime Disciplinar Diferenciado.

[5] São Paulo, Administração Penitenciária. Resolução SAP – 49 de 17 de Julho de 2002. Disciplina o direito de visita e as entrevistas com Advogados no Regime Disciplinar Diferenciado.

Em relação à "regulação" das entrevistas com os advogados, a Resolução 49 trazia outra restrição grave, pois as visitas deveriam ser previamente agendadas, mediante requerimento perante a Direção do Estabelecimento, para que este, no prazo de 10 (dez) dias, designasse a data e horário certos para que o advogado entrasse em contato com seu cliente[6].

Ainda em 2002, a Secretaria da Administração Penitenciária editou mais uma Resolução, agora a SAP 59[7], esta que por sua vez cria o Regime Disciplinar Especial, aplicável somente no Centro de Detenção de Hortolândia (São Paulo). A novidade que o RDE traz é a aplicação aos presos provisórios e não somente aos condenados, como a Resoluções anteriores previam.

Além disso, a SAP 59 amplia o rol de condutas para o enquadramento no RDE, tais como: Tentativa de fuga, subversão da ordem ou da disciplina e a prática de fato prevista como crime doloso que perturbe a ordem do estabelecimento.

No Estado do Rio de Janeiro, ainda no ano de 2002, ocorreu uma rebelião no presídio Bangu I, situação que levou a Secretaria de Segurança a importar o RDE (Regime Disciplinar Especial) do Estado de São Paulo, só que agora criado através da Resolução SEJ/GAB Nº 13 de 2002, instituindo o Regime Disciplinar Especial de Segurança (RDES), aplicando-se a todos os presídios do Estado, bastando o Diretor efetuar o requerimento para inclusão do preso no referido Regime[8].

Após as iniciativas das Secretarias de Segurança do Rio de Janeiro e de São Paulo e de forte pressão da mídia, havia grande cobrança para que fosse universalizado o regime disciplinar, de modo a alterar a legislação penal. E não foi diferente, em 1º de dezembro de 2003 foi sancionada a Lei 10.792[9] que altera a Lei de Execução Penal e o Código de Processo Penal, Universalizando com força de Lei o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

---

6 Carvalho, Salo De; Freire, Christiane Russomano; *Regime Disciplinar Diferenciado:* Notas Críticas à Reforma do Sistema do Sistema Punitivo Brasileiro. In: Carvalho, Salo De. (org.). Crítica à Execução Penal. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007.p.274

7 São Paulo, Administração Penitenciária. Resolução SAP – 59 de 19 de agosto de 2002. Institui o Regime Disciplinar Especial no Complexo Penitenciário de Campinas (Hortolândia).

8 Carvalho, Salo De. Freire, Christiane Russomano. Regime Disciplinar Diferenciado: Notas Críticas à Reforma do Sistema do Sistema Punitivo Brasileiro. In: Carvalho, Salo De. (org.). Crítica à Execução Penal. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007.p.274

9 BRASIL. Lei nº 10.792 de 1º de dezembro de 2003.

De acordo com Christiane Russomano Freire[10], há três fatores que influenciaram a implantação do Regime Disciplinar na execução penal brasileira, seriam elas: O incremento punitivo global, a crise das ideologias e a crise estrutural do sistema carcerário. Em poucas palavras, o incremento punitivo global é um movimento punitivo que vem crescendo universalmente, produzindo um acréscimo na "clientela" do sistema penal e consequentemente criando obstáculos para os sujeitos saírem da condição de criminoso.

Seguindo a linha de raciocínio, a crise das ideologias significa que há um desgaste na ideia de reabilitação/ressocialização, reavivando a ideia de vingança e direito de punir, fundamentando-se na pena merecida. A autora afirma que com a crise e o abandono da ideia de reabilitação criam-se vácuos que automaticamente serão preenchidos por noções retributivas da pena, ou seja, quanto mais se pensar em merecimento de pena, menos espaço terá a ressocialização[11].

Conclusivamente, o terceiro fator que a autora apresenta é a crise estrutural no sistema prisional, onde nascem novos problemas a cada dia, como o crime organizado, as rebeliões e o aumento das mortes dentro das prisões. Segundo ela, o regime disciplinar diferenciado surge como punição simbólica, visto que serviria apenas para "maquiar" a incapacidade do sistema diante das questões estruturais nunca enfrentadas e resolvidas, apostando assim na inabilitação dos sujeitos para facilitar o controle[12].

No tocante à natureza jurídica, o referido Regime não é outra espécie de regime de execução como os regimes fechado, semiaberto e aberto, mas sim um instrumento sancionatório, voltado à maximização dos controles da população carcerária. Portanto, por se tratar de sanção disciplinar, o Regime Disciplinar para ser imposto depende de instauração de procedimento administrativo para a apuração dos fatos imputados ao custodiado[13].

Conforme esclarecimento de Mirabete[14], o RDD não constitui um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes fechado, semiaberto e aberto, nem uma nova modalidade de prisão provisória, mas sim

---

[10] Freire, Christiane Russomano. *A violência do Sistema Penitenciário Brasileiro Contemporâneo – O caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.p.136

[11] Freire, Christiane Russomano. *A violência do Sistema Penitenciário Brasileiro Contemporâneo – O caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.p.138

[12] Freire, Christiane Russomano. Idem, p.141

[13] Boschi, José Antônio Paganella. *Das Penas e Seus Critérios de Aplicação.* 7º Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.p.291

[14] Mirabete, Júlio Fabbrini. *Execução Penal:* Comentários à Lei 7.210 de 1984. São Paulo: Atlas, 2004.p.116

um regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e das restrições ao contato com o mundo exterior, a ser aplicado como sanção disciplinar ou como medida cautelar, nas hipóteses previstas em Lei.

2.1 CARACTERÍSTICAS PECULIARES

Em relação às características do RDD, temos os precisos termos do Artigo 52 da Lei de Execução Penal, estando elencada a conduta, o tempo de duração, o tipo de cela, o número e a duração das visitas e o tempo de permanência fora da cela. Além disso, o Artigo é taxativo ao mencionar que o Regime também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais e estrangeiros, desde que apresentem alto risco à sociedade e à segurança do estabelecimento penal.

Por último, mas não menos importante, o § 2º do mesmo artigo prevê a sujeição ao Regime o preso provisório ou condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento em organizações criminosas[15].

Conforme disciplinado, o RDD possui as seguintes características: A duração máxima de 360 (trezentos e sessenta dias), sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave da mesma espécie, sendo imposto um limite máximo de até 1/6 da pena aplicada; O Recolhimento em cela individual; As visitas semanais de no máximo duas pessoas, com duração de até duas horas; A saída da cela por até 2 (duas) horas para banho de sol[16].

Além dessas características, o cumprimento do Regime Disciplinar em estabelecimento prisional federal também possui as seguintes: uso de algemas durante as movimentações internas e externas, bem como a sujeição do preso à revista sempre que houver tais movimentações, inclusive em sua cela, conforme estabelece o Regulamento Penitenciário Federal em seu Artigo 58[17].

Já o § 1º do artigo 52 da LEP, onde diz que poderá abrigar presos provisórios ou condenados, temos duas modalidades de Regime Disciplinar Diferenciado, vejamos[18]: A primeira modalidade é o RDD punitivo, este

---

15 BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal.

16 Marcão, Renato. *Curso de Execução Penal.* 13º Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p.73

17 BRASIL. Decreto nº 6.049 de 27 de fevereiro de 2007. Aprova o Regulamento Penitenciário Federal.

18 Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal Teoria Crítica.* São Paulo: Saraiva, 2014.p.232

que decorre da pratica de fato previsto como crime doloso e que ocasionem subversão da ordem e disciplina do regimento interno.

Nos termos da Lei de Execução Penal, a imposição do RDD punitivo possui algumas exigências: A) Instauração de procedimento administrativo para a apuração dos fatos, visto que o Regime é sanção disciplinar e sua aplicação depende de prévia instauração de procedimento; B) Requerimento circunstanciado feito pelo diretor do estabelecimento; C) Manifestação do Ministério Público e da defesa; D) Prévio e fundamentado despacho do juiz competente;

A segunda modalidade é o RDD cautelar[19]: É aquele aplicável aos presos que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, conforme o § 1º do artigo 52 da LEP, bem como é aplicável àqueles cujo recaiam fundadas suspeitas de envolvimento em organizações criminosas, conforme explicita o § 2º do mesmo artigo.

Em síntese, podem ser incluídos do RDD: Na primeira hipótese o preso provisório ou condenado que praticar falta grave em fato previsto na Lei como crime doloso, desde que tal conduta ocasione subversão da ordem ou disciplina do estabelecimento. Nota-se que não basta o cometimento de falta grave com fato de crime doloso, pois é necessário que haja subversão da ordem. Ou seja, é preciso que a conduta do preso "tumultue" a organização ou desobedeça as regras do estabelecimento[20].

Na segunda hipótese, os presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco à ordem ou à sociedade[21]. Nesta hipótese a legislação não exige que estes presos cometam falta grave, ou seja, basta que eles apresentem um determinado grau de risco que já estariam "aptos" a serem inseridos no Regime Disciplinar.

Por fim, a terceira hipótese determina que estará sujeito ao Regime o preso sobre o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento com associações criminosas. Nota-se que nesta hipótese não há a necessidade de prévia manifestação do Ministério Público e nem da defesa, pois se alega razões de urgência e perigo. Vejamos o esclarecimento:

> Afirma-se que esta modalidade (RDD cautelar) está adstrita ao poder especial de cautela do órgão judicial, além de pres-

19 Ibidem, p.233

20 Marcão, Renato. *Curso de Execução Penal.* 13º Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p.74

21 Marcão, Renato. *Curso de Execução Penal.* 13º Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p.75

> cindir da prévia manifestação do Ministério Público e da defesa, por razões de urgência e perigo. Salvo melhor juízo, se não corretamente entendido como inconstitucional, a imposição do RDD cautelar deveria sim atender as exigências de manifestação do MP e da defesa[22].

Deste modo, observando o texto da Lei, vemos que existe a possibilidade de inserir o indivíduo no sistema de execução penal desde o começo em um esquema de isolamento, baseando-se em um juízo de valor (pois não há definição na Lei), considerando o que seria ou não um alto grau de risco para a sociedade ou o estabelecimento penal, visto que ficou demonstrado que há hipótese em que não é preciso a prévia manifestação do Ministério Público e da defesa nos casos de "urgência".

Importante também salientar que existe um Projeto de Lei de número 179/05, que altera a Lei nº 7.210/84, e a Lei nº 10.792/03, para criar o regime penitenciário de segurança máxima. Esse PL é chamado de "RDDMAX", ou seja, Regime Disciplinar Diferenciado Máximo, onde os dispositivos conseguem submeter o indivíduo preso em RDD pelo dobro de tempo, além disso, prevê a proibição de contato com outros presos durante as duas horas de banho de sol, bem como fica vedada a prática de exercícios físicos.

Analisando esse PL que prevê a instituição do "RDDMAX", além de considerar absurdo e desproporcional os prazos, dificilmente se consegue entender a razão de vedar a pratica de exercícios físicos, pois não há motivos plausíveis que possam ser alegados para que tal vedação possa ser imposta.

3 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

O propósito deste tópico é analisar a forma de como o Direito brasileiro se adéqua às normas internacionais de Direitos Humanos, apontando as recepções pela Constituição Federal de 1988, verificando a aplicabilidade e a eficácia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, para futuramente constatar se realmente nosso País cumpre as diretrizes internacionais quando se trata de aplicação da Lei Penal.

A internacionalização dos Direitos Humanos fortalece a ideia de que a proteção desses direitos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, ou seja, não deve se limitar à competência nacional exclusiva, pois

[22] Roig, Rodrigo Duque Estrada. Execução Penal Teoria Crítica. São Paulo: Saraiva, 2014.p.233

é um tema de interesse internacional[23]. Tal argumento possui embasamento de que o indivíduo tem seus direitos protegidos em esfera internacional.

Importante também salientar que no Artigo 5º, § 2º de nossa Constituição Federal[24] está explícito que os direitos e garantias já expressas na Carta não excluem outros decorrentes de princípios ou de tratados internacionais por ela adotados. Ou seja, há mais uma garantia de amplitude de direitos.

Ao prescrever que direitos e garantias já expressos não excluem os direitos decorrentes dos Tratados Internacionais, nossa Constituição passa a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados em que o Brasil seja parte. Esse processo é a incorporação de tais direitos no texto Constitucional[25].

A Constituição assume expressamente o conteúdo constante nos tratados internacionais dos quais o país é parte. Ainda que esses direitos não sejam enunciados na forma de normas constitucionais, a Constituição lhes confere o valor jurídico de norma constitucional[26]. Ou seja, a Constituição Federal assumindo a validade a abrangência dos tratados internacionais, passa a validar o conteúdo, dando-lhe caráter constitucional.

Deste modo, o princípio da prevalência dos Direitos Humanos implica a obrigação de celebrar e implementar os diversos instrumentos de proteção internacional[27], pois facilmente pode-se demonstrar que ele têm natureza *jus cogens*[28]. A saber: as normas *jus cogens* são aquelas consideradas inderrogáveis e que não estão sujeitas à vontade individual das partes, vinculando o Estado independentemente do vínculo convencional. Deste

---

[23] Cappellari, Mariana Py Muniz. *Os Direitos Humanos na Execução Penal e o Papel da Organização Dos Estados Americanos (OEA)*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014.p.62

[24] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Artigo 5º § 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

[25] Piovesan, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.p.113

[26] Piovesan, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* São Paulo: Saraiva, 2013.p.115

[27] Galindo, George Rodrigo Bandeira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.p.121

[28] BRASIL. Decreto nº 7.030 de 14 de dezembro de 2009. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.Artigo 53: É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

modo, a violação dessa obrigação representa uma ofensa a todos os outros Estados, dando a eles o direito de exigir o cumprimento da obrigação[29].

Ainda na esfera dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, temos outro posicionamento acerca da integralidade dos tratados internacionais à nossa Constituição, tratados estes que o Brasil é signatário e assumiu o compromisso e obrigação de honrá-los, aplicando as regras no Direito Interno, com força normativa Constitucional. Sobre isso, Paganella afirma que:

> E não nos esqueçamos de que, a teor do § 2º do art. 5º, os textos dos tratados aprovados pelo país passam a integrar o conjunto de direitos e garantias expressos na Constituição Federal. Por isso – caso não existissem razões socialmente relevantes a apontar – o Princípio da Humanidade não pode continuar sendo apenas uma proposta de trabalho – especialmente em fase da execução das penas[30].

A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969[31] (Pacto San José da Costa Rica), promulgada pelo Brasil pelo Decreto nº 678 de 1992[32], define que toda a pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral, esclarecendo também que ninguém deve ser submetido à tortura nem a penas ou tratos cruéis, bem como toda pessoa que esteja privada de liberdade deve ser tratada com respeito à dignidade do ser humano.

Em face do catálogo de direitos constantes na Convenção Americana de Direitos Humanos, cabe ao Estado-parte a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício destes direitos e liberdades, sem qualquer discriminação. Além disso, cabe ao Estado se valer de todas as medidas que sejam necessárias e fundamentais para garantir a efetividade dos direitos[33].

Os tratados de proteção dos direitos humanos, diferentemente dos demais tratados que demonstram necessidade de mútua reciprocidade, inspiram-se em considerações de ordem superior. Ao criarem obrigações

---

[29] Daudt, Gabriel Pithan. *Reserva Aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006.p.147

[30] Boschi, José Antônio Paganella. *Das Penas e seus critérios de aplicação.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.p.48

[31] Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 – Pacto San José da Costa Rica.

[32] Decreto Nº 678 de 6 de Novembro de 1992. Brasil. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

[33] Piovesan, Flavia. *Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro.* In: Gomes, Luiz Flavio; Piovesan, Flavia. (org.). O Sistema Interamericano de Proteção Dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.31

para os Estados e os seres humanos sob sua jurisdição, suas normas aplicam-se, sobretudo, no ordenamento interno de cada um deles, nas relações entre o poder publico e os indivíduos[34].

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948[35] estabelece que os Estados devam agir de forma a proteger os Direitos Humanos e as liberdades dos indivíduos, de forma universal. Ou seja, aplicados a todas e quaisquer pessoas. Os Direitos Humanos são os direitos e liberdades de todas as pessoas, é um conjunto de regras e prerrogativas nas quais todos os cidadãos devem respeitar.

Reconhece-se hoje, em toda parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, pois se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos[36].

Neste contexto, é possível ver o nascimento dos Direitos Humanos, de modo que se inicia na esfera internacional e seguem sendo positivados nas Constituições de cada País, estes que passam a se submeter e se obrigam a aplicar e fiscalizar tais Direitos, tudo em prol do Estado Democrático de Direito.

3.1 IMPACTO DOS TRATADOS NO DIREITO INTERNO

Os tratados internacionais, enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes constituem a principal fonte de obrigação do Direito Internacional. O termo "tratado" é um termo genérico, usado para incluir as convenções, os Pactos, as Cartas e demais acordos[37].

Quanto ao impacto dos tratados internacionais de direitos humanos no direito interno brasileiro, considerando a hierarquia constitucional destes tratados, três situações poderão ocorrer: 1º) o tratado coincidir com os direitos já garantidos pela nossa Constituição Federal; 2º) o tratado se inte-

[34] Trindade, Antônio Augusto Cançado. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.p.135

[35] Declaração Universal de Direitos Humanos.

[36] Comparato, Fabio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010.p.239

[37] PPiovesan, Flavia. *A Incorporação, a Hierarquia e o Impacto dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro.* In: Gomes, Luiz Flavio. (Org.). O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.153

grar, de modo a complementar os direitos já previstos; 3º) contrariar os preceitos do direito interno[38].

No primeiro caso, o direito interno brasileiro já garantiu e reproduziu exatamente o que garante o direito internacional. Ou seja, já se encontra positivado um direito que existe na esfera internacional. Isso decorre da ideia de que o legislador se inspirou nas diretrizes internacionais. Indo mais além, pode-se dizer que o legislador buscou ajustar o direito interno, deixando-o em sintonia com as obrigações internacionais.

No segundo caso, os tratados internacionais de direitos humanos se integram às garantias constitucionais já expressas, complementando e aumentando o rol de direitos e garantias, caso não estejam positivados em nossa Constituição, passando a se incorporarem no direito interno.

No terceiro caso, hipótese em que o direito internacional de Direitos Humanos e o Direito interno brasileiro entrassem em conflito, adotar-se-ia o Direito que mais favorece a vítima. Ou seja, dependendo do caso, cada pessoa precisaria de determinada norma em especial, em um momento poderá ser o Direito interno e em outro momento poderá ser o Direito internacional. Analisando no caso concreto qual Direito teria maior garantia. Acerca do esclarecimento, temos a definição dos três momentos, por Flavia Piovesan[39]:

> Em síntese, os tratados internacionais de direitos humanos inovam significativamente o universo dos direitos nacionalmente consagrados, - ora reforçando sua imperatividade jurídica, ora adicionando novos direitos, ora suspendendo preceitos que sejam menos favoráveis à proteção dos direitos humanos.

Esse fenômeno acontece devido ao princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano, pois o objetivo único e principal dos tratados é conferir às pessoas o máximo de proteção possível. Do princípio da primazia decorrem duas regras[40]: Em primeiro lugar: Não é possível a cria-

---

[38] Piovesan, Flavia. *A Incorporação, a Hierarquia e o Impacto dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro.* In: Gomes, Luiz Flavio. (Org.). O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.173

[39] Piovesan, Flavia. *A Incorporação, a Hierarquia e o Impacto dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. In: Gomes, Luiz Flavio. (Org.). O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.179

[40] Melo, Monica de; Pfeiffer, Roberto Augusto Castellanos. *Impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos nos Direitos Civis e Políticos*. In: Gomes, Luiz Flavio; Piovesan, Flavia. (Org.). O sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.316

ção de normas no Direito interno que visem impedir a aplicação das normais mais benéficas que estejam previstas nos tratados. Ou seja, não há possibilidade de o Estado querer criar uma norma que se sobreponha ao Direito internacional, no sentido de proibir o acesso da pessoa ao Direito mais benéfico.

Em segundo lugar: este é o outro ponto da regra, como se fosse uma contraprestação, caso haja no Direito interno uma norma que seja mais benéfica à vítima, ela será aplicada. Ou seja, a norma do Direito interno garantindo mais benefícios a vitima, prevalecerá sobre o tratado de Direito internacional ao qual o País é signatário.

3.2 DIREITOS HUMANOS

Os Direitos Humanos são a revelação de que todos os seres humanos, com todas as suas diferenças biológicas e culturais, merecem o mesmo respeito. Isso é o reconhecimento universal de que, em razão da igualdade, ninguém pode afirmar-se superior aos demais[41].

No plano do direito internacional temos alguns documentos muito importantes acerca o assunto, a começar pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem[42], que ocorreu em abril de 1948. Tal Declaração traz 28 artigos com garantias ao ser humano, dentre elas o direito à igualdade, à liberdade de crença, liberdade de expressão e etc.

Logo em seguida surge a Declaração Universal dos Direitos Humanos[43], esta que traz uma série de garantias, inovando no artigo 5º, onde garante que ninguém será submetido à tortura nem à punição ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Garantia esta que serviu de inspiração para várias constituições, inclusive a brasileira, que adotou fielmente o texto de proibição ao tratamento desumano.

Em 1966 nasce o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, este que por sua vez passou a vigorar no Brasil em 1992[44]. Esse Pacto traz diversas garantias, dentre elas a de que ninguém poderá ser privado de sua liberdade arbitrariamente, de que toda pessoa privada de liberdade deverá

---

41 Comparato, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010.p.13

42 Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948. Biblioteca virtual de Direitos Humanos da USP.

43 Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.

44 BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

ser tratada com humanidade e respeito à dignidade da pessoa humana e a igualdade perante os tribunais.

Na sequência, surge a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 – Pacto San José da Costa Rica[45]. Vigente no Brasil de 1992[46] traz consigo 82 artigos, dentre eles estão a obrigação de respeitar os direitos, a pena não pode passar da pessoa do delinquente, ninguém será detido por dívidas, salvo por obrigação alimentar e etc.

No Brasil, Preliminarmente, cabe salientar que a Constituição Federal de 1988, como marco jurídico da transição ao Regime Democrático, alargou significativamente o campo de direitos e garantias fundamentais, pois ela projeta a construção de um Estado Democrático de Direito, assegurando diversas garantias e considerando-as como valores supremos[47].

Em nosso atual ordenamento jurídico, está destacada a prevalência dos Direitos Humanos, visto que em primeiro lugar em seu texto estão destacados o cidadão e suas garantias.

A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos Direitos Humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal[48]. Ou seja, o País passa a ficar obrigado a submeter-se às normas de Direitos Humanos.

O princípio da prevalência dos Direitos Humanos, que está positivado em nossa Constituição Federal em seu Artigo 4º Inciso II, é sem dúvida um dos princípios mais importantes. Sua interpretação deve ser dada de modo mais amplo possível. Ele vincula a ação diplomática brasileira e deverá ser respeitado em qualquer acordo ou ato unilateral[49].

Em relação ao possível conflito entre normas do Direito interno e os Direitos Humanos, temos o posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no sentido da prevalência dos Direitos Humanos[50].

---

45 Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 – Pacto de San José da Costa Rica.

46 BRASIL. Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos.

47 Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* São Paulo: Saraiva, 2013.p.85

48 Piovesan, *Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* São Paulo: Saraiva, 2013.p.94

49 Galindo, George Rodrigo Bandeira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002.p.120

50 Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes e de nulidade nº 70051007797. Relator: Des: Rogério Gesta Leal. Segundo Grupo de Câmaras Criminais. 10 de Maio de 2013.

O julgado se trata de um agravo em execução, onde o agravante busca o abatimento de sua pena pelo motivo de ter ficado preso injustamente em outro processo criminal, onde obteve sentença de absolvição. Em primeiro grau o juiz entendeu que não se aplicaria tal argumento, baseando-se no Código Penal brasileiro (Lei do Direito interno).

Em contrapartida, neste acórdão os desembargadores acolheram os embargos por maioria, visto que a fundamentação nas decisões em favor do acolhimento é sempre o atendimento aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e a prevalência dos Direitos Humanos. Neste sentido, fica clara a aplicabilidade por parte dos nossos tribunais da prevalência dos Direitos Humanos, independente de haver norma interna que pretenda suprimi-los.

3.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

Principio como o próprio nome diz se refere ao começo, o preceito e até mesmo se refere à base de tudo. Como o tema trata da área jurídica, podemos associar a palavra principio como base ou fundamento do sistema jurídico. Ou seja, principio é o momento em que se inicia e se norteia o ordenamento jurídico em um Estado Democrático de Direito, visto à existência de uma Constituição. Deste modo, Princípios servem de base para a aplicação e interpretação do Direito.

Não há como ser diferente no mundo jurídico, pois o significado da palavra Princípio é o mesmo em qualquer situação: base, preceito ou fundamento. Após breves esclarecimentos sobre a definição de Princípio, cabe salientar a importância do mesmo em um ordenamento jurídico, a fim de demonstrar que no momento em que o Principio não é observado ou seguido, também não estará observando-se ou seguindo todo o sistema no qual lhe é derivado.

A doutrina costuma elencar diversos critérios para diferenciar regras e princípios, mas por simplificação, é de costume reduzir a apenas três critérios, seriam eles: o conteúdo, a estrutura normativa e o modo de aplicação. Essas categorias não são complementares e não são excludentes, elas apenas levam em conta a realidade da aplicação do termo "princípio"[51].

Em relação ao conteúdo, os princípios identificam as normas que expressam decisões fundamentais, como por exemplo, o Estado democrático

[51] Barroso, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.p.205

de direito, os valores a serem seguidos, como a Dignidade Humana e, por fim, as metas públicas a serem realizadas/buscadas, como a erradicação da pobreza[52].

No que diz respeito à estrutura normativa, princípios direcionam para os ideais a serem buscados, mas sem que diga de forma objetiva a conduta que deva ser seguida, pois existem infinitas maneiras de se promover a dignidade humana, a humanidade e a proporcionalidade. Já com as regras é diferente, pois elas descrevem exatamente a conduta que deve ser tomada, havendo menor ingerência do intérprete na hora de atribuir sentidos aos termos[53].

Por fim, o critério do modo de aplicação, que é onde se encontra a principal distinção dos princípios em relação às regras. Uma regra só deixará de ser aplicada se houver outra regra que a excepcione ou se ela for inválida, portanto, havendo o fato descrito no texto da regra, ela deverá ser aplicada. Já os princípios indicam uma direção, o que pode e deixa espaço para um eventual conflito entre eles, de modo que deve ser analisado cada caso concreto para que seja atribuído valor maior a um ou a outro[54].

Bonavides[55] explica que a caminhada teórica dos princípios gerais, até a conversão em princípios constitucionais, constitui a matéria das averiguações subsequentes. Ou seja, os princípios após serem constitucionalizados, se tornam a chave de todo o sistema normativo.

A evolução dos princípios divide-se em três fases: Na primeira fase os princípios tinham conteúdos abstratos e sua normatividade era nula e abstrata, não se tendo ideia de sua dimensão valorativa, de modo a não inspirar a justiça. Na segunda fase, os princípios já eram considerados uma fonte subsidiária, a fim de assegurar a aplicação da lei.

Na terceira fase os princípios adquirem a eficácia merecida, de modo a tornar-se o alicerce de todo o sistema de um Estado Democrático de Direito[56]. Acerca do reconhecimento da importância dos princípios, temos a posição de Marcelo Novelino[57], vejamos:

---

[52] Ibidem, p.206

[53] Barroso, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.p.206

[54] Ibidem, p.208

[55] Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2004.p.258

[56] Melo, Gustavo Procópio Bandeira de. Noções Básicas de Teoria dos Princípios. In: Leite, George Salomão. (Org.). Dos Princípios Constitucionais – Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Método, 2008.p.409

[57] Novelino, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2012.p.122

> Uma das características marcantes da doutrina pós-positivista é exatamente o reconhecimento definitivo da normatividade dos princípios e de sua importância como critério de decisão, sobretudo na solução de casos difíceis. O que hoje se parece obvio, não era o entendimento adotado até meados do século XX, quando princípios e normas eram tratados como espécies distintas.

Diante disso, percebemos a já alcançada evolução dos princípios, que se tornaram pilares do Estado Democrático de Direito, após serem considerados como uma normatividade nula e abstrata, de modo que hoje passam a influenciar de forma concreta principalmente em casos de difíceis decisões.

No mesmo sentido, Miguel Reale expõe que toda a experiência jurídica do decorrer dos tempos e a legislação que a integra, repousa sobre os princípios gerais do direito, que podem ser considerados os alicerces e as vigas mestras do edifício jurídico. O autor ainda vai além, pois afirma que a parte vital da razão e a experiência residem nos princípios e não nas regras[58]. Vejamos:

> Os princípios gerais de Direito põem-se, dessarte, como as bases teóricas ou as razões lógicas do ordenamento jurídico, que deles recebe o seu sentido ético, a sua medida racional e a sua força vital ou histórica. A vida do Direito é elemento essencial do diálogo da história[59].

Mostra-se clara a visão de que o autor defende que os princípios são a razão de todo o ordenamento jurídico, pois a ele é direcionado o sentido ético, a sua razão e a sua força histórica.

3.3.1 FORÇA JURÍDICA DOS PRINCÍPIOS

Acerca da importância dos Princípios Constitucionais, temos a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello[60], que explicita a diferença de violação entre um Princípio Constitucional e uma norma qualquer. Nas palavras dele:

---

58 Reale, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 2001.p.297

59 Ibidem, p.298

60 Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.p.959

> Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao principio implica ofensa não apenas a um especifico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. E a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do principio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Conforme o referido autor[61], Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas. Ou seja, o autor define Princípio como ponto-base, de maneira a servir de pilar para a elaboração e aplicação do Direito, irradiando-se sobre diversos tipos de normas dentro do ordenamento jurídico.

Ainda no tocante à importância dos Princípios Constitucionais, temos a posição de Paulo Bonavides[62], vejamos:

> Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivação do mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestigio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com essa relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas.

Diante das palavras descritas acima, possível chegarmos à conclusão de que os próprios princípios são normas, diferentemente do que ocorria anteriormente, onde princípios e regras eram tratados de maneira diferente. Portanto, princípios sendo considerados como normas e sendo postos no ponto mais alto da escala normativa, a Constituição Federal, recebem a qualidade de máxima categoria, sendo então considerada a "norma das normas".

---

[61] Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2010.

[62] Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2004.p.289/290

A dogmática jurídica atual reconhece que os princípios possuem normatividade. Assim, eles seriam normas jurídicas com um grau de generalidade relativamente elevado, enquanto as normas teriam um espectro mais reduzido do que os princípios[63].

No mesmo viés, Nucci[64] esclarece que o Princípio indica uma ordenação, que se irradia e imantam os sistemas de normas, servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo, o que seria mais um fator a favor da ideia de que princípios possuem um grau elevado em relação às regras.

Após as breves colocações feitas acerca da relevância dos Princípios Constitucionais e da abrangência dos mesmos, podemos chegar à conclusão de que eles possuem uma posição privilegiada na escala normativa, de modo a serem servidos como base a todo ordenamento jurídico, não restando dúvidas de que são considerados como pilares estruturais e que a sua inobservância diante da criação ou aplicação de uma Lei provocaria abalos em todo o sistema normativo.

Sendo assim, são de extrema importância dentro de um sistema jurídico, servindo de ponto-base para o entendimento e aplicação do Direito. Na esfera penal não poderia ser diferente, pois as diretrizes constitucionais devem ser o fundamento ou o ponto-base do Direito Penal, de modo a assegurar as garantias dos indivíduos, limitando o poder estatal e definindo critérios para que o poder seja exercido dentro dos limites.

Uma notória influência sobre o direito penal, no sentido de iniciar um período humanitário da pena, foi a de Cesare Beccaria com sua obra Dos Delitos e Das Penas[65]. Sua obra abriu pela primeira vez uma discussão sobre a intolerância e a proporcionalidade das penas, por consequência introduzindo diversas sementes dos institutos hoje já consagrados mundialmente, como por exemplo, a humanidade da pena, a presunção de inocência e a proporcionalidade entre o delito e a pena aplicada.

Beccaria afirma que a prisão não deve deixar qualquer marca de infâmia sobre o acusado que foi reconhecido ser inocente. De mesmo modo,

---

[63] Bulos, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2014.p.507

[64] Nucci, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal – Parte Geral e Especial.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p.83

[65] Beccaria, Cesare. Dos Delitos e Das Penas. São Paulo: Martin Claret, 2014.

defende que a no momento que a proporção das penas for mais suave e as prisões deixarem de ser horríveis e a humanidade adentrar as celas, as leis poderiam satisfazer-se de melhor forma[66].

Em outro momento Beccaria afirma que um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz, pois é inocente perante as leis aquele cujo delito não está provado[67]. Neste posicionamento temos um precedente da presunção de inocência, hoje positivado em nosso ordenamento jurídico.

Em relação à proporcionalidade, também encontramos precedente na obra Dos Delitos e Das Penas, visto que o autor se posiciona claramente contra a pena de morte, defendendo a adequação das penas ao ato praticado, alegando que a pena de morte é prejudicial à sociedade devido às demonstrações de crueldade[68] e que é um absurdo que as leis que punem o homicídio autorizem outro[69].

Os juristas já afirmaram sem dúvida que os princípios de direito penal buscam sua fundamentação na Constituição federal e a partir dela. Ou seja, os penalistas partem do Estado Democrático de Direito para buscar soluções para o direito penal[70]. Nesse contexto, percebe-se que o poder estatal fica limitado, de modo a assegurar os direitos dos indivíduos, deixando espaço para a dignidade da pessoa humana, pois o contrário prevaleceria a injustiça.

4 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E A (IN) COMPATIBILIDADE COM OS DIREITOS HUMANOS E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

Após a exposição acerca dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, dos Princípios Constitucionais Penais, do Regime Disciplinar Diferenciado e de uma breve análise sobre sua aplicabilidade, será verificado se há ou não compatibilidade entre os referidos, de modo a confrontar o Regime e os Princípios, demonstrando quais as características que possivelmente seriam incompatíveis e, consequentemente, violadoras.

---

66 Ibidem, p.24

67 Beccaria, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2014.p.34

68 Ibidem, p.51

69 Beccaria, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2014.p.52

70 Amaral, Claudio do Prado. *Princípios Penais, da Legalidade à Culpabilidad*e. São Paulo: IBCCRIM, 2003.p.57

4.1 O RDD E OS DIREITOS HUMANOS

Neste tópico será feita uma análise a fim de verificar se o RDD segue as diretrizes internacionais de Direitos Humanos, pois a partir do momento em que o Estado se propôs a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, ele se obriga a submeter-se às normas, de modo a garantir a sua aplicabilidade[71].

Desta maneira, o Estado adotando o principio da prevalência dos direitos humanos, pois este está positivado em nossa Constituição Federal, toda ação brasileira, seja bilateral ou unilateral, deverá respeitar os direitos humanos[72]. Em outras palavras, seja no plano internacional ou no nacional (como na execução penal), os direitos humanos prevalecem.

No tocante as obrigações do Estado, temos a posição de que se classificam em dois tipos: a obrigação de respeito aos direitos humanos, que seria uma obrigação de não fazer, que seria a limitação do poder público face ao individuo, e a obrigação de garantia, que seria uma obrigação de fazer, esta que consistiria na organização de estruturas e procedimentos capazes de prevenir e investigar as violações destes direitos[73]. Isto é, há uma dupla função do Estado, a função de respeitar e a de fazer respeitar.

Mesmo se fosse diferente, reconhece-se hoje que a vigência dos direitos humanos não depende de estar positivado nas Constituições, pois estes direitos são exercidos contra todos os poderes estabelecidos[74].

Indo adiante, o Pacto San José da Costa Rica em seu artigo 5º § 6º, traz o paradigma de que as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados[75], ou seja, os indivíduos que se encontrarem presos devem receber o tratamento adequado para serem reinseridos no mundo externo, caso contrario não cumpriria com uma das finalidades da pena.

Diante do exposto, cabe a seguinte reflexão: será que uma sanção disciplinar onde submete o indivíduo a permanecer dentro de uma cela nas

---

[71] Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* São Paulo: Saraiva, 2013.p.94

[72] Galindo, George Rodrigo Bandeira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002.p.120

[73] Ramos, André de Carvalho. *Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.p.41

[74] Comparato, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010.p.239

[75] Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto San José da Costa Rica. Artigo 5º, § 6º: As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

condições apontadas segue as diretrizes internacionais de direitos humanos? Ou ainda, será que uma Lei federal declarada constitucional por nosso Supremo Tribunal que obriga o indivíduo a permanecer dentro desta mesma cela por vinte e duas horas diárias por um prazo de até trezentos e sessenta dias, podendo ser prorrogado até um sexto da pena, condiz com o respeito e a garantia aos direitos humanos? Em um Estado onde a pessoa é o valor maior, a resposta é não. Pois o Estado deve promover e respeitar os direitos.

Na mesma seara, temos a redução para apenas dois visitantes uma vez por semana, ou seja, mais uma vez vemos um conflito com as recomendações internacionais, visto que a prioridade é manter o indivíduo que está preso o máximo possível em contato com o mundo exterior, a fim de facilitar a sua reinserção na comunidade[76].

Diante dos apontamentos anteriores, se nota que o Regime Disciplinar Diferenciado tende a violar os direitos humanos, pois o Regime visa o castigo do indivíduo, de forma a abalar física e psiquicamente, utilizando-se de métodos cruéis e degradantes, justamente o que todas as normas internacionais e a nossa Constituição Federal veda.

Deste modo, resta pensar: será que manter um indivíduo preso em uma cela, com saída de apenas duas horas diárias, por um período de até 720 dias, condiz com os as diretrizes internacionais de direitos humanos? Ainda devem ser levados em consideração os crimes cuja pena privativa de liberdade chega há 30 anos. Ou seja, se o indivíduo deve cumprir 30 anos de pena[77], o Regime Disciplinar Diferenciado autoriza, se for o caso, que o indivíduo permaneça por até cinco anos internado, visto que chegaríamos ao cálculo de um sexto da pena.

4.2 O RDD E A DIGNIDADE HUMANA

Como visto em capitulo próprio, a dignidade humana é o princípio basilar de um Estado Democrático de Direito, sendo o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional e dá a direção ao intérprete[78]. Deste modo, a Dignidade Humana é o "carro-chefe" dos Direitos na Constituição Federal brasileira, sempre condicionando o tradutor[79].

---

[76] Neto, Luiz de Albuquerque Medeiros. *O Regime Disciplinar Diferenciado e Algumas de Suas Inconstitucionalidades.* Revista do IBCCRIM. São Paulo, 2009.

[77] BRASIL.Decreto Lei nº 2.848 de 1940. *Código Penal*. Artigo 75: O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

[78] Nunes, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva,2010.p.59

[79] Bulos, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2014.p.512

Em nossa Constituição Federal há o reconhecimento de que a pessoa não é um mero objeto do Estado[80], mas sim o contrário, o Estado é quem deve reconhecer a pessoa como um valor maior, pois o mesmo existe para a pessoa. Deste modo, o Estado tem o dever de respeitar e promover a dignidade, sendo vedado qualquer tipo de ato que possa prejudicar essa garantia em todas as suas dimensões.

No tocante ao Regime Disciplinar Diferenciado, foi visto em capítulo próprio as suas características e intenções, onde o indivíduo que é "enquadrado" no Regime fica submetido a uma cela pelo período de vinte e duas horas por dia, sendo possível esta sanção disciplinar ser aplicada por trezentos e sessenta dias, ou até mesmo, se for o caso, o indivíduo poderá ficar submetido a ela por até um sexto da pena[81], além de várias outras características já mencionadas anteriormente.

As criticas ao RDD apontam para sua insustentabilidade em um Estado Democrático como o nosso, de maneira a não mais subsistir essa forma de castigo diante dos princípios constitucionais, estes que tem por suporte a Dignidade da Pessoa, e é pelo processo – e o de execução da pena não pode fugir à regra – que se garantem aqueles[82].

Neste sentido, a preservação da Dignidade Humana deve ser o fundamento da execução penal, porém, o que temos é outra realidade, visto que não basta o indivíduo estar preso, mas também o mesmo poderá ser submetido a uma condição extremamente degradante, sendo isolado durante vinte e duas horas por dia, sendo praticamente vedado o seu contato com o mundo exterior, reduzindo-lhe o tempo de visitas. Sobre a colisão entre o referido Princípio e o RDD, temos a seguinte posição:

> A preservação da dignidade da pessoa humana deve ser o grande eixo da execução da pena. O que se vê, no entanto, é uma realidade colidente com os limites legais e princípios constitucionais, não apenas quanto às rigorosas condições impostas ao sujeito segregado, mas também em razão do longo período de sofrimento vivenciado, sendo que a própria Corte Internacional de Direitos Humanos já se manifestou no sentido de que o isolamento e a privação da comunicação correspondem a tratamento cruel e desumano[83].

---

80 Novelino, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2012.p.380

81 BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal

82 Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal Teoria Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014.p.237

83 Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal Teoria Crítica.* São Paulo: Saraiva, 2014.p.238

Diante disso, podemos dizer que o preso ao ser segregado por um período elevado como o período que o RDD estipula, já estaria se configurando uma violação ao Princípio da Dignidade Humana, pois estaria se impondo ao preso castigo físico e mental, de maneira a aniquilar o seu caráter e a sua personalidade, causando impactos que sejam talvez irreversíveis, o que em nada contribuiria para sua recuperação[84].

Portanto, há inclinação no sentido de violação da garantia constitucional, de maneira que o Regime Disciplinar impõe condições que afastam a dignidade, tudo em favor do Estado, este que acaba deixando de ser um garantidor e passa a ser um violador de direitos. Como dito anteriormente, foi criada uma sanção disciplinar violadora de direitos como "resposta" ao movimento punitivo global, de maneira a reavivar a ideia de vingança, "maquiando" a verdadeira situação estrutural do sistema prisional brasileiro[85].

4.3 O RDD E A HUMANIDADE DAS PENAS

Em nossa Constituição Federal temos a vedação de penas cruéis[86], isso significa que o Estado ao utilizar as ferramentas do Direito Penal deve basear-se sempre na humanidade, garantindo condições dignas ao preso, bem como proporcionar a salubridade, priorizando a integridade física e moral da pessoa que se encontra sob sua tutela.

Neste sentido, fica o Estado obrigado a tratar a pessoa como pessoa, sendo totalmente vedado qualquer tipo de tratamento cruel, desumano ou degradante, mesmo que essa pessoa tenha praticado um delito, a pena aplicada não poderá ser infamante ou cruel, onde acabe submetendo a pessoa a condições desumanas[87].

Possuindo o Estado o monopólio do Direito de punir, considerando que esta prerrogativa visa a superação do estado de violência, não poderia ele voltar a aplicar penas incompatíveis com a humanidade, por esse motivo que há as proibições de penas cruéis. Penas ditas cruéis seriam as san-

---

[84] Barboza, Leandro de Oliveira. *Da inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado por ofensa aos direitos fundamentais: breve histórico legislativo.* Revista do IBCCRIM, São Paulo, 11. 2004.

[85] Freire, Christiane Russomano. *A violência do Sistema Penitenciário Brasileiro Contemporâneo – O caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.p.138 a 141

[86] BRASIL. *Constituição Federal de 1988.* Artigo 5º, XLVII: Não haverá penas: [...] e) Cruéis;

[87] Ávila, Gustavo Noronha De; Anziliero, Dinéia Largo. P*rincípios Limitadores do Direito Penal: Garantias Para a Liberdade do Indivíduo*. In: Dani Rudnicki, Dani. (org.). Sistema Penal e Direitos Humanos: (im)possíveis interlocuções. Porto Alegre: UniRitter, 2012.p.37

ções que atentariam contra a dignidade, ou seja, qualquer medida que por si mesma causaria padecimento desnecessário[88].

Verificando o Regime Disciplinar Diferenciado, quando nos deparamos com a sua característica principal que é o isolamento do indivíduo, percebe-se que essa sanção atinge a dignidade, tornando a pena desumana, causando sofrimentos psicológicos, pois não há como falar em humanidade quando uma pessoa é submetida ao encarceramento isolado por quase a totalidade do dia, imagine-se então ficando submetido por trezentos e sessenta dias nas mesmas condições. No mesmo sentido, temos a seguinte opinião:

> O RDD faz sucumbir o princípio da humanidade das penas, visto que o caráter exclusivamente retributivo deste verdadeiro castigo denuncia a sua crueldade, como exercício puro e simples da vingança estatal e social. O paradigma da ressocialização que orienta todo o sistema de execução das penas no Brasil é também aviltado pelo regime disciplinar diferenciado. A expectativa da reinserção social do condenado que constitui um dos fins da reprimenda, não resiste à prevalência do espírito exclusivamente vingativo do castigo imposto pelo regime, que se mostra assim mais uma vez, ilegal e contrário aos ditames constitucionais[89].

Mesmo que a relação entre execução penal e humanidade seja uma expectativa praticamente ilusória, devido as condições de nosso sistema carcerário, pois a própria pena privativa de liberdade acaba por ser uma violação de direitos humanos, a execução penal não pode transbordar ainda mais seus efeitos já prejudiciais a humanidade, pois deve haver-se por inconstitucional qualquer medida que atente contra à incolumidade física ou psíquica dos indivíduos sentenciados[90].

Portanto, o principio da humanidade postula da pena uma racionalidade e uma proporcionalidade, devendo ser considerado em toda e qualquer intervenção penal[91], por óbvio incluindo-se a execução e suas sanções disciplinares, como no caso o RDD.

---

[88] Piva, Otávio. *Comentários ao Artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e Teoria dos Direitos Fundamentais.* São Paulo: Método, 2009.p.194

[89] Barboza, Leandro de Oliveira. *Da inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado por ofensa aos direitos fundamentais: breve histórico legislativo.* Revista do IBCCRIM, São Paulo, 11. 2004.

[90] Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal Teoria Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014.p.37

[91] Cappellari, Mariana Py Muniz. *Os Direitos Humanos na Execução Penal e o Papel da Organização Dos Estados Americanos (OEA)*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014.p.87

Outro fator importante a ser examinado é o acompanhamento médico que deveria ser proporcionado ao indivíduo que esteja internado em RDD, pois não há nenhuma previsão legal neste sentido, desrespeitando as Regras Mínimas[92] para o tratamento do individuo preso, onde a recomendação é a de que um médico visite diariamente o preso que estiver em isolamento, verificando se o mesmo ainda estaria apto a suportar as condições impostas.

Sendo assim, é difícil compreender um Estado que está obrigado e se diz comprometido com a dignidade da pessoa humana e humanização de pena quando o mesmo institui um regime na execução que claramente vai contra tudo isso. Ressaltando que as condições do sistema carcerário no Brasil já seria um forte abalo aos dois princípios, visto que a situação insalubre e a superlotação do sistema já são causadores de conflitos e má administração.

Como se pode ver, segundo os dados do próprio Ministério da Justiça[93], apurados no ano de 2014, a situação já era alarmante, pois os indicadores consolidados apontam uma população prisional de 607.731 mil presos para 376.669 mil vagas em 1.482 estabelecimentos prisionais no país. Isso gera um déficit de 231.000 mil vagas.

4.4 O RDD E A PROPORCIONALIDADE DA PENA

Como explicitado anteriormente, o princípio da proporcionalidade é essencial para que se tenham sentenças alinhadas ao sentimento de equidade e justiça, evitando-se assim as penas desproporcionais[94]. Este princípio exige que se tenha uma relação entre meio e fim[95], isso significa que os meios utilizados devem ser eficazes e contribuir para que se alcance o fim almejado.

No entendimento de Bonavides, o princípio da proporcionalidade garante o instrumento mais poderoso dos direitos fundamentais, pois é

---

[92] Regras Mínimas para o Tratamento de Indivíduos Reclusos. Organização Das Nações Unidas. Item 32: a) As penas de isolamento e de redução de alimentação não deverão nunca ser aplicadas, a menos que o médico tenha examinado o preso e certificado por escrito que ele está apto para suportá-las. c) médico visitará diariamente os presos sujeitos a tais punições e aconselhará o diretor caso considere necessário terminar ou alterar a punição por razões de saúde física ou mental.

[93] BRASIL. Ministério da Justiça. *Relatório anual de índices prisionais – Transparência Institucional.* 2014

[94] Boschi, José Antônio Paganella. *Das Penas e Seus Critérios de Aplicação.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.p.56

[95] Ávila, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2005.p.116

contra todos os excessos perpetrados[96]. Deste modo, toda a intervenção penal só se justifica se for necessária e adequada[97].

Sendo assim, quando falamos em Regime Disciplinar Diferenciado e suas peculiaridades, temos diversos pontos que tendem a confrontar a proporcionalidade, vejamos: A começar pelo inciso I do artigo 52 da LEP, vemos a duração de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição, até um sexto da pena aplicada. Considerando tal dispositivo, impossível se falar em proporcionalidade, visto que segregar um indivíduo por este período seria ir além da racionalização, confirmando-se assim que o objetivo é tão somente o castigo.

Seguindo, no mesmo artigo da Lei de Execução Penal, agora em seu inciso III, temos a redução do número de visitantes, redução de dias semanais e do tempo de visitas, ou seja, não basta o indivíduo estar internado no Regime por um longo período de cumprimento, pois lhe é imposto mais restrições, desta vez em relação aos familiares, estes que seriam uma das principais ferramentas para a reinserção do preso ao mundo externo.

Por conseguinte, no inciso IV do mesmo artigo da LEP temos a imposição de que o preso só sairá da cela por duas horas diárias. Diante desta imposição, acredito que temos o maior desrespeito ao princípio da proporcionalidade, visto que não há como dizer que uma sanção disciplinar desse cunho se amolda a uma diretriz tão importante em nosso ordenamento jurídico.

Por fim, o parágrafo primeiro do mesmo artigo expõe que estará sujeito ao RDD o indivíduo sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento com organizações criminosas. Aqui mais uma vez se estaria desrespeitando a proporcionalidade, pois se haveriam fundadas suspeitas de envolvimento de algum sujeito que já se encontraria preso no estabelecimento do Estado, porque não tomar outras providências?

Existem diversas maneiras de impedir o contato entre facções criminosas, devendo o Estado tomar parte de tal situação e providenciar mecanismos eficazes para o controle, deixando de lado a forma mais "fácil" (isolamento da pessoa)[98].

---

96 Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.p.425

97 Bianchini, Alice; Molina, Antônio García-Pablos De; Gomes, Luiz Flávio. *Direito Penal Introdução e Princípios Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p.401

98 Neto, Luiz de Albuquerque Medeiros. *O Regime Disciplinar Diferenciado e Algumas de Suas Inconstitucionalidades*. Revista do IBCCRIM. São Paulo, 2009.

5 CONCLUSÃO

Esta pesquisa teve por objetivo analisar e demonstrar a importância dos tratados internacionais de direitos humanos e os princípios constitucionais da dignidade humana, humanidade da pena e da proporcionalidade, de modo a verificar a compatibilidade entre eles e o Regime Disciplinar Diferenciado, a fim de constatar se essas garantias supramencionadas são alcançadas na seara do Direito Penal brasileiro.

O Regime Disciplinar Diferenciado foi criado para satisfazer a pressão da população e da mídia, que acreditam em legislação mais rigorosa como forma de combate a impunidade. Entretanto, há posicionamento divergente na doutrina sobre a sua constitucionalidade e efetividade, pois sua intenção seria desarticular quadrilhas, isolando seus chefes para que os mesmos não enviassem ordens ao restante dos integrantes, porém, em nada modifica, pois tal situação continua ocorrendo, provando-se assim que não é com a segregação desproporcional que se obtém resultados.

Apresentando a importância da prevalência dos Direitos Humanos, percebemos que o Estado fica obrigado a celebrar e implementar os diversos instrumentos de proteção, consequentemente tornando a violação uma ofensa a todos os membros pertencentes. Ou seja, o Estado é obrigado a promover os Direitos Humanos, ficando totalmente vinculado a este propósito. Sendo assim, seja no plano internacional ou nacional (inclusive na execução penal), os Direitos Humanos prevalecem.

No tocante à Dignidade Humana, ficou demonstrado que esse princípio é a base de um Estado Democrático de Direito, onde se torna o primeiro fundamento de todo um sistema constitucional, dando norte ao intérprete. Diante disso, a Dignidade deve ser também o fundamento na execução penal, de maneira a serem preservadas todas as garantias inerentes ao indivíduo, mesmo este estando privado de sua liberdade.

Quando o assunto é o direito de punir, temos o Estado como o único legitimado a fazê-lo, visto que este fundamento visa a superação do estado de violência, não deve ele voltar a aplicar penas incompatíveis com a Humanidade, ficando assim proibidas as penas cruéis e degradantes. Isto é, o Direito Penal deve se basear sempre na Humanidade, garantindo condições dignas ao preso, proporcionando a salubridade e assegurando a integridade física e psíquica do individuo que ali se encontra segregado.

Quando analisado o Regime Disciplinar Diferenciado, possível perceber que este atinge a dignidade, tornando assim a pena desumana, pois sua principal característica é o isolamento da pessoa, classificando-se assim como um único instrumento: o castigo, sucumbindo, assim, à humanidade das penas.

Mesmo ciente de que a relação entre execução penal e humanidade das penas seja praticamente uma ilusão – levando-se em consideração a atual condição do sistema carcerário brasileiro – a execução penal não pode piorar ainda mais os efeitos que já são prejudiciais, devendo ser classificada como inconstitucional qualquer medida que atente ainda mais contra a dignidade. Isso inclui a execução penal e suas sanções disciplinares, como o RDD.

Em relação à proporcionalidade da pena, temos a ideia de que as sentenças devem ser alinhadas ao sentimento de justiça e equidade, afastando-se da desproporção. Ou seja, os meios utilizados devem ser eficazes e contribuir para que se alcance o fim esperado, deste modo, todo o tipo de intervenção penal só se justifica se realmente for necessário e adequado. Novamente temos um confronto entre este princípio e o RDD, pois uma sanção disciplinar que visa o isolamento por um período extremamente elevado só confirma a falta de racionalização e a busca incessante pelo castigo.

Em continuidade, ainda há outra violação por parte do RDD, desta vez o período de tempo que o preso tem permissão para sair da cela, que no caso é de duas horas diárias. Aqui teremos talvez o maior desrespeito à proporcionalidade, pois não há como falar em proporcionalidade aplicando uma sanção deste cunho.

Deste modo, não podemos negar a inconstitucionalidade do RDD e sua afronta aos princípios constitucionais e os tratados de direitos humanos simplesmente alegando que uma cela isolada (proporcionada pelo RDD) seria uma vantagem do indivíduo preso sobre os outros que estariam em regime comum, amontoados dentro de uma cela de forma insalubre, pois esse argumento seria totalmente descabido, pois em uma dupla via se estaria reconhecendo o falido sistema carcerário e também não se estaria apresentando qualquer solução. Pelo contrario, o Regime Disciplinar Diferenciado não pode ser utilizado como um remédio a essa situação, pois isso seria falso.

6 REFERÊNCIAS

AMARAL, Claudio do Prado. **Princípios Penais Da Legalidade À Culpabilidade**. SÃO PAULO: IBCCRIM, 2003.

ÁVILA, Gustavo Noronha De; ANZILIERO, Dinéia Largo; **Princípios Limitadores do Direito Penal: Garantias Para Liberdade do Indivíduo**. In: RUDNICK, Dani. (org.) Sistema Penal e Direitos Humanos: (im) possíveis interlocuções. Porto Alegre: UniRitter, 2012.

BARBOZA, Leandro de Oliveira. **Da inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado por ofensa aos direitos fundamentais: breve histórico legislativo**. Revista do IBCCRIM, São Paulo, 11. 2004. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/artigos/2004/11.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2014.

BIANCHINI, Alice; GARCIA-PABLOS, Antônio; GOMES, Luiz Flávio; **Direito Penal Introdução e Princípios Fundamentais**. 2º Edição. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15º Edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. 45º Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Decreto nº 6.049 de 27 de fevereiro de 2007. **Aprova o Regulamento Penitenciário Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6049.htm. Acesso em: 13 de setembro de 2015

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em: 21 de agosto de 2015

BRASIL. Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 21 de agosto de 2015.

BRASIL. Lei nº 10.792 de 1º de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm. Acesso em: 12 de setembro de 2015

BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984 – **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 12 de setembro de 2015

BRASIL. Ministério da Justiça. **Relatório anual de índices prisionais – Transparência Institucional**. 2014.

BULOS Uadi Lammêgo. **Curso De Direito Constitucional**. 8º Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. **Os Direitos Humanos e o Papel da Organização dos Estados Americanos (OEA)**. Porto Alegre: Nubia Fabris, 2014.

CARVALHO, Salo De. **Crítica a Execução Penal**. 2º Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Salo De; Freire, Christiane Russomano; Regime Disciplinar Diferenciado: Notas Críticas à Reforma do Sistema do Sistema Punitivo Brasileiro. In: Carvalho, Salo De. (org.). **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DE 1969 – **Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/. Acesso em: 21 de agosto de 2015.

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos**. VII Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAUDT, Gabriel Pithan. **Reserva aos Tratados Internacionais de Direitos Humano**s. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS DE 1948. Disponível em: http://www.humanrights.com/pt/. Acesso em: 21 de agosto de 2015.

FREIRE, Christiane Russomano. A **violência do Sistema Penitenciário Brasileiro Contemporâneo – O caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Tr**atados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro De. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13º Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **Curso de Direito Administrativo**. 27º Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO, Gustavo Procópio Bandeira De. **Noções Básicas da Teoria Dos Princípios**; LEITE, George Salomão. (Org.). **Dos Princípios Constitucionais – Consideração em torno das Normas Principiológicas da Constituição**. 2º Edição. São Paulo: Método, 2008. Pág. 409 A 414.

MELO, Monica de; Pfeiffer, Roberto Augusto Castellanos. **Impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos nos Direitos Civis e Políticos**. In: Gomes, Luiz Flavio; Piovesan, Flavia. (Org.). **O sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal: Comentários à Lei 7.210 de 1984**. São Paulo: Atlas, 2004.

NETO, Luiz de Albuquerque Medeiros. **O Regime Disciplinar Diferenciado e Algumas de Suas Inconstitucionalidades**. Revista do IBCCRIM. São Paulo, 2009. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6º Edição. São Paulo: Método, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização Da Pena**. 2º Edição. São Paulo Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flavia. **A Incorporação, a Hierarquia e o Impacto dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro**. In: Gomes, Luiz Flavio. (Org.). **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14º Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia; (coord.). **O Sistema Interamericano De Proteção Dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2000.

PIVA, Otávio. **Comentários ao Artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Método, 2009.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes e de nulidade nº 70051007797. Relator: Des: Rogério Gesta Leal. 10 de Maio de 2013. Download disponível em: http://www.tjrs.jus.br/site/. Acesso em: 24 de agosto de 2015.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal – Teoria Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SÃO PAULO, Administração Penitenciária. **Resolução SAP – 49** de 17 de Julho de 2002. Disciplina o direito de visita e as entrevistas com Advogados no Regime Disciplinar Diferenciado. Disponível em: http://www.memorycmj.com.br/cnep/. Acesso em: 11 de setembro de 2015.

SÃO PAULO, Administração Penitenciária. **Resolução SAP – 026** de 4 de Maio de 2001. Regulamenta a inclusão, permanência e exclusão dos presos no Regime Disciplinar Diferenciado. Disponível em: http://www.memorycmj.com.br/cnep/. Acesso em: 11 de setembro de 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

A EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO APENADO E O CENÁRIO DO RIO GRANDE DO SUL

Lucas Andres Arbage[1]

RESUMO: O ensino superior se instituiu tardiamente no Brasil, apresentando como novidade a criação de variadas políticas de acesso. Todavia, existe parcela populacional desassistida em seu acesso: os apenados. Defende-se a instituição de políticas educacionais, em nível superior, como uma das formas de ressocialização dos apenados, já que o Brasil apresenta índice de cerca de 75% de reincidência e crescente população carcerária (3ª maior do mundo). Faz-se esboço histórico do ensino superior e se descreve como a pena e a educação escolar prisional são abordadas, afunilando-se a temática no Rio Grande do Sul. Conclui-se que existe o direito positivado dos apenados à educação, porém é negligenciado. O assunto é instigante, seja pela pouca literatura e/ou pelo caráter social e humano que contém.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Direito Penal. Ressocialização. Políticas Educacionais. Educação.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O ensino superior no Brasil: breve histórico. 3. Aspectos contemporâneos da pena e do direito à educação superior pelos apenados. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O ensino superior brasileiro é recente e está em constante evolução. Nos últimos anos são crescentes as políticas educacionais de acesso e inclusão. Ocorre que ainda assim existe parcela populacional desassistida e "sem voz", qual seja, os apenados. É nesse sentido que este artigo se insere, tencionando ampliar a discussão acerca do acesso dos apenados à educação, com enfoque no ensino superior.

[1] Advogado OAB/SC 40.125, Especialista em Direito Penal e Processo Penal, Mestrando em Educação pela Universidade Federal da Fronteira Sul - UFFS. E-mail: lucasaarbage@hotmail.com.

Objetiva-se suscitar quais são os mecanismos legais que permitem o acesso dos apenados a esta etapa de ensino e obter uma noção geral deste cenário. Para tanto, utiliza-se de bibliografias que tratam do tema e a própria legislação. Trata-se, do ponto de vista metodológico, de pesquisa de natureza qualitativa, exploratória de base documental.

Julga-se a temática como pertinente, pela pouca literatura existente, por se tratar de direito negligenciado e/ou não efetivado, além do caráter humano e social que a discussão detém. O artigo apresentará, primeiramente, um breve histórico do ensino superior no Brasil e após abordará aspectos legais e contemporâneos da pena e do direito dos apenados ao acesso à educação, enfocando e contextualizando em como a temática ocorre no Rio Grande do Sul – RS. Ao final, concluir-se-á se os apenados têm direito ao acesso ao ensino superior e serão feitos alguns questionamentos.

2 O ENSINO SUPERIOR NO BRASIL: BREVE HISTÓRICO

A colonização portuguesa no Brasil foi de caráter exploratório, sem preocupação com o desenvolvimento da colônia. A história da educação no Brasil tem como marco inicial o ano de 1549, com a chegada dos jesuítas. Quanto ao ensino superior, este tardaria ainda mais de três séculos para iniciar. O ensino superior no Brasil foi proibido por muitos anos por Portugal.

Alguns colégios jesuítas durante o período colonial mantinham cursos de filosofia e teologia, o que não significava a existência de ensino superior na colônia. Somente com a vinda da família real ao Brasil, em 1808, é que D. João criou o primeiro curso superior. No ano da chegada, criou-se o curso superior de Medicina na Bahia e após no Rio de Janeiro.

Em 1827, após a independência, o imperador D. Pedro I criou os cursos de Direito de São Paulo e Olinda. Formou-se assim, a tríade de cursos profissionais superiores: Direito, Engenharia e Medicina. Característica comum deste período, é que se tratava de cursos isolados e financiados pelo Estado.

A República é proclamada em 1889. Na época, 89% da população era analfabeta (ALENCAR, CARPI E RIBEIRO, 1996, p. 243). Com a proclamação da República, verifica-se entusiasmo com a educação, demonstrado, por exemplo, por meio da concepção do Ministério da Instrução Pública Correios e Telégrafos.

O processo de ampliação e diferenciação das burocracias pública e privada acarretou no crescimento da procura por uma educação secundária e superior. Isto foi ocasionado, principalmente, pelos interesses da burguesia cafeeira brasileira, posto que os latifundiários queriam filhos 'doutores'. Já os trabalhadores entendiam a importância da escolarização como maneira de ascensão social e profissional.

A instituição Universidade surge em 1909, com a Universidade de Manaus e, após, em 1911, com a Universidade do Paraná e a Universidade de São Paulo. Todavia as três universidades foram extintas, considerando-se como "passageiras", eis que tiveram efêmera duração. Por esta razão, entende-se que a primeira instituição de ensino superior do Brasil que assumiu o patamar de universidade, foi a Universidade do Rio de Janeiro, criada em 1920.

Comparando-se o Brasil com os demais países latino-americanos, na questão da constituição do ensino superior, verifica-se um grande atraso nacional. De acordo com Rossato (2005, p. 71), a primeira Universidade latino-americana é Peruana, atualmente em Lima, denominada de *Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, bem como na Cidade do México, com a universidade do México, ambas em 1551. Ou seja, a Universidade no Brasil surgiu com atraso de cerca de 360 anos em relação à primeira Universidade latino-americana.

O surgimento de universidades públicas, no referido período, como a Universidade de São Paulo, em 1934, marcou a forte expansão do sistema público de educação superior.

Anísio Teixeira afirma que entre o período de 1930 e 1950, o país vivenciou expressiva expansão do ensino superior. Neste interregno, criaram-se 95 novas instituições de ensino superior, saltando-se de 86 instituições, em 1930, para 181 instituições em 1945 (FAVERO, 1980, p. 36). A partir da década de 1940, o governo federal intensificou a expansão do ensino superior, aumentando-se o número de vagas e matrículas. O número de estudantes universitários mais do que duplicou entre as décadas de 1950 e 1960, chegando a quase 100 mil no início da década de 1960 (DURHAN, 2003, p. 9).

No decorrer de 1950 e 1960, sobreveio na sociedade brasileira intensa industrialização, o que demandava instrução da população para a ocupação dos novos cargos, mantendo-se a ampliação por vagas no ensino superior. A partir de 1946 surgiram às instituições privadas. Neste ano se reconhe-

ceu a Pontifícia Universidade do Rio de Janeiro e a Pontifícia Universidade de São Paulo, sendo as primeiras universidades privadas brasileiras.

No interregno entre 1930 (revolução industrial) e 1964 (golpe militar), foram criadas mais de 20 universidades federais no Brasil (DURHAN, 2003, p. 10), ou seja, um contínuo crescimento de ensino patrocinado pelo Estado. Na década de 1960 sobreveio mecanização rural e industrialização brasileira, gerando êxodo rural. Como consequência disto, expandiu-se o acesso ao então ensino de 1° e 2° graus, aumentando-se o número de candidatos à universidade.

Para conseguir abarcar toda esta população, aumentaram-se significativamente o número de matrículas nas instituições particulares. Em 1960 as mesmas representavam 43,5% do total, já em 1980, chegaram ao patamar de 62,4%, isto é, praticamente de cada três universitários, dois estudavam em instituição privada (DURHAN, 2003, p. 9).

Entre os anos de 1964 e 1968, em razão da influência política e econômica que os Estados Unidos exerciam sobre o Brasil, firmaram-se acordos denominados MEC-USAID. A reforma do ensino superior foi tardia em relação aos demais países da América Latina, sendo feita à luz da Doutrina de Segurança Nacional e num contexto em que o ensino superior assume relevância singular no desenvolvimento econômico e na modernização do país.

Em 1951, com o Decreto nº 29.741, é criada a Campanha Nacional de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (atualmente Capes), surgindo como caminho para potencializar a formação técnica dos docentes brasileiros.

Uma das alterações significativas deste período foi à departamentalização. Inicialmente tendo por escopo democratizar a universidade, eliminando o poder das cátedras e transferindo para o corpo docente o direito às decisões. Na prática, a reforma teve outro significado, com a reunião num mesmo departamento de todas as disciplinas afins, de modo a oferecer cursos num mesmo espaço, com menor gasto material e sem aumentar número de professores (CHAUÍ, 2000, p. 48).

Na década de 1970 o “milagre econômico” possibilitou maior demanda pelo ensino superior, principalmente pela melhora nas condições financeiras da classe média, com o crescimento dos recursos federais e do orçamento destinado à educação. O número total de matrículas passou de 101.691 em 1960, para 1.377.286 em 1980 (DURHAN, 2003, p. 9).

Na década de 1980 verifica-se que a crise econômica ocasionada pelo significativo crescimento da dívida externa do Estado, durante o período militar, bem como pela incerteza criada pelos altos índices de inflação, refletiram no ensino superior, tanto na esfera privada, quanto na pública. Constata-se neste período um crescimento dos cursos noturnos, principalmente no setor privado. Interessante destacar que a proposta do crescimento dos cursos noturnos aparece novamente no PNE 2014.

Passando-se para o período compreendido entre os anos de 1980 e 1990, destaca-se o extenso e gradual processo de redemocratização, iniciando-se com a queda da repressão política e prosseguindo com a eleição de um presidente civil pelo congresso em 1985 e a promulgação da Constituição Federal em 1988 e culminando com a primeira eleição direta para presidente da república em 1989.

Entre 1995 e 2003, no decorrer dos dois mandatos de FHC, ocorreram significativas mudanças nas políticas econômicas e sociais, entrando em vigência reformas importantes na área da educação, como por exemplo, a aprovação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB (Lei nº 9.394/1996).

O referido governo protagonizou relevante reforma do Estado brasileiro no sentido de sua racionalização. Isto culminou na privatização de empresas públicas, desregulamentação de aspectos relacionados à Administração Federal e, consequentemente, da administração pública, aplicando modelo de gestão das políticas sociais baseado na descentralização. Contraditoriamente à racionalização, em oito anos de governo não houve sequer um concurso público para os Institutos Federais (IFES). Nesse período, as principais ações destinadas para o ensino superior foram: a normatização fragmentada, consubstanciada num conglomerado de leis ajustando os mecanismos de avaliação; a criação do Enem e o fim da obrigatoriedade do vestibular como acesso à universidade; ampliação do poder docente na gestão universitária; fixação de novas tarefas do Conselho Nacional de Educação, dentre outras.

Sustentava-se ser necessária uma 'revolução administrativa' a fim de otimizar a produção universitária. O sucateamento das universidades federais foi ocasionado através da constrição dos salários e dos orçamentos, além da falta de reposição dos cargos. Houve forte privatização.

Ocorre que privatizar a educação superior num país em que a maior parte populacional tem condições financeiras precárias e existe concentra-

ção de renda em pequena parcela populacional, ocasiona uma inviabilidade ao acesso à educação superior para grande parte da população. Com este problema, decorre outro, que é a insuficiência de quadros qualificados, comprometendo o desenvolvimento do país.

O último período abordado conjuntamente é de 2003 até 2016. Neste interregno houve alternância no governo federal, com o PT assumindo, primeiramente com o presidente Luiz Inácio Lula da Silva e posteriormente com Dilma Roussef, a governança do Brasil. O primeiro mandato do presidente Lula foi marcado, no campo educacional, mais por permanências do que rupturas. Uma das primeiras iniciativas de Lula para o setor foi à edição do Decreto de 20 de outubro de 2003 que "institui Grupo de Trabalho Interministerial (GT) com a tarefa de interpretar o momento vivenciado e definir um plano de ação objetivando reestruturar, democratizar e desenvolver os IFES".

A criação de projetos de expansão do ensino superior pelo governo federal ganhou robustez, através dos quais se procurou não apenas uma expansão em perspectiva quantitativa, como também qualitativa. Como tentativa de ampliação ao acesso e permanência no ensino superior, criaram-se políticas e elementos como: o Fundo de Financiamento Estudantil (FIES) em 1999, o Programa Universidade Para Todos (PROUNI) em 2004, a Universidade Aberta do Brasil (UAB) 2005, o Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (REUNI) em 2007, o Plano Nacional de Assistência Estudantil (PNAES) em 2008 e o Sistema de Seleção Unificada (SISU) em 2009.

O relatório "Análise sobre a expansão das Universidades Federais 2003-2012" registra crescimento de 31% das universidades federais, de 45 unidades em 2003 para 59 em 2010 e crescimento de 85% dos campi, de 148 para 274 no mesmo período.

Todavia, ainda que se tenham criado diversas políticas públicas para incentivar e aumentar o acesso de brasileiros ao ensino superior reitera-se que praticamente nada foi feito nesse sentido para auxiliar os apenados que queiram estudar. Neste sentido, um apenado pensar em frequentar instituições de ensino superior é, infelizmente, um sonho distante.

Parte-se agora para um aspecto pouco abordado tanto na sociedade, quanto na literatura: o acesso e frequência dos apenados ao ensino superior.

3 ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS DA PENA E DO DIREITO À EDUCAÇÃO SUPERIOR PELOS APENADOS

O Estado é o responsável pelo 'poder-dever' punitivo de julgar e assegurar o cumprimento da pena imposta para quem infringe a lei. Para efetivar esta condição que lhe é atribuída, utiliza-se principalmente do Código Penal (CP) e Código de Processo Penal (CPP).

A fase da execução da pena pode ser entendida como fase autônoma e com peculiaridades distintas, tanto do CP, quanto do CPP, devendo respeitar e estar de acordo com direitos e garantias fundamentais, assegurando-se o devido processo legal.

Neste sentido, veja-se, inicialmente, como a Lei de Execuções Penais (LEP) aborda a questão do trabalho do apenado[2]:

> Art. 36. O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.
>
> § 1º O limite máximo do número de presos será de 10% (dez por cento) do total de empregados na obra.
>
> § 2º Caberá ao órgão da administração, à entidade ou à empresa empreiteira a remuneração desse trabalho.
>
> § 3º A prestação de trabalho à entidade privada depende do consentimento expresso do preso.
>
> Art. 37. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena.

Já no que se refere à questão educacional, assim dispõe a referida norma legal:

> Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:

[2] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em: 28/08/2016.

> II – frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução;

Portanto, como se pode depreender do texto legal, a autorização para saída temporária da instituição prisional somente é concedida a apenados que estejam no regime semiaberto. A jurisprudência é pacífica no sentido de não estender o benefício a apenados que ainda estejam cumprindo pena em regime fechado, todavia isso não significa que o apenado não poderá frequentar curso profissionalizante ou de Ensino Superior na modalidade à distância.

Através de pesquisa de informações estatísticas do sistema penitenciário nacional, realizada no ano de 2014, constata-se que no estado do Rio Grande do Sul existem apenas 10 unidades próprias para apenados que estejam no regime semiaberto, num universo total de 96 estabelecimentos prisionais deste estado (INFOPEN, p. 27). Quanto à ocupação do sistema prisional, o Rio Grande do Sul apresenta índice de 121%, ou seja, as instituições estão superlotadas (INFOPEN, p. 37).

A questão da natureza dos estabelecimentos prisional e do baixo número de unidades próprias para apenados que estejam no regime semiaberto é grave, pois na prática, mesmo já tendo direito de estarem em instituição prisional própria ao regime semiaberto, os presidiários permanecem em instituições prisionais que deveriam manter apenas os apenados que estão em regime fechado, o que além de ser ilegal, dificulta a ressocialização, pois nestas instituições não existem programas para atingir a finalidade restaurativa da pena, tampouco processos educativos.

Ao discorrer sobre o tratamento penitenciário, Francisco Bueno Arús, (1996, p. 7-8) em seu reconhecido artigo intitulado "Panorama comparativo dos modernos sistemas penitenciários", entende que existem duas categorias de tratamento ao apenado. Por um lado existem os conservadores, que defendem a "conservação da vida e da saúde do recluso (alimentação, assistência médica) e evitam a ação corruptora das prisões", por outro lado existem os reeducadores, os quais "pretendem influir positivamente sobre a personalidade do recluso e modelá-la. São os clássicos: instrução e educação, formação profissional, assistência psiquiátrica, assistência religiosa, postos sob a tônica das técnicas e diretrizes mais recentes"[3].

[3] Disponível em http://www.justitia.com.br/revistas/9058wa.pdf. Acesso em: 16/10/2016.

Entende-se que o segundo modelo de tratamento aos apenados é o mais adequado, já que assegura aos mesmos um processo que confere maior dignidade, fornecendo instrumentos para que ocorra sua reinserção social após o cumprimento da pena privativa de liberdade. Além disso, esse modelo vai ao encontro do que prevê a própria lei e algumas das finalidades do próprio sistema de execução penal, como por exemplo, a reabilitação e a ressocialização.

Neste modelo de tratamento, conforme o entendimento de Mirabete (2005) o programa de reeducação do apenado deveria constituir uma das bases fundamentais do próprio sistema de execução penal, uma vez que ao se abordar os temas da reeducação e ressocialização, deve ocorrer "intensa ação educativa", a fim de que o presídio não mantenha sua atual "função educativa", que é a de especializar o apenado no cometimento de crimes, mas sim que proporcione uma segunda (ou até mesmo primeira) chance ao apenado, a fim de que efetivamente seja integrado com a sociedade no momento que tiver sua liberdade concedida.

Neste aspecto, é interessante destacar que a atenção ao apenado se estende também quando este atinge a condição de egresso do sistema carcerário, posto que neste momento também deva receber assistência. É sabido que o mercado de trabalho é amplamente concorrido. Neste sentido, o Estado poderia/deveria pensar em alternativas para que quando esse apenado saísse da instituição prisional já o fizesse com um emprego.

Isso poderia ser feito por diversas maneiras. Por exemplo, hoje as empresas recebem múltiplos incentivos fiscais para contratarem apenados, de outro norte, não possuem nenhuma obrigatoriedade de manter essa contratação após o término do cumprimento da pena. Ou seja, bastaria uma alteração legal para que isso fosse alterado e certamente traria uma efetiva possibilidade de (re)ingresso no mercado de trabalho por parte dos egressos do sistema carcerário.

Além disso, essas parcerias/possibilidades de contratação são muito pouco difundidas em nossa sociedade. Aqui reside a maior problemática do assunto, que é a de começarmos a debater, a explorar o tema e principalmente a agir e buscar soluções para esse quadro crescente no número de seres humanos brasileiros que estão presos e sem nenhuma perspectiva de vida.

É interessante notar que já em 1930 o assunto era discutido e as conclusões eram as mesmas de hoje. Vejamos a compreensão de Candido Mendes de Almeida, ao apresentar, no X Congresso Penal e Penitenciário Internacional de Praga, a intitulada "Contribuição do Brasil" (1933, p. 222):

> *A rehabilitação dos egressos das prisões, condicional ou definitivamente, depende do amparo e da vigilância. Sem a possibilidade de uma occupação remunerada, o antigo encarcerado não terá meios para garantir a sua existência de modo honesto.*

Sobre a administração do presídio o autor argumenta que (1933, p. 223):

> *Essa administração deve preocupar-se com o futuro do condemnado para depois de sua soltura, procurando verificar as suas intenções quando solto e a veracidade da segurança de modo do trabalho a que deseja dedicar-se; examinando as promessas de collocação profissional, e procurando acautolar o preso, por meio de declaração authenticada do compromisso do futuro patrão. Em caso de não ser possível ao preso conseguir promessa de collocação, deve a administração do estabelecimento penal promove, com a conveniente antecipação, um emprego de accôrdo com as aptidões profissionaes do condemnado.*

Por fim, o mesmo autor concluiu acerca de como deve ser a vida do egresso do sistema penitenciário (1933, p. 224):

> *Um dos principaes elementos de defesa social é evitar que o antigo preso seja forçado a mudar de nome e a occultar o seu encarceramento como meio de obter trabalho honesto. Essa occultação põe o egresso nas mãos dos seus antigos companheiros de cárcere c dos seus desaffectos, que assim poderiam extorquir-lhe dinheiro, ou compellil-o a novos crimes, pelo receio de ser descoberto, com todas as consequências de delações directas ou anonymas.*

Assim como já ocorria em 1930, o "futuro" do egresso do sistema carcerário ainda hoje não é fácil. Entende-se que não é correto uma ruptura total do presidiário com o "meio de vida normal", visto que assim se dificulta a ressocialização e reintegração na sociedade.

É neste sentido que se defende e entende como imprescindível a aplicação de medidas direcionadas para a educação do apenado.

Conforme já frisado anteriormente, a preocupação com o problema prisional, a execução da pena e a humanização do sistema, está presente de longa data entre os estudos e trabalhos técnicos dos pesquisadores. Entende-se que os apenados sempre foram parcela populacional desassistida e 'sem voz', sendo talvez, juntamente com os indígenas, as parcelas populacionais mais alijadas do processo educativo público.

Prova disso é que somente no ano de 2015, através da Lei nº 13.163[4], que se incluiu no texto legal a questão da oferta do ensino médio aos mesmos. Vejamos:

> Art. 18-A. O ensino médio, regular ou supletivo, com formação geral ou educação profissional de nível médio, será implantado nos presídios, em obediência ao preceito constitucional de sua universalização.
>
> § 1º O ensino ministrado aos presos e presas integrar-se-á ao sistema estadual e municipal de ensino e será mantido, administrativa e financeiramente, com o apoio da União, não só com os recursos destinados à educação, mas pelo sistema estadual de justiça ou administração penitenciária.
>
> § 2º Os sistemas de ensino oferecerão aos presos e às presas cursos supletivos de educação de jovens e adultos.
>
> § 3º A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal incluirão em seus programas de educação à distância e de utilização de novas tecnologias de ensino, o atendimento aos presos e às presas.

Todavia, em que pese existir aparente preocupação com o assunto, pouca foi a progressão na efetivação e garantia do Direito ao acesso e permanência do apenado ao processo educativo na prisão.

É pertinente destacar a instituição do instituto da remição, que resumidamente significa a diminuição da pena pelo estudo e/ou trabalho. A legislação está em vigor pela Lei 12.433/2011. Antes disso, ficava a critério do juiz do caso decidir se o estudo diminuiria a pena total. Através do artigo

[4] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13163.htm#art2. Acesso em: 28/10/2016.

126, *caput* e parágrafo 1º, inciso I, da LEP, garantiu-se o direito ao apenado da remição da pena pelo estudo, na proporção de um dia de pena, para cada doze horas de frequência escolar, em qualquer nível, repartidas, no mínimo, em três dias.

Outra importante alteração da matéria refere-se quanto à perda dos dias remidos tendo o apenado cometido falta grave. O cometimento de falta grave não gera mais a perda integral dos dias remidos pelo apenado. Pela nova lei, em caso de cometimento de falta grave, o juiz poderá revogar até um terço do tempo remido, observado o disposto no art. 57 da LEP[5], segundo o qual: "Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão", recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar[6].

Com esta mudança, confirma-se que ao menos na teoria o caráter/desígnio da pena se destina a tentar recuperar o ser humano que tenha praticado um crime, com sua ressocialização, reintegração e não reincidência no cometimento de crimes.

Junto ao art. 6º, da CF/88, define-se a educação como um direito social do cidadão brasileiro. Isso ocorre, pois se objetiva instituir condições para que o indivíduo evolua como pessoa e profissional, adquirindo condições básicas a fim de viver em sociedade. Portanto, a educação constitui um direito fundamental, de maneira que o Estado deverá assegurar a todos o seu acesso. Entende-se que um dos desígnios da educação é desenvolver a pessoa para que possa atingir sua liberdade, através da obtenção do conhecimento; constituir para a cidadania, a plenitude dos direitos, e ainda, ir ao encontro do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao definir um direcionamento sintético acerca das diretrizes da educação brasileira, a CF/88 disciplina a matéria em seu art. 205. É consenso que o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos mais relevantes do Estado Democrático de Direito. Esta importância é comprovada, uma vez que os direitos sociais previstos no art. 6º da CF/88 estão intimamente ligados à dignidade dos seres humanos. Desta forma, é através do respeito

---

[5] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em: 28/10/2016.

[6] Atento a essa nova regra, inclusive, o STF concedeu de ofício a ordem em 3 (três) *Habeas Corpus* decidindo que o juízo da execução penal deveria reanalisar o caso dos pacientes. As três ações constitucionais foram relatadas pelo Min. Dias Toffoli, quais sejam: HC 109.163/RS, HC 110.070/SP e HC 109.034/SP, julgadas em 29 de novembro de 2011, Informativo de Jurisprudência 650. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo650.htm. Acesso em: 28/10/2016.

ao princípio da dignidade humana, com a possibilidade de que o apenado acesse e frequente escola e instituições de ensino superior, que será rompido seu ciclo de exclusão.

Portanto, ao passo que se atribui ao Estado o direito-dever de punir a pessoa que comete um crime, observando-se e respeitando-se os princípios inerentes ao devido processo legal, não se pode esquecer que o Estado, quando assume esta condição, também, se responsabiliza por fornecer a educação para os apenado, posto que os mesmos estão sob sua responsabilidade/guarda. Se a educação é entendida como direito, posto na CF/88 e na Lei de Diretrizes e Bases, tendo potencial orientador, formador e transformador dos sujeitos, porque não oferecê-la aos apenados?

Além de a educação prisional ser pouco difundida nas instituições penitenciárias, ainda se tem estas sendo taxadas de "escolas do crime". Aqui reside uma séria problemática sobre o tema, que é a de modificar um entendimento muito difundido em nossa sociedade, exemplificado através da expressão popular: "bandido bom é bandido morto".

Não é incomum constatar publicamente proposições no sentido de se estabelecerem penas mais rígidas, inclusive pela adoção da pena de morte ou de prisão perpétua, com casos de defesa de trabalho forçado ao apenado, dentre outras manifestações neste sentido. Estas manifestações demonstram desconhecimento quanto ao próprio desenvolvimento conceitual sobre o crime, a pena e a prisão.

Diante do exposto, questiona-se: se a educação é o caminho para o desenvolvimento da pessoa, como não ofertá-la para as pessoas que estão no presídio e em tese apresentam problemas de ordem de formação pessoal e profissional?

Parece claro que deve ser proporcionado o acesso e garantia de permanência em processos educativos para os apenados, principalmente em nível superior, posto que com esta formação que conseguirão obter um diferencial quando progredirem para regime de liberdade. Isto deverá ser concretizado através de políticas públicas voltadas com esta finalidade, estabelecendo parcerias entre as instituições de ensino superior e os presídios.

É neste aspecto que o processo educativo seria um instrumento de transformação da realidade, que é a de um sistema prisional falido e precário. Entende-se que o sistema prisional deveria fornecer aos presidiários

vários benefícios, os quais normalmente lhe são negados, como por exemplo, instrução (também profissional), assistência médica e psicológica. Todavia, para que isso ocorra, deve-se mudar a mentalidade e a visão que se tem do sistema prisional.

Amplamente difundido é o entendimento de que a prisão, apenas com finalidade de excluir e punir, não é benéfica para a sociedade, tampouco ao apenado. Ao abordar a razão da punição, Paulo José da Costa Junior (2000, p. 119) sustenta que:

> Modernamente, adotou-se um posicionamento eclético quanto às funções e natureza da pena. É o que se convencionou chamar de pluridimensionalismo, ou *mixtum compositum*. Assim, as funções retributiva e intimidativa da pena procuram conciliar-se com a função ressocializante da sanção. Passou-se a aplicar a pena *quia pecatum est et ut ne peccetur*. Nessa concepção pluridimensional, a ideia retributiva continuou como a ideia central do direito da liberdade.

É neste aspecto que se revela pertinente a preocupação em como será a vida do integrante do sistema carcerário, posto que não tendo um acompanhamento e atenção no período em que estiver preso, terá grande chance de reincidir no cometimento de crimes.

Ainda são poucos no Brasil os trabalhos e pesquisas acerca da reincidência criminal, a informação e os números que com maior frequência se apontam a existência de taxa de reincidência no Brasil de 75%. O relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário, por exemplo, em 2008, concluiu que a taxa de reincidência dos detentos em relação ao crime estava entre 70% e 80%, variando de acordo com a Unidade da Federação (UF)[7].

Conforme já destacado, o direito ao acesso à educação na execução da pena está bem delineado e expresso junto a LEP, definindo-se, através da mesma, os caminhos a fim de se atingir a ressocialização dos presidiários.

No estado do Rio Grande do Sul, 61% da população carcerária apresenta o ensino fundamental incompleto, seguido de 12% com ensino fundamental completo, 10% com ensino médio incompleto, 6% com ensino

[7] Disponível em https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiGmoWHwPfOAhXGqB4KHRhIADEQFggoMAM&url=http%3A%2F%2Fbd.camara.gov.br%2Fbd%2Fbitstream%2Fhandle%2Fbdcamara%2F2701%2Fcpi_sistema_carcerario.pdf%3Fsequence%3D1&usg=AFQjCNGyGU_Y5hyWa0VZSXFSz_Q58mRROg&bvm=bv.131783435,d.dmo. Acesso em: 06/10/2016.

médio completo e apenas 1% com ensino superior completo ou incompleto (INFOPEN, p. 59).

Entende-se que o acesso dos apenados ao ensino superior refletirá como um diferencial para quando progredirem para o regime de liberdade. Em outras palavras, contribuiria para que, quando progredissem para o regime aberto, pudessem conseguir empregos e não reincidir no cometimento de crimes. Isto deverá ser concretizado através de políticas públicas, estabelecendo parcerias entre instituições de ensino superior e prisionais.

Infelizmente o PNE 2014-2014 não traz texto específico que almeje a inserção dos apenados, mas entende-se que, ao carregar no Art. 2º inciso II a pretensão por "universalização do atendimento escolar" e, no inciso III superar as desigualdades educacionais "com ênfase na promoção da cidadania e na erradicação de todas as formas de discriminação" e, ainda, no inciso X promover os "princípios do respeito aos direitos humanos [...]", o PNE estaria aberto a incluir os apenados no sistema educativo.

Quanto às metas do PNE, a partir dos envolvidos com mais de 18 anos, com as ações destinadas para esta faixa de idade, na Meta 8, tem-se a intenção de elevar a escolaridade média da população de 18 a 29 anos por meio da educação de nível médio (8.2, 8.3) e técnico (8.4), nada sobre o ensino superior. O ensino superior ocupa espaço nas metas 12, 13 e 14, em especial, a estratégia 12.9, prevendo: "ampliação da participação proporcional de grupos historicamente desfavorecidos na educação superior, inclusive mediante a adoção de políticas afirmativas, na forma da lei", logo, que seja este um mecanismo que proteja o direito dos apenados ao acesso à educação superior.

O direito ao acesso à educação na execução da pena está expresso junto a LEP, definindo-se os caminhos a fim de se atingir a ressocialização dos apenados, existindo uma seção para tratar sobre sua assistência educacional, 'V', do art. 17 até o art. 21-A.

O Estado do Rio Grande do Sul apresenta 96 unidades prisionais. Dessas, 64 têm salas de aula, ou seja, 67% das unidades. Porém apenas 54 unidades, ou seja, 56% destas unidades têm pessoas estudando (INFOPEN, p. 119). Entende-se que este número além de ser baixo é preocupante, pois sequer se discute a qualidade da educação que é ofertada.

Por conseguinte, em que pese existir diversas normas que asseguram o direito à educação ao apenado, bem como pelo caráter, em tese, res-

socializador apregoado ao longo dos textos legais, poucas são as instituições prisionais que efetivamente proporcionam este direito. Além disso, pouco são os debates e avanços em torno dessa problemática.

Portanto, o direito social à educação dos apenados está sendo desrespeitado e somente será assegurado quando o Estado, ciente de seu dever de fornecer educação, estruturar projetos educacionais, inclusive com parcerias com instituições de ensino superior, fornecendo educação de qualidade, que verdadeiramente possa proporcionar uma possibilidade de ressocialização.

Por fim, entende-se que ao romper esta situação e modificando o sistema prisional, cumprindo-se com o que prevê a legislação pertinente ao tema, possibilitando aos apenados o acesso à educação, inclusive em nível superior, efetivamente poder-se-á falar em uma possibilidade de ressocialização e diminuição das taxas de reincidência no cometimento de crimes, diminuindo-se a desigualdade social e violência em nossa sociedade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática sobre o acesso de apenados ao ensino é escassa na literatura brasileira, sobretudo ao se tratar do acesso ao ensino superior. Por sua vez, o ensino superior brasileiro é recente e em constante evolução. Uma das novidades deste século é a edição de variadas políticas públicas inclusivas no que se refere ao acesso a este nível de ensino, como por exemplo, o aumento de instituições, cursos, vagas, bolsas de estudo, financiamento estudantil, dentre outros aspectos.

Propomo-nos a suscitar os mecanismos legais que viabilizam o direito de acesso ao ensino superior por parte dos apenados. Encontrou-se o mesmo disposto na CF/88, na LDB de 1996, no CPP e na LEP.

Assim, no ordenamento jurídico, encontra-se o Estado como o efetivo responsável pelo 'poder-dever' punitivo de julgar e assegurar o cumprimento da pena a ser imposta para quem infringe a lei. Todavia, quando o Estado tem sob sua responsabilidade um sujeito na condição de apenado, também assume responsabilidades para com ele. Uma destas responsabilidades/dever é a de proporcionar acesso à educação.

Constata-se que o problema não é a ausência de previsão legal de acesso ao ensino pelo apenado, mas sim a efetivação deste direito, que vem sendo desrespeitado há muito tempo e sequer se discute o assunto.

Defende-se que ao no momento que se romper com esta situação e se modificar o sistema prisional, cumprindo-se com o que prevê a legislação atinente ao tema, possibilitando-se aos apenados o acesso à educação, inclusive em nível superior, efetivamente poder-se-á falar em ressocialização e diminuição das taxas de reincidência no cometimento de crimes, fornecendo assim uma oportunidade (e o respeito a um direito expresso em lei) às pessoas que estão cumprindo pena.

Não se pode deixar de apontar algumas das inquietações que surgiram com este trabalho: Por que, ainda que positivado em lei, o direito dos apenados ao acesso ao ensino superior tem sido negligenciado? Os apenados conhecem este direito? As instituições de ensino superior abrem espaço para acolher os apenados? De quem é o papel de mobilizar (fazer acontecer) o acesso dos apenados ao ensino superior? Por que a temática é tão pouco discutida, inclusive no meio acadêmico?

Ainda que se esteja longe de ter um cenário positivo, entende-se que uma das primeiras etapas para a modificação do quadro do sistema carcerário brasileiro seja discutir a temática e buscar alternativas. Através do presente artigo, objetiva-se, assim, contribuir apresentando uma alternativa, que é a de fornecer educação de qualidade aos apenados e verdadeiramente emancipatória, a fim de contribuir com a diminuição da reincidência no cometimento de crimes, da desigualdade social e da violência.

5 REFERÊNCIAS

ALENCAR, Chico, CARPI, Lúcia, RIBEIRO, Marcus Vinício Toledo. 14. ed. revista e atualizada. **História da Sociedade Brasileira**. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1996.

BRASIL. Decreto de 20 de outubro de 2003. Institui Grupo de Trabalho Interministerial encarregado de analisar a situação atual e apresentar plano de ação visando a reestruturação, desenvolvimento e democratização das Instituições Federais de Ensino Superior – IFES. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 out. 2003. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/dnn/2003/Dnn9998.htm>. Acesso em: 11 set. 2016.

_____. Lei nº 5.540, de 28 de novembro de 1968. Fixa normas de organização e funcionamento do ensino superior e sua articulação com a escola média, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 dez. 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5540.htm>. Acesso em: 11 set. 2016.

_____. Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001. Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10172.htm>. Acesso em: 11 set. 2016.

_____. Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 de out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 set. 2016.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dez. de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 11 set. 2016.

_____. Lei de 11 de Agosto de 1827. Cria dois Cursos de Ciências Jurídicas e Sociais, um na Cidade de São Paulo e outro na de Olinda. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 02 março 1825. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-11-08-1827.htm>. Acesso em 06/10/2016.

_____. Lei no 5.692, de 11 de agosto de 1971. Fixa Diretrizes e Bases para o ensino de 1° e 2º graus, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 agosto 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5692.htm>. Acesso em: 11 set. 2016.

_____. Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 11 set. 2016.

_____. Lei no 12.343, de 29 de junho de 2011. Altera a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a remição de parte do tempo de execução da pena por estudo ou por trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 de junho de 2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12433.htm>. Acesso em: 11 set. 2016.

_____. Lei no 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 de junho de 2014. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm>. Acesso em: 11 set. 2016.

CHAUÍ, Marilena. **Escritos sobre a universidade**. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

DURHAM, E. R. **O ensino superior no Brasil: público e privado**. NUPES - Núcleo de Pesquisas sobre Ensino Superior. Universidade de São Paulo. 2003.

FÁVERO, M. L. A., **Universidade e Poder: Análise Crítica/Fundamentos Históricos: 1930-45**. Achiamé, Rio de Janeiro, 1980.

INFOPEN, **Levantamento Nacional de informações penitenciárias**. 2014. DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf. Acesso em: 11 set. 2016.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Código Penal Interpretado**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2005.

RELATÓRIO. **Análise sobre a expansão das universidades federais 2003 a 2012**. Brasília, 2012. Disponível em: < http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=12386-analise-expansao-universidade-federais-2003-2012-pdf&Itemid=30192>. Acesso em: 09 abr. 2016.

ROSSATO, Ricardo. **Universidade: nove séculos de história**. 2. ed. UPF Editora, 2005.

O TRIBUNAL DO JÚRI À LUZ DO CENÁRIO MIDIÁTICO: OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO DE MASSA COMO MOLA PROPULSORA DO ESPETÁCULO PUNITIVO

Vanessa Moreira Peres[1]
Sérgio Blattes[2]

RESUMO: Este ensaio busca analisar a influência que a mídia exerce diante do Conselho de Sentença no Tribunal do Júri. Nesse sentido, muitas vezes, a visão e a percepção dos fatos pela sociedade contemporânea dão asas para a construção do crime como espetáculo. Ademais, a oferta midiática de uma sequência de episódios sangrentos alimenta a opinião dos componentes do Júri. Assim, a análise efetuada conduziu a constatação da influência notória que a mídia exerce diante do Tribunal do Júri. Destarte, o presente trabalho, por meio de método de abordagem dedutivo, parte do âmbito geral para o específico evidenciando o predomínio da disseminação na sociedade de uma ideologia criminal norteada pela vingança punitiva. A partir da pesquisa empreendida, restou caracterizado que os meios de comunicação exercem forte poder de persuasão sobre a sociedade, o qual, geralmente, converge num discurso punitivo/vingativo. Desse modo, pode-se concluir que, para crimes de grande repercussão, o desaforamento não é um instituto eficaz para que se faça um julgamento norteado por juízes neutros.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal do Júri. Mídia. Criminalidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O poder persuasivo do cenário midiático na sociedade contemporânea. 3. O sistema processual penal acusatório como modelo constitucional probatório sob o reflexo do contraditório. 4. A cria-

---

[1] Advogada. É natural de Rosário do Sul/RS. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). Ex estagiária da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul na 2 ª DPE/SM - 2012/2014.

[2] Foi Conselheiro Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do RGS, nas gestões 1997/2000; 2006/2009 e 2009/2012, sendo que no primeiro mandato presidiu a Comissão de Orçamento e Contas e nos segundo e terceiro mandatos presidiu a Comissão de Fiscalização do Exercício Profissional. Integrou o Conselho Universitário do Centro Universitário Franciscano de Santa Maria e lecionou Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da mesma instituição de ensino. Cursou Ciências Criminais na Universidade de Ciências Econômicas de Buenos Aires nos anos 2012 a 2013. Presidiu o Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social de Santa Maria no período de 1992 a 1996. Exerceu a vereança em Santa Maria por dois mandatos (1978 a 1988). Foi Diretor de Recursos Humanos do Banco do Estado do Rio Grande do Sul de 1983 a 1986. Tomou posse, em 15 de dezembro de 2014, como Desembargador do Tribunal de Justiça, na vaga destinada ao Quinto Constitucional da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Rio Grande do Sul.

ção midiática de um julgamento público extrajudicial e a consequente violação constitucional da presunção de inocência do acusado. 5. A repercussão da histeria punitiva da mídia sobre o Conselho de Sentença; 6. Conclusão. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Este ensaio é fruto de uma semeadura de indagações que giram em torno da repercussão do discurso midiático pela repressão penal, em especial, no julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Nesse prisma, é inegável que os meios de comunicação desempenham um papel influenciador ímpar em decorrência da atual configuração da sociedade contemporânea.

Nesse viés, cumpre esclarecer que os veículos informativos são considerados como um apêndice de entretenimento e se prestam para a espetacularização da criminalidade. Esses meios de comunicação consistem num instrumento responsável pelo desenvolvimento complementar dos entes sociais. Logo, a mídia escrita, radiofônica, televisiva e virtual tem papel preponderante na formação cultural da população.

Nessa perspectiva, a visão e percepção dos fatos, pela sociedade contemporânea potencializada pelos meios de comunicação, dão asas para a construção do crime como espetáculo. Nessa medida, a oferta de uma sequência de episódios sangrentos aumenta a sensação de insegurança social e pode se refletir nos julgamentos do Tribunal do Júri de duas maneiras: gerando um sentimento genérico de necessidade de punição rigorosa e, consequentemente, criando uma tendência ao prejulgamento.

No cenário pátrio, o sistema processual penal é constitucionalmente acusatório, no qual a gestão da prova é um encargo específico da acusação e da defesa a fim de que o magistrado se mantenha afastado da arena das partes e faça *jus* ao seu dever de neutralidade. Esse modelo processual é revestido pelo contraditório, uma peça fundamental do processo criminal que propicia ao acusado o direito de defender-se das acusações contra ele imputadas. Ocorre que, os discursos midiáticos punitivos atentam contra esta garantia na medida em que apontam, precipitadamente, o acusado como criminoso, fazendo com que o contraditório seja ignorado.

A mídia, como empreendimento empresarial, depende do número de pessoas que acessam as suas informações, razão pela qual cada vez mais é dado destaque para notícias que causem impacto social. Não have-

ria preocupação se os fatos fossem somente noticiados, mas o que tem acontecido é que os *mass media* passam a assumir uma posição de coordenação e de controle, fazendo da notícia um espetáculo, com viés novelesco em que os fatos são selecionados, editados, manipulados em favor de uma coloração dramática e distorcida da realidade processual penal, de sorte a levar o público à construção de uma ideia – julgamento – divorciado da realidade de fato.

Nessa ótica, indubitavelmente, a regulação desse setor exige cautela e não deve esbarrar nem de leve na natureza do conteúdo ou do processo criativo de forma mais ampla. No entanto, do ponto de vista judicial é imperioso conhecer e buscar mecanismos capazes de identificar os problemas e criar condições para que o Tribunal de Júri não se transforme num palco homologatório do que dita a opinião publicada.

Assim, visualizando a materialização social oriunda da preponderância simbólica que norteia o signo midiático, busca-se analisar como a neutralidade dos juízes de fato, integrantes do Conselho de Sentença, é ou pode ser afetada por influência de notícias divulgadas sem os critérios exigidos pelo processo penal e, por consequência, ferindo as garantias constitucionais do réu e os fundamentos do Tribunal do Júri.

Nessa linha de raciocínio, a mídia não deve proceder de forma a criar um julgamento público extrajudicial, tendo em vista que o acusado é presumidamente inocente, isto é, não foi julgado com sentença em trânsito em julgado. No entanto, o clamor social por "justiça", juntamente com o atemorizante discurso midiático, acaba fazendo um julgamento antecipado do réu, enquadrando-o como socialmente culpado, antes de qualquer julgamento judicial, ferindo o instituto da inocência presumida.

Dessa maneira, prevendo a possibilidade de "contaminação" do jurado pela pressão social, é que o legislador promulgou, no ordenamento jurídico, o instituto do desaforamento. Todavia, há casos que, em virtude da repercussão midiática, alcançam notoriedade nacional, tornando impossível qualquer desaforamento.

Sendo assim, neste trabalho, serão utilizadas diversas técnicas, entre elas: a análise do ordenamento jurídico pátrio, assim como com a verificação de lacunas e, cumulativamente, também foi aderida a técnica de pesquisa bibliográfica com a análise de doutrinas. O embasamento teórico citado auferiu proveito no intuito de aprofundar o teor da pesquisa, obser-

var o modo pelo qual a propagação de episódios sangrentos pode abastecer negativamente o Conselho do Tribunal do Júri.

O método de abordagem da questão será o dedutivo, partindo do âmbito geral para o específico, em que fica evidente o predomínio da disseminação entre a sociedade de uma ideologia criminal norteada pela vingança punitiva. O método de procedimento é o histórico, pois parte do exame da realidade.

Outrossim, a abordagem do tema exposto é de suma importância na contemporaneidade, tendo em vista o seu atual prestígio e sua influência notória diante do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, pois é através da mídia que se verifica a possibilidade de ensinar, influenciar, modelar e manipular a opinião dos jurados. Afinal, este é o intuito pelo qual se justifica a proposição desse artigo.

2 O PODER PERSUASIVO DO CENÁRIO MIDIÁTICO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Primeiramente, releva expor que os meios de comunicação possuem um papel de destaque na formação da opinião pública. Nessa ótica, a linguagem audiovisual é demarcada pelo fim rápido, objetivo, direto e busca que a mensagem pretendida seja ampla e velozmente difundida. Ao referir meio de comunicação, incluem-se todos os meios tradicionais, rádio, televisão, jornais e revistas, mas também outros que servem como instrumentos de transmissão de mensagens que sejam notícias ou formas de marketing, como bem explica Mauro Venício Silva Filho:

> Mídia Tradicional: são os meios convencionais de comunicação. Exemplos: TV (aberta e a cabo), cinema, rádio, jornal, revista e outdoor. Mídia Alternativa: são novas formas de comunicação que vêm se constituindo e que não estão incluídas na lista tradicional. É também caracterizada no âmbito publicitário como espaço para veiculação de anúncios de publicidade e propaganda em locais inusitados e/ou fora do habitual, podendo ou não interagir com o público. Exemplos: *Internet, frontlight, bikedoor, busdoor*, relógios de rua, painéis (tipo de aeroporto), ônibus/metrô/avião, espaços em eventos, feiras, concursos, anúncios com tatuagens, anúncios em novas tecnologias[3].

[3] SILVA FILHO, Mauro Venício. *Os meios de comunicação*. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/setor/comercio-varejista/gestao-do-varejo/comunicacao/bia-964.4/BIA_9644>. Acesso em: 27 out. 2013.

Normalmente, é unicamente através da mídia que a população se informa dos acontecimentos contemporâneos, sem qualquer filtro ou visão crítica. Portanto, na atualidade, além de ser considerada uma fonte da informação, a mídia noticia e interpreta os fatos de acordo com a sua ideologia editorial.

Nessa senda, Lima traz algumas considerações sobre o valor simbólico da mídia:

> O poder simbólico, por sua vez, refere-se à capacidade de intervir no curso dos acontecimentos, de influenciar as ações e as crenças de outros e também criar acontecimentos, através da produção e transmissão de formas simbólicas. Para exercer esse poder, é necessária a utilização de vários tipos de recursos, mas, basicamente, usar a mídia, que produz e transmite capital simbólico[4].

Além disso, cumpre destacar que, algumas vezes, a mídia costuma apelar para a força das imagens para modelar opiniões e comportamentos sociais, mesmo que essas não propiciem uma interpretação literal. Assim, os veículos informativos oferecem espelhos daquilo que significa ser o certo ou errado, o justo ou o injusto para o seu público. Nessa esteira, Anderson Schreiber relata sobre os riscos das imagens:

> Em uma sociedade global ávida por notícias e informações e conectada em tempo integral com os novos e instantâneos meios de comunicação, são grandes os riscos de utilizações indevidas de imagens de arquivo, sobretudo se descontextualizadas no momento de sua reutilização[5].

Não se pode contestar a veracidade fática de que os meios de comunicação tornaram-se acessório informacional, podendo ser considerado um instrumento responsável pelo desenvolvimento complementar dos entes sociais. O *mass media*, como dito acima, não se limita mais aos meios de imprensa tradicionais do século passado, mas alarga-se cada vez mais na esteira dos avanços tecnológicos retirando a originalidade receptiva dos espectadores, adestrando-os conforme as suas abstrações ideológicas.

São claras as funções sociais, políticas e culturais da divulgação de informações e opiniões numa cultura contemporânea dominada pela mí-

---

[4] LIMA, Venício Arthur de Lima. *Regulação das comunicações*: História, poder e direitos. São Paulo: Paulus, 2011, p. 217.

[5] SCHREIBER, Anderson. *Direito e Mídia*. São Paulo: Atlas, 2013, p.159.

dia. Ocorre que, num mundo eletronicamente globalizado, esse setor transformou-se numa espécie de árbitro de gostos, valores, pensamentos e comportamentos, que lança modelos de opiniões a serem aderidos pelos entes sociais.

Nesse sentido, o audiovisual é referência diária de informações e, em virtude dessa relação cotidiana, acaba instigando, potencialmente, o destinatário da notícia a incorporar, na sua forma de ver o mundo, aquela ditada pelos meios. A denominada opinião pública, neste contexto, não passa da opinião publicada e adotada pela população sem maior exame crítico das informações que lhe são repassadas. Assim, a matéria é produzida sob o viés unilateral dos veículos informativos e despenca no meio social, permitindo a imediata reprodução de opiniões, críticas e comentários sobre os fatos noticiados.

Nesse prisma, Leão traz luz ao tema:

> Quanto mais as técnicas progridem, tanto mais a ética regride em vigência formativa e espontaneidade criativa. Por isso cresce hoje, cada vez mais, a metamorfose das sociedades em ajuntamento, da educação em adestramento, dos grupos em massa. É o caldo da cultura e da cultura dos meios eletrônicos de comunicação de massa[6].

Sendo a informação uma mercadoria utilizada para a propagação das ideologias midiáticas, a fronteira existente entre o emissor da notícia e os atores envolvidos na "obra" publicada é um ponto altamente lacunoso que abre espaço para que o sensacionalismo seja alicerce da matéria advertida.

Nessa visão, os alicerces comunicativos possuem um poder informacional persuasivo que coage o seu público. Ora, verdade que colabora para isto a capacidade do ser humano em compreender o audiovisual e, consequentemente, afirmar a existência de uma verdade diante de uma afirmação "autorizada", que as notícias veiculadas parecem ter numa presunção *juris tantum*. Soma-se a isto o fato de que a imperfeição humana pode levar a uma interpretação errônea da realidade. Na síntese do professor Anderson Schreiber:

> Na sociedade de informação, em que se desenvolvem mecanismos cada vez mais velozes de difusão de notícias, a ativi-

[6] LEÃO, Emmanuel Carneiro. *Ética e Comunicação*. In: KOSOVSKI, Ester (org.). Ética na Comunicação. 4.ed. Rio de Janeiro: Mauad X, 2008, p.19.

> dade da imprensa demonstra a sua capacidade de potencializar danos. Não apenas a falsa notícia ou o dano sensível podem causar danos uma vez publicizados; também a opinião desfavorável ou negativa a respeito de certa pessoa, em princípio inofensiva (ou pouco ofensiva) quando mantida na esfera das relações pessoais de seu emissor, pode ocasionar lesões de grande escala à dignidade da pessoa a que se refere quando difundida por veículos de informação[7].

No ramo jurídico, verificam-se consequências negativas oportunizadas pelo indevido uso das tecnologias informacionais. Estas são ferramentas poderosas de registros, processamento e propagação dos discursos midiáticos e ideológicos, que podem levar (e frequentemente levam) a uma simplificação informativa que acaba gerando falsos consensos, ou um senso comum simplificado ou grosseiro, invertendo o sentido real dos acontecimentos.

Sylvia Debossan Moretzsohn frisa sobre a intenção manipuladora da mídia para a conformação de opiniões:

> O que se pode afirmar, com segurança, é que há uma intenção em influenciar – o que implica, recorrentemente, a manipulação, ou seja, a deturpação ou a veiculação parcial de informações, ou mesmo a seleção de uma série de informações verdadeiras para uma edição que as contextualize de maneira enganosa[8].

Assim, pelos motivos já elencados, é imperioso lançar um cuidado especial sob os olhos e ouvidos dos vulneráveis espectadores a fim de evitar que as armadilhas inverídicas do cenário midiático os abracem.

2.1 INFORMAR E PUNIR: DA CREDIBILIDADE MIDIÁTICA AO SENSACIONALISMO CRIMINAL

É inegável a atração fatal existente entre mídia e criminalidade, visto que, cada vez mais, os veículos informativos privilegiam notícias criminais, em especial, as mais grotescas e repugnantes que auxiliam na difusão do medo. Ocorre que, muitas vezes, o campo midiático ultrapassa as barreiras

---

[7] SCHREIBER, Anderson. *Direito e Mídia*. São Paulo: Atlas, 2013, p.305.

[8] MORETZSOHN, Sylvia Debossan. Mídia e Sistema Penal: O Senso Comum Criminológico e as Dificuldades de um Discurso à Contracorrente. In: BUDÓ, Marília De Nardin; OLIVEIRA, Rafael Santos de. (org.). M*ídias e Direitos da Sociedade em Rede*. Ijuí: Editora Unijuí, 2014, p.

do possível e emite uma visão sensacionalista do cenário criminal para a população consumidora de notícias.

No mesmo diapasão de entendimento, frisa o criminalista Marcelo Di Rezende Bernardes:

> A mídia e os discursos políticos constroem a cultura do medo quanto à criminalidade e, com de fim de conquistar maior audiência, os meios de comunicação adotam o tema "crime" como a mola propulsora do seu noticiário, transformando tudo em espetáculo, causando comoção popular, permitindo, dessa forma, introduzir premissas a serem seguidas por meio da construção da "opinião pública"[9].

A violência é um produto de consumo que invade os meios de comunicação de massa. Assim, o sucesso criminal e a visibilidade do mal se incorporaram à agenda midiática. Nessa medida, os meios de comunicação de massa podem abarcar todos os sentidos dos receptores, isto é, telespectadores, ouvintes e leitores, de modo que os olhos e ouvidos fiquem vulneráveis a sua série de registros informacionais. E, quando a propagação midiática se trata de matéria criminal, é que o audiovisual se torna ainda mais atrativo e, consequentemente, sob ele se lançam diversos olhares punitivos.

Essa influência é legitimada diante de um discurso ideológico repressivo que acaba sendo incorporado pela população, na medida em que consome o "produto" da notícia-crime. A mídia, ao mesmo tempo em que dá acesso à informação, tenta formar a opinião pública direcionando uma mensagem carregada de conteúdo valorativo que, em certa medida, estereotipa certas situações, cria inverdades e generaliza enfoques e dados.

Nesse contexto, Marília de Nardin Budó adverte que:

> O aumento do encarceramento, o surgimento das leis penais mais gravosas e a difusão de um sentimento de insegurança por parte da população demonstram a lógica punitiva. Na sociedade atual, não é possível desconsiderar ou mitigar o papel dos méis de comunicação de massa nesse processo. É necessário um suporte material por onde os discursos punitivistas possam fluir. E esse suporte, na socieda-

9 BERNARDES, Marcelo Di Rezende. *A atração fatal existente entre mídia e criminalidade*. In. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, n. 14, Porto Alegre: Magister Ltda, out/nov/2006, p.40.

> de de informação, é preponderantemente dado pela comunicação de massa[10].

A respeito disso, também, Luiz Flavio Gomes leciona:

> A mídia dramatiza as informações relacionadas à violência, apresenta a criminalidade por meio de estereótipos, condena (com sua publicidade) pessoas que ainda são presumidas inocentes, difunde o discurso de endurecimento das penas, amplia o alarme social gerado pela violência, espalha o medo, tenta influenciar (não raramente) no resultado dos julgamentos jurídicos e é seletiva (evita, muitas vezes, noticiar nomes de pessoas ou empresas que possam lhe trazer complicações ou prejuízos)[11].

Frente a uma sociedade obcecada pelo controle e pela segurança, os meios fazem visível o espaço do medo, uma vez que exploram e jogam com os limites de sua representação. Hoje o medo é difuso, um temor ante o imprevisível que alimenta o grande negócio da segurança. A partir disso, o medo se tem convertido em uma matéria prima rentável. Com efeito, uma das técnicas de articulação do setor midiático é a promoção da comoção pública, a qual, consequentemente, desencadeia o clamor social, o pleito por "justiça" pelos espectadores. Nesse sentido, a mídia pode se tornar parte das estratégias da defesa ou de acusação.

Nesse diapasão, a contribuição de Marília de Nardin Budó é de suma importância, pois a pitada da mídia é tempero fundamental para que os espectadores alterem rapidamente a o seu pensamento e as suas ideias: "De fato, a difusão de um sentimento de insegurança, muito alienado pelos *mass media*, vem provocando o que se tem chamado de um populismo penal, utilizando, através da linguagem do povo, as simplificações extremas a respeito do crime"[12].

Em síntese, os meios de informação abastecem os sentidos da população do séc. XXI e, consequentemente, exercem um controle social infor-

---

[10] BUDÓ, Marília de Nardin. *Newsmaking Criminology:* O papel dos intelectuais na construção de um novo discurso sobre o crime na mídia. In: Revista de Estudos Criminais, n.50, Porto Alegre: Síntese, jul/set/2013, p. 135.

[11] GOMES, Luiz Flavio. *Mídia, Segurança Pública e Justiça Criminal*. In: Revista Magister de Direito Penal E Processual Penal, n. 21, Porto Alegre: Magister Ltda, dez/jan/2008, p. 84.

[12] BUDÓ, Marília de Nardin. *Newsmaking Criminology*: O papel dos intelectuais na construção de um novo discurso sobre o crime na mídia. In. Revista de Estudos Criminais, n.50, Porto Alegre: Síntese, jul/set/2013, p. 139.

mal. Ocorre, entretanto, que, em muitos casos, a informação não é inocente, situação em que reflete uma ameaça para ação jurídica desde o instante que emite falsas informações ou oferece um "julgamento", antes dos próprios sentenciantes.

Convém destacar que, por mais repugnante que o crime possa parecer, este fato não pode implicar na perda dos direitos concedidos pela Lei Fundamental ao réu, em especial, no contexto deste texto, a garantia de qualquer acusado não ser prejulgado socialmente pelo *mass media*, pois não pode ser excluída a hipótese do suspeito pela prática do crime ser inocentado ao final da persecução penal.

Note-se que há uma invasão indevida dos meios de comunicação social no ramo jurídico. Verdade que a imprensa não pode ficar alheia ao interesse causado pelo crime, mas não pode agir como difusor de conceitos erráticos sobre direito penal ou deturpar os fatos com objetivos comerciais de aumentar audiência ou tiragem. Logo, é imperioso dar prestígio ao processo penal acusatório a fim de que as formas de liberdade individual do acusado sejam filtradas sob o reflexo do contraditório. Neste contexto, serão lançadas algumas considerações de impacto no próximo ponto do trabalho.

3 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO COMO MODELO CONSTITUCIONAL PROBATÓRIO SOB O REFLEXO DO CONTRADITÓRIO

O plano do sistema processual penal é constitucionalmente acusatório, garantindo o manejo de um processo ético, limpo, sem surpresas, com regras definidas e conhecidas pelos dois pilares da lide: acusação e defesa.

Nessa ótica, Aury Lopes Jr. Apresenta as características do sistema penal acusatório:

> a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
>
> b) a iniciativa probatória deve ser das partes;
>
> c) mantém o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta de prova, tanto de imputação como de descargo;
>
> d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);

e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente);

f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);

g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa);

h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;

i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;

j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição[13].

O objetivo central deste modelo processual penal é garantir que o acusado não fique sujeito a abusos do poder estatal, nem sujeito a julgamento por juiz que não seja neutro. Nas palavras do mesmo doutrinador: "O sistema acusatório assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal"[14].

A figura do juiz neutro faz parte do modelo acusatório, em que a gestão da prova é um encargo específico da acusação e da defesa. Assim, é incumbência das partes investigar e escrever o caderno probatório para a elucidação dos fatos. O processo acusatório-democrático exige uma separação de funções no intuito de que o magistrado se mantenha afastado da arena das partes e faça jus ao seu dever de imparcialidade. Logo, a limitação das esferas de atuação deságua no fato de que a persecução criminal só pode ser maquiada pelos litigantes.

Tendo, por espelho, a igualdade de tratamento e oportunidades às partes, é imprescindível que o plano processual penal seja revestido pelo contraditório, em que serão postos em pauta a valorização do homem e a dignidade da pessoa humana. Como visto, o juiz passa apenas a julgar, deixando para as partes, autor e réu, as funções de acusação e defesa.

---

[13] LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 109.

[14] Idem.

Portanto, o réu passa a ser visto como sujeito de direitos e não apenas como objeto do processo, situação em que se valerá o seu direito ao contraditório.

Nessa raia, cabe esclarecer que o contraditório é uma peça fundamental do processo criminal, que busca exatamente reconstruir, formalmente, fatos pretéritos. Para tanto, ao réu deve ser garantido o direito de defender-se das acusações a ele imputadas, manifestando-se, diretamente, sobre as provas carreadas pelos acusadores. Com efeito, o acusado é tratado como sujeito de garantias legais e, fazendo-se valer disso, contribui com mais uma peça, a qual é essencial para a confecção do caderno probatório.

Confortando a tese em tela, Nereu José Giacomolli defende que: "A defesa não tem o encargo probatório, mas apenas uma oportunidade processual de provar, no contraditório endoprocessual, as suas alegações e a fazer a contraprova do afirmado pela acusação"[15].

Evidente que estes direitos do réu não são minimamente garantidos quando da midiatização do processo penal, isto é, quando o fato apontado como criminoso é tratado pela imprensa, o contraditório é ignorado. Com efeito, o problema ganha magnitude quando as "notícias" invadem o processo e contaminam a neutralidade do juiz.

A Lei Fundamental encontra-se no ápice do ordenamento jurídico e, sendo norma hierarquicamente superior às demais, faz com que as suas garantias sejam supremas, lançando o seu manto imperativo às infraconstitucionais. No contexto processual penal, é defeso a estas afastarem-se do princípio acusatório e do rol de garantias processuais previstas na Carta Magna, visto que a eficácia de qualquer intervenção penal não pode estar atrelada à diminuição das garantias individuais do acusado.

Cabe frisar que os ditames constitucionais devem ser respeitados como garantias de justiça, principalmente, quando o tema em debate é a liberdade. Nesse prisma, o princípio processual penal da não culpabilidade, ou da inocência, exige que ao acusado seja assegurado o direito de somente ser considerado culpado após sentença penal transitada em julgado, pedra basilar do sistema acusatório, está inscrito na Constituição Federal no art. 5º, inciso LVII.

---

[15] GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) Do Processo Penal*: Considerações Críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.8.

Portanto, é consagrado o princípio da presunção de inocência, que configura um fundamento sistemático e estrutural do processo acusatório, base de um modelo processual penal que tenha como objetivo respeitar a dignidade e os direitos essenciais da pessoa humana. Assim, tal assunto é versado no próximo tópico da pesquisa.

4 A CRIAÇÃO MIDIÁTICA DE UM JULGAMENTO PÚBLICO EXTRAJUDICIAL E A CONSEQUENTE VIOLAÇÃO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA DO ACUSADO

De plano, convém destacar que a mídia tem exercido um papel que não lhe cabe, ou seja, antecipar-se ao julgamento legal e, através do controle sobre a opinião pública, gerar antecipadamente a consenso de que o acusado é culpado. Assim, a interpretação dos fatos que terminarão por se constituir na opinião pública (publicada) não guarda compromisso com os princípios constitucionais garantidores dos direitos individuais. Somando-se a este cenário tormentoso midiático, os conflitos decorrentes da falta de diálogo entre direito e comunicação envolvem, não raras vezes, uma colisão de direitos fundamentais: presunção de inocência versus liberdade de expressão. Assim, o direito desta em que "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença" choca-se frequentemente com o direito de que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado".

Conforme se abstrai da letra da lei, a tutela constitucional, em síntese, garante ao acusado não ser prejulgado culpado. Este princípio, é lógico, não se aplica tão somente à questão judicial, mas a todo o tratamento dado a quem esteja sendo acusado, incluindo-se a mídia. No entanto, o clamor social por "justiça" juntamente com o atemorizante discurso midiático acabam fazendo um julgamento antecipado do réu, enquadrando-o como socialmente culpado, antes de qualquer julgamento judicial. O instituto da inocência presumida é, portanto, garantia fundamental e instituto essencial para o estado democrático de direito.

É notório que a utilização indiscriminada e voraz dos meios de comunicação pode comprometer a dignidade da pessoa retratada em prol de um quadro midiático tendencioso, que não hesita em dramatizar os fatos, tratando-os como mecanismo de conquista de espectadores, sem qualquer garantia constitucional de presunção de inocência do réu.

Jornais impressos, revistas, o noticiário televisivo e radiofônico dedicam significativo espaço para este tipo de notícia e constroem narrativas baseadas na emoção e na força das imagens. Neste viés, Anderson Schreiber lança a sua explanação a respeito do tema:

> Por mais que seja disseminado no ambiente jornalístico e publicitário que uma imagem vale mais que mil palavras, não se pode descurar da necessidade de sua contextualização, além da escolha adequada da imagem em face do conteúdo da informação ou publicidade que se almeja veicular, sob pena de incorrer em usos indevidos[16].

O direito à liberdade de expressão também é uma das garantias fundamentais dos cidadãos e um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Mas para que a expressão saia da letra fria e se materialize, seja através de ondas sonoras, na forma escrita ou de qualquer outra maneira, preciso que haja igual liberdade em usar os meios disponíveis de comunicação para que a mensagem seja transmitida de forma eficiente e sem distorções. Só assim o direito à liberdade de expressão ganha a sua essência informativa e pedagógica.

Há se der reforçada a importância de que os dispositivos legais da Carta Magna têm o mesmo status e, como tal, devem ser tratados de forma igualitária. Dentro de tal perspectiva, não é possível atribuir maior ou menor grau de validade a um ou outro princípio (liberdade de expressão e presunção de inocência). Mas nenhum princípio é absoluto, motivo pelo qual podem sofrer uma relativização para que chegue ao topo do ordenamento jurídico pátrio, lugar que está reservado à dignidade da pessoa humana.

Com efeito, cumpre destacar que a relatividade é uma das principais características que norteia a órbita principiológica dos direitos fundamentais, ou seja, estes não se revestem de caráter absoluto, em caso de tensão entre eles cabe o sopesamento de um sobre o outro no intuito de que o mais adequado seja o escolhido para solucionar o conflito. Nesta seara, Robert Alexy refere que:

> No caso de colisão entre os princípios a solução não se resolve com a determinação imediata de prevalência de um princípio sobre o outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um

[16] SCHREIBER, Anderson. *Direito e Mídia*. São Paulo: Atlas, 2013, p.159.

deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe prevalência[17].

É de suma importância destacar que os princípios constitucionais assumem papel de magna relevância nos dias atuais, imprescindíveis ao exercício do Estado democrático de direito e às necessidades sociais de prevenção e repressão da criminalidade. O princípio da inocência não impede a divulgação dos fatos criminosos, mas não permite o prejulgamento, isto é, a imputação de culpado a quem não foi julgado com sentença em trânsito em julgado. Logo, a mídia não pode proceder de forma a criar um julgamento público extrajudicial.

Existem vários meios de noticiar um fato criminoso, sem ofertar uma visão exacerbada e diversa da real. Não se trata de limitar ou proibir a exibição dos casos delituosos através do audiovisual, mas sim da vedação da transmissão do sensacionalismo criminal. Sendo assim, os veículos informativos devem abster-se dos seus discursos atemorizadores e incriminadores para cumprir a sua função social para que o resultado seja exitoso e benéfico a todos.

O ensaio, em síntese, noticia um olhar jurídico, dentre as dimensões da relação de comunicação social, uma dupla potencialmente conflituosa: quanto aos difusores, a liberdade de expressão e comunicação e, no que tange aos destinatários, os direitos suscetíveis de serem afetados pela divulgação de fatos ou opiniões midiáticos. A tutela legal, no que tange os direitos dos cidadãos em face da mídia deve entrelaçar-se à proteção da sociedade, a fim de que uma programação possuidora de conteúdo de qualidade e de respeito às garantias individuais seja ofertada.

Tendo em vista o embasamento auferido neste tópico, restou claro que a mídia pode abastecer pejorativamente o cenário jurídico contemporâneo. Neste painel, os veículos informativos norteados por uma histeria punitiva podem orientar o trabalho e a neutralidade dos componentes do Tribunal do Júri. Sob tal aspecto, versará a próxima peça do quebra-cabeça em síntese.

5 A REPERCUSSÃO DA HISTERIA PUNITIVA DA MÍDIA SOBRE O CONSELHO DE SENTENÇA

[17] ALEXY, Robert apud ÁVILA, HUMBERTO. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2006, p.51-2.

Preliminarmente, o Tribunal do Júri é um instrumento de garantia do acusado que contempla os valores de liberdade e democracia. É uma instituição voltada para um confronto dialético de ideias, onde a realização do direito é feita sob uma arena de embates entre acusação e defesa.

No mesmo diapasão, Sandro Roberto Vieira[18] aduz que:

> Certamente nestes exemplos, defensores e promotores de justiça, deixam de lado a letra da lei e partem para o lado emocional, comovendo assim os jurados sobre suas teses adotadas, não poderia ser de outra forma, pois se formado o convencimento pela mídia nada adiantaria apenas falar dos direitos do acusado.

O surgimento do Júri no Brasil encontra o seu ponto de partida na lei de 18 de junho de 1822, a qual tinha a competência exclusiva para os julgamentos dos crimes de imprensa, conforme ensina Machado[19].

Confortando a temática da historicidade da instituição do Júri, o doutrinador supracitado explica que:

> Em suma, no Brasil, a instituição do Júri surgiu num contexto liberal e se afirmou em momentos de distensão política na mesma medida em que desapareceu, ou debilitou-se, nos momentos políticos de maior tensão e autoritarismo; sinal de que essa instituição continua cumprindo o seu destino histórico de vinculação aos contextos políticos caracterizados por uma certa atmosfera liberal, ou seja, contextos comprometidos com os valores da liberdade e da democracia[20].

Posteriormente, com o advento da Lei Suprema, esta atribuiu a competência de julgamento dos crimes dolosos contra a vida para o Tribunal do Júri, em seu artigo 5º inciso XXXVIII: "É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida".

Além disso, aquele dispositivo legal não só o manteve no rol das garantias fundamentais, mas também cuidou de torná-lo intangível ao elevá-

---

[18] VIEIRA, Sandro Roberto. *Tribunal do Júri é a Justiça em circulação.* Disponível em:< http://www.conjur.com.br/2009-set-11/apesar-divergencias-tribunal-juri-justica-circulacao>. Acesso em: 27 out. 2013.

[19] MACHADO, Antônio Alberto Machado. *Curso de Processo Penal*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.177.

[20] Idem. p.179.

-lo à condição de cláusula pétrea, descrita no seu art. 60, § 4º, inciso IV: "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais". Assim sendo, sequer por via de emenda constitucional será permitido suprimir a jurisdição do Tribunal do Júri, sequer por via de emenda constitucional, uma vez que se trata de garantia fundamental da pessoa humana a quem se imputa a prática de crime doloso contra a vida.

Ainda, cumpre salientar que, na hipótese de conexão entre crime doloso contra a vida e outro da competência originária do juiz singular, prevalecerá a do primeiro (art. 78, inciso I, do CPP). É um regulamento que segue um rito procedimental diferenciado e encontra-se previsto nos artigos 406 a 497, do Código de Processo Penal Pátrio. Nesse compasso, Eugênio Pacelli ilustra que:

> O tribunal do Júri é composto pelo Juiz-Presidente e pelo Conselho de Sentença. Este é integrado por sete jurados leigos, isto é, por pessoas do povo, escolhidas por meio de sorteio em procedimento regulado minudentemente em lei. O Juiz-Presidente é órgão do Poder Judiciário, integrante da carreira, daí porque denominado juiz togado.
> Ao juiz-Presidente caberão a direção e a condução de todo o procedimento, bem como a lavratura da sentença final, após as conclusões apresentadas pelo corpo de jurados, por meio de respostas aos quesitos formulados previamente sobre as questões de fato e direito[21].

O corpo de jurados é formado por sete cidadãos que são sorteados aleatoriamente dentre 25 pessoas do povo de notória idoneidade e capacidade para serem os representantes do povo no julgamento dos crimes dolosos contra a vida, que estão taxativamente enumerados no art. 74, §1º, do Código de Processo Penal.

Insta asseverar que os jurados são juízes de fato, logo, estão submetidos às mesmas regras processuais dos juízes togados, inclusive quanto à suspeição e impedimento, conforme reza o art. 448,§ 2º, CPP: "Aplicar-se-á aos jurados o disposto sobre os impedimentos, a suspeição e as incompatibilidades dos juízes togados". Assim sendo, entende-se que o corpo de jurados está sujeito às mesmas prescrições de impedimento, suspeição dos juízes togados, como forma de garantir que o julgamento não recaia num

[21] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 208v.

ciclo defeituoso e prejudique as garantias do acusado. Tal circunstância remete à leitura dos artigos 252 e 254, do CPP:

> Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:
> I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;
> II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;
> III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;
> IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.
>
> Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:
> I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;
> II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;
> III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;
> IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;
> V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;
> VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

Nesse viés, cumpre destacar que o corpo de jurados pode se inserir no rol supracitado (por suspeição ou impedimento), na medida em que pode se contaminar por um conhecimento extraprocessual adquirido pelos discursos midiáticos punitivos. Com efeito, é difícil afirmar que a neutralidade norteará o decreto lançado pelo júri, pois cada integrante já caminhará para o plenário familiarizado com os fatos e as circunstâncias do crime, ou seja, já terá uma ideia pré-concebida a respeito do caso em julgamento.

Nesse sentido, Antônio Alberto Machado[22] explica que: "O tribunal leigo, sobretudo em face da criminalidade crescente nas grandes cidades,

[22] MACHADO, Antônio Alberto Machado. *Curso de Processo Penal*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.174v.

tem decido muitas vezes com acentuado rigor, sem qualquer tipo de receio ou subserviência".

A mídia significa uma ameaça para ação jurídica desde o instante que emite falsas informações ou oferece um "julgamento", antes do próprio Conselho de Sentença. Assim, é evidente o fato de que o corpo de jurados é composto por cidadãos-reféns dos veículos informativos, visto que são pessoas leigas, sem formação jurídica, e sem o prévio entendimento de que ao juiz exige-se neutralidade, o que flagra a sua dificuldade em separar as informações adquiridas através do audiovisual dos fatos apresentados. Logo, os jurados podem ser facilmente influenciados pela mídia, contaminados com reportagens apelativas, fazendo com que a decisão tomada seja viciada pelo prejulgamento, que não raro é potencializado pela oratória das partes.

Em confronto com a explanação supracitada, Aury Lopes Júnior[23] explana que: "Os jurados estão muito suscetíveis a pressões e influências políticas, econômicas e, principalmente, **midiáticas**" (grifo nosso).

Os jurados, ao examinarem o caso sob julgamento, devem manter o seu compromisso de neutralidade para que a decisão seja proferida dentro dos ditames da justiça. Caso contrário, se durante a persecução criminal, forem atingidos pelo lançamento de fatos exteriores ao Tribunal, sofrendo uma interferência maléfica, deverão ser inclusos no banco de suspeitos ou impedidos para proferir a sentença no plenário do Júri. Logo, nota-se que os meios de comunicação atuam como mola propulsora do espetáculo punitivo, representando, sem sombra de dúvidas, um verdadeiro atentado ao julgamento dos réus pelo Tribunal do Júri.

Há de serem lançados diversos olhares ao fato de que, antes da pessoa ser lançada ao banco dos réus no Tribunal do Júri, ela pode ter sido antecipadamente condenada pelos veículos informativos. Nesse caso, o jurado não trilhará o caminho do plenário para conhecer os fatos à luz do que emerge dos autos, pois, em virtude da propagação dos discursos midiáticos, ele já "possui conhecimento suficiente" sobre os fatos, o que poderá fazer com que o júri sirva apenas para homologar um prejulgamento já firmado.

À luz do princípio do juiz natural, extraído da interpretação do inciso XXXVII, do art. 5º, inciso LIII, que reza: "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente", torna-se imperativo que a

[23] LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.1061.

designação do julgador deverá ser feita de forma desvinculada de qualquer acontecimento concreto ocorrido ou que venha a ocorrer. Com efeito, a imparcialidade do Judiciário e a segurança do povo contra o arbítrio estatal encontram no princípio do juiz natural, uma de suas garantias indispensáveis, exigindo-se que o Estado sob a figura do Tribunal do Júri, deva ser neutro e técnico no que tange à aplicação do seu voto para a decisão proferida no Conselho de Sentença.

É exigível que o Poder Judiciário Brasileiro conduza um julgamento coerente, desde o momento da denúncia até a sentença final, sem qualquer forma de influência na base da legitimidade popular. Para tanto, é fundamental que o corpo de jurados, alvos dos meios de comunicação em massa, cubra com uma venda os seus preconceitos, pré-julgamentos e experiências anteriores ofertadas pelo cenário midiático sobre os crimes dolosos contra a vida para que a liberdade de uma pessoa, presumidamente, inocente possa ser decidida de forma justa.

Noutro cenário, é de suma importância destacar que, em alguns casos, o desaforamento é uma medida imperativa como forma de deslocar a competência para o julgamento do processo, conforme segue abaixo:

> Art. 427. Se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas.
>
> Art. 428. O desaforamento também poderá ser determinado, em razão do comprovado excesso de serviço, ouvidos o juiz presidente e a parte contrária, se o julgamento não puder ser realizado no prazo de 6 (seis) meses, contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia.

Com efeito, verifica-se que o diploma legal supracitado estabelece que a ordem pública, a dúvida sobre a imparcialidade do Júri, a dúvida em relação à segurança pessoal do réu e a inobservância do prazo de 6 (seis) meses para realização do julgamento como motivos legais capazes de ensejar o desaforamento. Esta é uma medida de caráter excepcionalíssimo, visto que a regra geral determina que o réu seja julgado no local onde é

acusado de ter cometido o fato delituoso, nos moldes do art. 70, do CPP. Com efeito, ocorre a derrogação de competência para o julgamento do crime doloso contra a vida a fim de que o réu seja julgado de forma justa, num local sem interferências positivas e, principalmente, negativas, em relação ao corpo de jurados que formarão o Conselho de Sentença.

Vê-se que o legislador previu a possibilidade de "contaminação" do jurado pela pressão social e permite o desaforamento. Mas há casos que, pela repercussão midiática, alcançam notoriedade nacional, tornando impossível qualquer desaforamento.

5.1 OS REFLEXOS NEGATIVOS GERMINADOS DO CHOQUE ENTRE OS VEÍCULOS INFORMATIVOS E O CONSELHO DE SENTENÇA DO TRIBUNAL DO JÚRI EM ALGUNS CASOS CRIMINAIS NACIONAIS

Os cadernos midiáticos nacionais, sem sombra de dúvidas, acabam formando a opinião individual dos componentes do corpo de jurados de modo que a sua opinião a respeito do fato em julgamento no plenário do Júri já está filtrada pelos mandamentos ideológicos da mídia.

Assim sendo, tal circunstância pode ser tornar um verdadeiro atentado ao julgamento dos réus no Tribunal do Júri. Portanto, há de serem lançados diversos olhares ao fato de que, antes da pessoa ser elencada no banco dos réus no Tribunal do Júri, ela já foi antecipadamente condenada pelos veículos informativos, o que torna cristalina a violação da sua presunção de inocência.

O pleito por "justiça" e o populismo penal nortearam famosos casos criminais do cenário nacional, dos quais são emblemáticos os seguintes casos recentes: "casal Nardoni", "goleiro Bruno", e, o mais recente, "caso do menino Bernardo Uglione Boldrini, morto em Frederico Westphalen". Estes se incluem no rol dos fatos verídicos que denunciam a vulnerabilidade do Poder Judiciário em face à mídia sensacionalista. Logo, fica difícil afirmar que existe uma neutralidade nesses juízes de fato.

Casal Nardoni, capa da edição 2057 de 23 de abril de 2008 da revista Veja[24]: "Foram eles":

[24] LINHARES, Juliana. *Frios e dissimulados.* Disponível em: <http://veja.abril.com.br/230408/p_084.shtml> Acesso em: 08 jun. 2014.

Casal Nardoni, matéria intitulada por: "Frios e dissimulados Pai e Madrasta mataram Isabella, numa sequência de agressões que começou ainda no carro, conclui a polícia":

> O "monstro" que matou a menina Isabella e que seu pai, Alexandre Nardoni, em carta divulgada à imprensa, prometeu não sossegar até encontrar estava, afinal, diante do espelho. E a mulher, que também em carta afirmou ser a criança "tudo" na sua vida, ajudou a matá-la com as próprias mãos[25].

Caso do Goleiro Bruno, matéria intitulada por: "A turma do churrasco se transformou em quadrilha":

> Crimes orquestrados pelo goleiro Bruno e executados com ajuda dos amigos incluem assassinato, sequestro, ocultação de cadáver e corrupção de menor.
> Bruno, o único interessado diretamente no sumiço de Eliza, e seu braço direito, Luiz Henrique Ferreira Romão, o Macarrão, são, até o momento, os mais enrolados. Estão denunciados pelo Ministério Público do Rio por sequestro. Mas não demora para os outros cinco suspeitos e o adolescente começarem, no esquema "salve-se quem puder", a tentar escapar de uma lista de acusações que inclui subtração de incapaz, agressão, sequestro, cárcere privado, homicídio, ocultação de cadáver, corrupção de menor e, consequentemente, formação de quadrilha[26].

Caso do menino Bernardo Boldrini, matéria intitulada por: "Leandro Boldrini, o psicopata dublê de médico e monstro":

> [...] Qualquer pai do mundo inteiro estaria desesperado com o desaparecimento de uma criança utilizando o Poder Público para encontrá-lo, Leandro Boldrini foi se divertir na cidade ao lado com sua esposa como se nada houvesse de anormal. O médico Leandro Boldrini era um cidadão acima da média social de Três Passos e poderia mover todas forças de segurança para localizar o menino Bernardo caso estivesse realmente determinado a missão. Ao invés disto, o médico Leandro Boldrini telefonou para a Rádio Farroupilha de Porto Alegre sussurrando o nome de Bernardo sem informar que se tratava de

[25] LINHARES, Juliana. *Frios e dissimulados*. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/230408/p_084.shtml> Acesso em: 08 jun. 2014.

[26] ERTHAL, João Marcello. *A turma do churrasco se transformou em quadrilha*. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/a-turma-do-churrasco-se-transformou-em-quadrilha> Acesso em: 08 jun. 2014.

> seu filho, o descrevendo repetidas vezes como 'esse menino'... Neste meio tempo, o médico Leandro Boldrini comentou com um amigo também médico chamado Celestino Ambrosio Schmitt que caso ele se interessasse em comprar órgãos de criança ele poderia negociar em razão que estava sendo acusado de matar e sumir com o corpo de seu filho Bernardo. O humor negro desumano do Leandro Boldrini nos permite concluir que Leandro Boldrini é tal um dublê de médico e monstro...[27]

Com base nas explanações supracitadas, é inegável que capas das revistas, ilustrações, fotos, palavras de forte efeito emocional formam o sensacionalismo da matéria informativa dos veículos de comunicação brasileiros. Em face disso, os efeitos negativos dessa propagação midiática convergem para a criação de um pré-julgamento, ultrapassando, assim, limites éticos e a presunção de inocência do acusado. Existem vários meios de noticiar um fato criminoso, sem ofertar uma visão exacerbada e diversa da real. Não se trata de limitar ou proibir a exibição dos casos delituosos através do audiovisual, mas sim da vedação da transmissão do sensacionalismo criminal.

Os membros do Tribunal do Júri são pessoas que podem ser facilmente influenciadas e manipuladas de forma consciente ou inconsciente, através do reflexo da posição midiática. É flagrante que toda a informação vendida pela mídia pode influenciar a decisão do jurado, fazendo-o agir muito mais com a emoção e com os pré-conceitos disseminados pelos veículos de comunicação do que com a razão e imparcialidade. Assim sendo, fundamental que o corpo de jurados, alvos dos meios de comunicação em massa, cubra com uma venda os seus preconceitos, prejulgamentos e experiências anteriores ofertadas pelo cenário midiático sobre os crimes dolosos contra a vida para que a liberdade de uma pessoa, presumidamente, inocente possa ser decidida de forma justa.

6 CONCLUSÃO

Feita uma abordagem acerca dos reflexos que a mídia exerce sobre o Tribunal do Júri, fica a certeza de que o assunto destaca-se pela sua atualidade e relevância, e também pela sua complexidade e amplitude, o que ocasiona que sobre ele se lancem diversos olhares.

O Tribunal do Júri é dos instrumentos mais democráticos para julgamento de membros da sociedade que comentam delitos, embora só se

[27] SCHWEITZER, Jorge. *Leandro Boldrini, o psicopata dublê de médico e monstro*. Disponível em: <http://taxiemmovimento.blogspot.com.br/2014/05/leandro-boldrini-o-psicopata-duble-de_8.html> Acesso em: 08 jun. 2014.

aplique aos crimes dolosos contra a vida, que são a toda evidência os mais graves. Todavia, desde sua gênese, houve preocupação com a possibilidade de os jurados sofrerem influência extraprocessual e serem levados à decisão predeterminada, adotada mesmo antes do julgamento pelo júri, a ponto de que é prevista a hipótese do desaforamento. Mas há casos em que o simples desaforamento não se apresenta como solução.

O desaforamento parte de um cenário onde as notícias eram regionalizadas, não alcançavam a amplitude global de hoje. Com a expansão do alcance dos meios de comunicação e da democratização do acesso a todas as mídias, determinados crimes terminam por alcançar tamanha repercussão que não há lugar dentro do país no qual os aspectos processuais e extraprocessuais são difundidos, discutidos e julgados pela população. Ou, em outras palavras, não é possível um território neutro.

As explanações suso elencadas conduziram à constatação de que os meios de comunicação exercem forte poder de persuasão sobre a sociedade, a qual geralmente é baseada num discurso punitivo/vingativo, sendo lógico concluir que, para crimes de grande repercussão, o desaforamento não basta para que se façam julgamentos por juízes neutros.

Assim sendo, conclui-se que, em face do prejulgamento desencadeado pela contaminação midiática sofrida pelos julgadores de fato, mesmo em hipóteses de desaforamento, o Tribunal do Júri, constitucionalmente previsto, não garante ao réu um julgamento isento, pois os integrantes do Conselho de Sentença são levados ao Tribunal com uma ideia preconcebida, dispostos a decidir independentemente do que possa ser demonstrado em plenário.

7 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert *apud* ÁVILA, HUMBERTO. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2006

BRASIL. **Código de Processo Penal**, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

_____. **Código Penal**, Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

_____. **Constituição Federal**. 5 de outubro de 1988.

BAYER, Diego Augusto. **Mídia e Sistema Penal: uma relação perigosa.** In. Revista Síntese, n. 79, Porto Alegre: Síntese, abril/mai/2013.

BERNARDES, Marcelo Di Rezende. **A atração fatal existente entre mídia e criminalidade**. In. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, n. 14, Porto Alegre: Magister Ltda, out/nov/2006.

BUDÓ, Marília de Nardin. **Mídia e Controle Social: da construção da criminalidade dos movimentos sociais à reprodução da violência estrutural**. Rio de Janeiro: Revan: 2013.

_____. Newsmaking Criminology: **O papel dos intelectuais na construção de um novo discurso sobre o crime na mídia**. In: Revista de Estudos Criminais, n.50, Porto Alegre: Síntese, jul/set/2013.

CLEINMAN, Betch. **Mídia, Crime e Responsabilidade**. In. Revista de Estudos Criminais, n. 01, Porto Alegre: Magister Ltda, 2001.

CORRÊA, Diego Ayres. **Os meios de comunicação de massa e sua influência no desenvolvimento da histeria punitiva e na ampliação da repressão**. In. Revista de Estudos Criminais, n. 03, Porto Alegre: Magister Ltda, 2001.

ERTHAL, João Marcello. **A turma do churrasco se transformou em quadrilha**. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/a-turma-do-churrasco-se-transformou-em-quadrilhal> Acesso em: 08 jun. 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) Do Processo Penal: Considerações Críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Luiz Flavio. **Mídia, Segurança Pública e Justiça Criminal**. In: Revista Magister de Direito Penal E Processual Penal, n. 21, Porto Alegre: Magister Ltda, dez/jan/2008.

LIMA, Venício Arthur de Lima. **Regulação das comunicações: História, poder e direitos**. São Paulo: Paulus, 2011.

LINHARES, Juliana. **Frios e dissimulados**. Disponível em:<http://veja.abril.com.br/230408/p_084.shtml> Acesso em: 08 jun. 2014.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MACHADO, Antônio Alberto Machado. **Curso de Processo Penal**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES, Jader. **Tribunal do Júri: Considerações críticas à Lei 11.689/08 de acordo com as Leis 11.690/08 e 11.719/08**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MORETZSOHN, Sylvia Debossan. **Mídia e Sistema Penal: O Senso Comum Criminológico e as Dificuldades de um Discurso à Contracorrente**. In: BUDÓ, Marília De Nardin; OLIVEIRA, Rafael Santos de. (org.). **Mídias e Direito da Sociedade em Rede**. Ijuí: Editora Unijuí, 2014.

NASSIF, Aramis. **O novo júri brasileiro conforme a Lei 11.689/08, atualizado com as Leis 11.690/08 e 11.719/08**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

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

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri: Visão linguística, histórica, social e jurídica**. 4. ed. revista e atualizada até julho de 2012. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Direito e Mídia**. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHWEITZER, Jorge. **Leandro Boldrini, o psicopata dublê de médico e monstro**. Disponível em: <http://taxiemmovimento.blogspot.com.br/2014/05/leandro-boldrini-o-psicopata-duble-de_8.html> Acesso em: 08 jun. 2014.

VIEIRA, Sandro Roberto. **Tribunal do Júri é a Justiça em circulação**. Disponível em:< http://www.conjur.com.br/2009-set-11/apesar-divergencias-tribunal-juri-justica-circulacao>. Acesso em: 27 out. 2013.

MEDICINA LEGAL COMO MEIO GARANTIDOR DA JUSTIÇA

Luana Bonamigo[1]
Graziela de Oliveira Kohler[2]

RESUMO: "A arte de pôr conceitos médicos aos serviços da administração da Justiça" (Lacassagne). "A aplicação das ciências médicas ao estudo e solução de todas as questões especiais, que podem suscitar a instituição das leis e a ação da Justiça" (Legrand Du Saule). A Medicina Legal é um ramo vasto e complexo, que tem por objetivo unir a Medicina e o Direito com o propósito de trazer clareza a determinadas situações jurídicas. O objetivo do presente artigo é explanar os diversos campos de atuação da Medicina Legal, demonstrando com exemplos práticos que a esfera de ação da matéria vai além da perícia criminal. Ainda, será desenvolvida a grande importância do instituto como forma de alcançar a justiça. O método empregado é o analítico, com utilização do estudo bibliográfico. Os resultados absorvidos foram no sentido de que a Medicina Legal é um ramo indispensável e valoroso para alcançar respostas e, portanto, tem papel fundamental como meio garantidor de Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Judiciário. Justiça. Medicina Legal. Perícia

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Medicina Legal. 3. Campos de Atuação nas Ciências Jurídicas. 4. Garantidora de Justiça. 5. Conclusão. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

É notório que a aplicação do Direito não pode ser realizada de forma única e exclusiva baseada na legislação, são necessários outros conhecimentos para que se possa alcançar a justiça com os processos judiciais. O judiciário brasileiro, atualmente, conta com diversos profissionais de outras áreas, além das Ciências Jurídicas, que possuem função essencial para

1 Graduanda do Oitavo Semestre do Curso de Bacharelado em Direito; Centro Universitário da Serra Gaúcha (FSG); Estagiária na Justiça Federal, Núcleo de Caxias do Sul, com o Juiz responsável Rafael Martins Costa Moreira; lu_bonamigo_14@hotmail.com

2 Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) Graduada em Bacharelado em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA); graziela.kohler@fsg.br

prosseguimento das ações. Uma das áreas de maior destaque no campo de atuação como auxiliar da justiça é a Medicina Legal.

O cerne do presente artigo é explanar os diversos campos de atuação da Medicina Legal, demonstrando com exemplos prático s que a esfera de ação da matéria vai além da perícia criminal. Ainda, será desenvolvida a grande importância do instituto como meio garantidor de justiça.

Para que o objetivo seja cumprido será realizada, primeiramente, uma análise da inserção da Medicina Legal no Brasil e a influência estrangeira. Em segundo momento será feita uma classificação do tema levando em consideração a destinação da área nos casos concretos. Desse modo, será alcançado o cerne da presente artigo.

A metodologia de estudo empregada é a Analítica. O método analítico será realizado em conjunto ao estudo bibliográfico. Na abordagem do tema, será aplicada as obras de Genival Veloso de Franca, Médico e Advogado, reconhecido nacionalmente por sua produção científica com enfoque na Medicina Legal.

2 MEDICINA LEGAL

2.1 DEFINIÇÃO E REFERÊNCIAS EXTERNAS

"A Medicina Legal é uma ciência de largas proporções e de extraordinária importância no conjunto dos interesses da coletividade, porque ela existe e se exercita cada vez mais em razão das necessidades da ordem pública e do equilíbrio social"[3]. De acordo com o trecho anterior, redigido por Genival Veloso de França, a Medicina Legal tem vital espaço no cenário social.

Nesse sentido, é fundamental expor que a área não é uma especialidade médica, pois aplica o conhecimento de diversos ramos da Medicina de acordo com as solicitações do Direito. É uma ciência baseada na sistematização de métodos e técnicas com o objetivo determinado, sem, contudo, se restringir a uma só área da Medicina. Além disso, é uma disciplina de amplas possibilidades e de grande proporção, em razão de não se deter a uma ciência hipocrática, e sim da construção de um estudo em que várias especialidades médicas se fundem com fragmento de outras ciências, destacando a ciência do Direito[4].

[3] FRANÇA, Genival Veloso de. *Fundamentos da Medicina Legal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 2014. p. 1.

[4] FRANÇA, Genival Veloso de. *Fundamentos da Medicina Legal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 2014. p. 1-3.

A Medicina Legal é uma importante e fundamental ciência forense auxiliar, sendo incumbida de realizar perícia nas áreas de sua competência[5]. Hélio Gomes assevera que "não basta ser simplesmente um médico para que se julgue apto a realizar perícias, como não basta a um médico ser simplesmente médico para que faça intervenções cirúrgicas". Prossegue o autor enfatizando que são necessários estudos mais "acurados, treino adequado, aquisição paulatina da técnica e disciplina". Ainda, corrobora que nenhum médico está apto a ser perito apenas pelo fato de ser médico, é indispensável possuir educação médico-legal, conhecimento da legislação que rege a matéria, noção de resposta nos quesitos pleiteados, bem como prática em redação dos laudos periciais. Finaliza no sentido de que sem esses prévios conhecimentos toda a sua sabedoria médica será perigosa e estéril[6].

Para Genival Veloso de França o perito médico-legal, muitas vezes, é transformado em verdadeiro juiz de fato, cuja conclusão é decisiva e terminante em decisões judiciais[7]. Tourdes afirma que "os médicos resolvem as questões, e os juízes decidem as soluções", ainda menciona que "sua importância resulta da própria gravidade dos interesses que lhes são confiados, não sendo exagerado dizer que a honra, a liberdade e até a vida dos cidadãos podem depender de suas decisões[8]. Hélio Gomes ressalta que "o laudo pericial, muitas vezes, é o prefácio de uma sentença"[9]. Portanto, pode-se concluir que a missão do perito é de um verdadeiro juiz de fato[10].

Para Odon Ramos Maranhão[11] é "a ciência de aplicação dos conhecimentos médico-biológicos aos interesses do Direito constituído e à fiscalização do exercício médico-profissional". Ainda, Hélio Gomes[12] menciona que "é o conjunto de conhecimentos médicos e paramédicos destinados a servir ao Direito, cooperando na elaboração, auxiliando a interpretação e colaborando na execução dos dispositivos legais atinentes ao seu campo de ação de medicina aplicada". Simonin corrobora que "a Medicina Legal aparece com uma tríplice complexidade por sua natureza médica, seu espírito jurídico e seu caráter social[13].

---

[5] COSTA, Luís Renato da Silveira; COSTA Bruno Miranda. *A Perícia Médico-Legal Aplicada à Área Criminal*. 2 ed. Campinas: Millennium. 2015. p. 1

[6] GOMES, Hélio. *Medicina Legal*. 29ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

[7] FRANÇA, Genival Veloso de. *Fundamentos da Medicina Legal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 2014. p. 2

[8] 2004, *apud* França, p. 1

[9] GOMES, Hélio. *Medicina legal*. 33. ed. Rio de Janeiro: Frei Bastos, 2004. 1958, p 21

[10] FRANÇA, Genival Veloso de. *Fundamentos da Medicina Legal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 2014. p. 2

[11] MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso básico de medicina legal*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 25

[12] GOMES, Hélio. *Medicina legal*. 33. ed. Rio de Janeiro: Frei Bastos, 2004. 1958, p 21

[13] SIMONIN, Camilo. *Medicina Legal Judicial*. 2 ed. Barcelona: JIMS. 1966.

Consoante, William Douglas, Abouch Valenty Krymchantowski e Flávio Granado Duque[14]:

> Na busca da solução dos problemas judicias, a Medicina Legal socorre-se das mais diversas fontes. Podemos citar: física (fotografia, radiografia, balística), química (toxicologia, exames de laboratório), anatomia (normal e patológica), biologia, microbiologia, patologia, parasitologia.

Outrossim, de acordo com o entendimento de Francisco Silveira Benfica e Márcia Vaz em Medicina Legal Aplicada ao Direito[15]:

> O perito médico-legista, médico com especialização em Medicina Legal, deve, no exercício de suas atribuições, evitar qualquer interferência que possa constrangê-lo em seu trabalho, não admitindo em qualquer hipótese subordinar sua apreciação a qualquer fato ou situação que possa comprometer sua independência intelectual e/ou profissional.

De acordo com Luís Renato da Silveira Costa e Bruno Miranda Costa, a Medicina Legal é uma especialidade médica que se adequa a observância das normas jurídicas junto à ciência, métodos, técnicas e procedimentos próprios da profissão, com o intuito de dar respostas às questões biológicas que o campo do Direito não possui entendimento[16].

A Medicina Legal, Brasil, teve grande influência francesa, alemã e italiana. A nacionalização da área ocorreu com a entrada de Agostinho José de Souza Lima, na Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, cujo inaugurou o primeiro curso de prática tanatológica forense[17].

A atividade médico-legal apenas foi regulamentada em 1854, através do Decreto nº 1.740, de 16 de abril, criando junto à Secretaria de Polícia da Corte a Assessoria Médico-Legal, que tinha como prerrogativa realizar "exames de corpo de delito e quaisquer exames necessários para a averiguação dos crimes e dos fatos como tais suspeitados". Além disso, em 24 de abril de

---

[14] DOUGLAS, William, KRYMCHANTOWSKI, Abouch Valenty; DUQUE, Flávio Granado. *Medicina Legal à Luz do Direito Penal e Processual Penal*. Rio de Janeiro: Impetus. 2001. p. 21

[15] BENFICA, Francisco Silveira. VAZ Márcia. *Medicina Legal Aplicada ao Direito*. São Leopodo/RS: Editora Unisinos, 2003.

[16] COSTA, Luís Renato da Silveira; COSTA, Bruno Miranda. *A Perícia Médico-Legal Aplicada à Área Criminal*. 2. ed. Campinas: Millennium. 2015, p.2

[17] FRANÇA, Genival Veloso de. *Fundamentos da Medicina Legal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 2014. p. 3

1896, foi instituído na Bahia o Serviço Médico-Legal junto a Secretaria de Polícia e Segurança Pública[18].

O curso de Medicina Legal foi proposto por Rui Barbosa, que conseguiu aprovar na Câmara dos Deputados um Decreto criando a Cátedra de Medicina Legal nas Faculdades de Direito de todo o país[19].

De acordo com Hélio Gomes[20]:

> A partir da segunda metade o século XIX, a aplicação do método científico às ciências biológicas modificou a postura dos médicos com relação às doenças. Paulatinamente, foram surgindo às especialidades clínicas e cirúrgicas. A Medicina Legal, como caudatária deste desenvolvimento, passou a ser considerada como ciência, uma forma de medicina aplicada.

Atualmente, a prática médico-legal brasileira é uma atividade oficial e pública. O ofício é exercido nos Institutos Médicos-Legais localizado nas capitais e no Distrito Federal. Ainda, o interior do país conta com os Postos Médico-Legais.

2.2 CLASSIFICAÇÂO

A Medicina Legal é classificada sob a ótica Histórica, Profissional, Doutrinária e Didática, de acordo com o entendimento de Genival Veloso de França[21].

A perspectiva Histórica, diz respeito às fases evolutivas da ciência. Divide-se em Medicina Legal: Pericial – voltada aos interesses da administração da justiça –, Legislativa – que contribui na elaboração e revisão das leis –, Doutrinária – contribui na discussão dos elementos subsidiários que sustentam o conhecimento médico-legal – e Filosófica – tem como objetivo discutir os assuntos relacionados à ética, à moral e à bioética[22].

A perspectiva Profissional está ligada a prática médico-legal relacionada à Medicina Legal Pericial, Criminalística e Antropologia Médico-Legal.

---

[18] FRANÇA, Genival Veloso de. *Fundamentos da Medicina Legal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 2014. p. 4

[19] FRANÇA, Genival Veloso de. *Fundamentos da Medicina Legal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 2014. p. 4

[20] GOMES, Hélio. *Medicina Legal*. Atualizador Hygino Hercules. 33. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.p. 21.

[21] FRANÇA, Genival Veloso de. *Fundamentos da Medicina Legal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 2014. p. 5

[22] FRANÇA, Genival Veloso de. *Fundamentos da Medicina Legal.* 2 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 2014. p. 5

Por fim, a perspectiva Didática subdivide-se em Medicina Legal Geral e Medicina Legal Especial.

A Medicina Legal Geral estuda a Deontologia – obrigações e deveres – e a Diceologia – direitos – relacionado aos profissionais do ramo, além disso, o assunto que orienta os peritos médicos no exercício da profissão.

Já a Medicina Legal Especial subdivide-se em: Antropologia – investiga a identidade e identificação médico-legal e judiciária –, Traumatologia – relacionada às lesões corporais de acordo com o posto de vista jurídico e os fatos causadores do dano –, Sexologia – analisa a sexualidade sob o enfoque normal, anormal e criminoso –, Tanatologia – concentra-se no estudo da morte e do morto –, Toxicologia – estuda casos referentes aos cáusticos e venenos –, Asfixiologia – analisa os fatos da asfixia derivada de condição violenta –, Psicologia – pondera o psiquismo normal analisando as causas que podem levar a deformação da capacidade de percepção –, Psiquiatria – examina os transtornos mentais e as condutas –, Desportiva – quantifica e qualifica os danos provindos de atividades esportivas –, Criminalística – investiga os indícios materiais do crime, inclusive o corpo de delito –, Criminologia – considera todas as circunstâncias do crime, desde a natureza até a vítima, – Infortunística – avalia as doenças profissionais, acidentes e doenças do trabalho, bem como observa a higiene e insalubridade laborativas –, Genética – investiga assuntos ligados a paternidade e maternidade com enfoque no vínculo genético, e, por fim, Vitimologia – estuda a vítima como parte indissociável do fato.

3 CAMPO DE ATUAÇÃO NAS CIÊNCIAS JURÍDICAS

É corriqueiro supor que a Medicina Legal atua apenas nos casos em que envolvem crimes, contudo a área de contribuição da matéria abrange várias subdivisões do Direito. O campo de atuação da Medicina Legal nas ciências jurídicas é distribuído de acordo com o conteúdo programático do direito positivo, seja Direito Civil, Trabalhista, Administrativo e Penal.

No Direito Civil a abrangência da Medicina Legal engloba diversos fatores nas questões de direito privado seja relacionada à identidade e à identificação civil; perícia do nascituro e provas do início da personalidade civil, avaliação do dano corpóreo de natureza jurídico-civil; casamento; separação; divórcio; política demográfica; capacidade civil: limites e modificadores; psicologia judiciária civil: estudo do testemunho e da confissão;

morte real e presumida; dentre tantas outras. É possível sustentar que a perícia tem grande importância em inúmeras ações, sem o instituto ficaríamos a mercê de conclusões mal elaboradas e sem nenhuma sustentação científica.

Outrossim, no Direito Trabalhista a área possui grande valoração, visto que é inegável e notória a presença do perito. O campo de atuação na matéria abrange as perícias das doenças do trabalho, doenças profissionais e acidentes de trabalho; avaliação do dano corpóreo de natureza trabalhista; deficiência e incapacidade; simulação, dissimulação e metassimulação em infortunística do trabalho; psicologia do trabalho; noções de rendimento muscular; poluição ambiental: contaminação, ruídos e irradiações; necrópsias de interesse trabalhista; dentre outras.

Já no Direito Administrativo as perícias são voltadas aos servidores públicos, seja na perícia previdenciária; juntas médicas oficiais; avaliação da capacidade laborativa dos servidores públicos; formalidades do exame biométrico; auditorias; critérios para readaptação; avaliação do dano corpóreo de natureza administrativa; atividades penosas e periculosidade na função; necrópsias de interesse administrativo; dentre outras.

Por fim, no Direito Penal engloba diversos tópicos: nas questões criminais; perícias de natureza penal; identidade e identificação criminal; energias causadoras do dano; lesões corporais sob o ponto de vista jurídico; periclitação da vida e da saúde; distúrbios da preferência sexual; aborto legal e criminoso; sedução, posse sexual mediante fraude, estupro e atentado violento ao pudor; infanticídio; femicídio; toxicofilias e embriaguez alcoólica; tanatologia médico-legal; imputabilidade penal, dentre outras.

Nesse sentido, é notório afirmar que a perícia criminal é apenas uma área dentre muitas dentro da extensão de trabalho do médico-legal. As Ciências Jurídicas possuem grande campo de atuação para a Medicina e, portanto, a Medicina Legal possui imensa importância tendo em vista sua grande inserção na área.

4 GARANTIDORA DE JUSTIÇA

A perícia médica é reconhecida através do Código de Processo Civil como prova e tem papel fundamental na resolução de questões envolvendo os litígios.

Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery[23]:

> O objetivo da prova pericial é o fato ou os fatos que foram alegados na inicial ou na contestação que careçam de perícia para sua cabal demonstração. Se a alegação do fato surgiu durante o processo, de forma fugaz e pouco consistente, apenas como recurso de retórica, não pode ter o condão de impor a necessidade de produção de prova.

Além disso, Marcus Vinicius Gonçalves doutrina que[24]:

> O perito deve limitar-se a esclarecer as questões técnicas que interessem à causa, e que lhe sejam submetidas, não podendo enveredar por questões jurídicas, nem emitir opiniões sobre o julgamento. O seu papel é apenas o de fornecer subsídios técnicos para que o juiz possa melhor decidir. (grifo nosso).

É inegável a importância da prova pericial no atual cenário processual brasileiro. Para o juiz é fundamental a prova pericial para que se possa apreciar melhor a verdade com um instrumento científico e adquirindo uma consciência dos fatos que constituem o problema jurídico. Além disso, talvez seja essa a principal incumbência da perícia médico-legal: orientar e iluminar a consciência do magistrado[25].

Outrossim, a perícia é um procedimento especial com o objetivo de constatar, provar ou demonstrar, de forma científica ou técnica, a veracidade de uma determinada situação. Do mesmo modo, se caracteriza como procura de elementos que construam uma convicção segura e adequada acerca do fato que se pretende provar e, portanto, estruturar uma prova de fato[26].

De acordo com Delton Croce[27]:

> A missão dos peritos é sagrada. Subordinados a uma ética rigorosa, os peritos que faltarem com a verdade no exercício de sua nobre função, embaraçando a Justiça, respondem

---

[23] JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código do Processo Civil Comentado.* 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.420.

[24] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. Coordenador Pedro Lenza. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 394

[25] FRANÇA, Genival Veloso de. *Fundamentos da Medicina Legal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 2014. p. 5

[26] VANRELL, Jorge Paulete; BORBOREM, Maria de Lourdes. *Vade Mecum de Medicina Legal e Odontologia Legal*. 2 ed. São Paulo: JH Mizuno. 2011. p. 64

[27] CROCE, Delton. JÚNIOR, Delton Croce. *Manual de Medicina Legal*. 5. ed., São Paulo/SP: Saraiva, 2004.

> penal e civilmente por dolo ou culpa [...]. Os peritos não-oficiais também estão sujeitos à disciplina judiciária (art. 275 do Código de Processo Penal).

Nesse sentido, o autor continua seu argumento mencionando que o perito necessita possuir uma conceituação universitária dos seres humanos, por sua cultura, indispensável que é da Justiça, sendo, portanto, herói anônimo capaz de deslindar crimes indecifráveis através de paciente e penoso trabalho só conhecido das autoridades policial-judiciárias.

Doutor Marcos Rovinski, Professor de Medicina pela Universidade Luterana do Brasil corrobora que[28]:

> Importante assinalar que ao médico legista cabe um viés diferente da Medicina tradicional: enquanto nesta o médico atua no sentido de assegurar a saúde à sociedade e ao indivíduo, quer na prevenção, no tratamento ou na reabilitação do doente, na Medicina Legal o profissional usa todo o conhecimento médico disponível no sentido de esclarecer aos órgãos de segurança e de Justiça fatos criminosos ou suspeitos que tenham vitimado o ser humano. A partir do crescimento da violência e da criminalidade, que lamentavelmente vem ganhando espaço na mídia e na vida das nossas ruas e dos nossos lares, a Medicina Legal assume maior importância na sociedade. Cada vez mais as autoridades de Justiça e Segurança vêm assegurando, à elaboração da prova técnica, um papel fundamental para os inquéritos e processos. Ao mesmo tempo, o avanço da ciência e da tecnologia tem sido vertiginoso, de forma a exigir do profissional um conhecimento sempre atualizado da área médica para que essa venha a acrescentar mais recursos na investigação pericial.

Genival Veloso de França arremata em irretocável síntese[29]:

> A Medicina Legal é a contribuição médica e biológica às questões complementares dos institutos jurídicos e às questões de ordem pública quando do interesse da administração judiciária. É, portanto, a mais importante e significativa das ciências subsidiárias do Direito.

A cultura médico-legal, pouco conhecida, muito discutida e destituída de real valor, existe para atender ao chamado da Justiça. Além disso,

---

[28] MADRUGA, Antonio Alves. *A Importância da Medicina Legal no Curso de Direito* <Disponível em: http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/30003/submission/review/30003-30153-1-RV.pdf > Acesso em 14 jun 2016

[29] FRANÇA, Genival Veloso de. *Fundamentos da Medicina Legal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 2014. p. 5

possibilita uma melhor analise da verdade em critérios exatos, com o intuito de construir uma maior consciência dos fatos que formam os problemas jurídicos[30].

O Poder Judiciário, desde a fase de instrução até o julgamento, necessita de provas para averiguação da verdade, para tanto são necessários meios eficientes para se chegar mais perto do objetivo da ação judicial: promover justiça. Um dos meios é a pericia médica, que a cada dia se torna cada vez mais presente e fundamental na resolução de questionamentos, com o intuito de alcançar com efetividade e veracidade os elementos do caso concreto.

Em todas as esferas da Justiça existem decisões que corroboram com a relevância do laudo pericial nas ações, conforme apresentadas a seguir:

> APELAÇÃO CRIMINAL. LESÕES CORPORAIS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RESTRITIVA DE DIREITO CONCEDIDA NA ORIGEM. 1. **Não merece acolhimento a alegação defensiva de insuficiência probatória, já que comprovada a materialidade, por meio da perícia médica** e da palavra da vítima, e a autoria, por meio da confissão do réu. 2. Não há falar em princípio da insignificância nos casos de violência doméstica contra a mulher, tendo em vista o grau de importância em relação à reprovabilidade da conduta no meio social. 3. Pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos, na origem. Mantença da limitação de final de semana. Adequação, na hipótese concreta analisada. APELAÇÃO DEFENSIVA DESPROVIDA[31]. (grifo nosso)

> PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA. INCAPACIDADE. COMPROVAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA.
> 1. Tratando-se de pedido de concessão de benefício, e não de revisão do ato concessivo, não há que se falar em decadência, mas apenas em prescrição das parcelas mais remotas.
> **2. Tendo o laudo médico oficial concluído pela existência de incapacidade parcial, com possibilidade de reabilitação para outras atividades, cabível a concessão auxílio-doença, a ser mantido ativo tão-somente enquanto não**

[30] COSTA, Luís Renato da Silveira; COSTA, Bruno Miranda. *A Perícia Médico-Legal Aplicada à Área Criminal*. 2. ed. Campinas: Millennium. 2015, p.2

[31] BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Crime*. Processo 70069619476, Primeira Câmara Criminal, Relator: Cláudia Maria Hardt, Julgado em 20/07/2016

reabilitado o autor para o desempenho de outras atividades profissionais que lhe garantam o sustento.
3. O Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral à questão da constitucionalidade do uso da TR e dos juros da caderneta de poupança para o cálculo da correção monetária e dos ônus de mora nas dívidas da Fazenda Pública, e vem determinando, por meio de sucessivas reclamações, e até que sobrevenha decisão específica, a manutenção da aplicação da Lei 11.960/2009 para este fim, ressalvando apenas os débitos já inscritos em precatório, cuja atualização deverá observar o decidido nas ADIs 4.357 e 4.425 e respectiva modulação de efeitos.
4. A fim de guardar coerência com as recentes decisões, deverão ser adotados, por ora, os critérios de atualização e de juros estabelecidos no 1º-F da Lei 9.494/97, na redação da Lei 11.960/2009, sem prejuízo de que se observe, quando da liquidação, o que vier a ser decidido pelo STF com efeitos expansivos[32]. (grifo nosso)

NULIDADE PROCESSUAL. DOENÇA OCUPACIONAL. PROVA PERICIAL NÃO PRODUZIDA. NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL DO TRABALHADOR. A supressão de prova pericial indispensável à investigação de doença ocupacional configura nulidade que se impõe proclamada, para oportunizar a produção da prova suprimida, assegurando-se ao trabalhador o direito de ser pessoalmente cientificado da data e local marcados para a realização da perícia médica[33]. (grifo nosso)

De acordo com as decisões anteriores é nítida a necessidade da prova pericial para formar convicção acerca do pedido da parte autora. Na primeira decisão, derivada do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a Relatora menciona que a alegação de insuficiência probatória não deve ser aceita em função da comprovação da materialidade na perícia médica. Ainda, a Quinta Turma do Tribunal Federal Regional da Quarta Região aponta que houve comprovação da incapacidade laboral da parte autora concluída através do laudo médico. E, por fim, o Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região afirma que houve nulidade processual em função da não realização da pericial médica, que é indispensável na averiguação da existência de doença ocupacional.

[32] BRASIL, Tribunal Regional Federal da Quarta Região. *Apelação*. Processo 5036079-27.2013.4.04.7100, Quinta Turma, Relator Dra. Taís Schilling Ferraz, Julgado em 19/07/2016

[33] BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região. *Apelação*. Processo 0010086-56.2013.5.05.0019, Origem PJe, Relatora Desembargadora Ivana Mércia Nilo de Magaldi, 1ª. Turma, DJ 08/07/2016.

Portanto, é notório afirmar que a perícia médica tem grande papel nas ações judiciais. Os peritos médicos judiciais exercem uma função de grande importância para a busca de resultados baseados em informações científicas e fundamentadas. O Direito sozinho não tem capacidade de proporcionar justiça na totalidade de ações judiciais, o papel da Medicina Legal é proporcionar aparato probatório para futura resolução do caso, e, dessa forma, garantir justiça.

5 CONCLUSÃO

O grande fluxo de ações judiciais ingressadas atualmente postula o reconhecimento de um direito, todavia muitas vezes é necessário um profissional especializado que garanta uma análise com o intuito de suprir a carência de informações. O objetivo do Judiciário é garantir a paz social e promover justiça a quem necessita, contudo o Direito sozinho não possui conhecimento especializado para resolver determinadas questões.

É indispensável profissionais que garantam e forneçam o aparato teórico-científico capaz de completar os elementos necessários para buscar de uma decisão judicial. Com esse intuito, a Medicina Legal é reconhecida como grande colaborador do Judiciário.

A Medicina Legal, portanto, é indispensável para a busca de respostas nos processos judiciais. O papel da Medicina Legal é garantir uma análise científica e especializada dos casos concretos colocados a sua investigação e verificação.

Atualmente, a justiça está ligada à garantia de levar um resultado que demonstre a realidade do caso concreto. Para isso a Medicina Legal tem a missão de demonstrar a realidade e, portanto, garantir justiça.

6 REFERÊNCIAS

BENFICA, Francisco Silveira. VAZ Márcia. **Medicina Legal Aplicada ao Direito**. São Leopodo/RS: Editora Unisinos, 2003.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime**. Processo 70069619476, Primeira Câmara Criminal, Relator: Cláudia Maria Hardt, Julgado em 20/07/2016

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região. **Apelação**. Processo 0010086-56.2013.5.05.0019, Origem PJe, Relatora Desembargadora Ivana Mércia Nilo de Magaldi, 1ª. Turma, DJ 08/07/2016.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da Quarta Região. **Apelação**. Processo 5036079-27.2013.4.04.7100, Quinta Turma, Relator Dra. Taís Schilling Ferraz, Julgado em 19/07/2016

COSTA, Luís Renato da Silveira; COSTA, Bruno Miranda. **A Perícia Médico-Legal Aplicada à Área Criminal**. 2. ed. Campinas: Millennium. 2015.

CROCE, Delton. JÚNIOR, Delton Croce. **Manual de Medicina Legal**. 5. ed., São Paulo/SP: Saraiva, 2004.

DOUGLAS, William, KRYMCHANTOWSKI, Abouch Valenty; DUQUE, Flávio Granado. **Medicina Legal à Luz do Direito Penal e Processual Penal**. Rio de Janeiro: Impetus. 2001. p. 21

FRANÇA, Genival Veloso de. **Fundamentos da Medicina Legal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 2014.

GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. Atualizador Hygino Hercules. 33. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. 29ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. Coordenador Pedro Lenza. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código do Processo Civil Comentado**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Curso Básico de Medicina Legal**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SIMONIN, Camilo. **Medicina Legal Judicial**. 2 ed. Barcelona: JIMS. 1966.

TOURDES, apud Souza Lima. **Tratado de Medicina Legal**. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

VANRELL, Jorge Paulete; BORBOREM, Maria de Lourdes. ***Vade Mecum* de Medicina Legal e Odontologia Legal**. 2 ed. São Paulo: JH Mizuno. 2011. p. 64

ENDEREÇOS ELETRÔNICOS

MADRUGA, Antonio Alves. **A Importância da Medicina Legal no Curso de Direito** <Disponível em: http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/30003/submission/review/30003-30153-1-RV.pdf > Acesso em 14 jun 2016.

ENCARCERAMENTO FEMININO:
UM OLHAR SOBRE MULHERES E MEDIDAS DE SEGURANÇA

Patrícia Carlos Magno[1]

"A teoria sem a prática vira verbalismo, assim como
a prática sem teoria vira ativismo.
No entanto, quando se une a prática com a teoria tem-se a
práxis, a ação criadora e modificadora da realidade".
(Paulo Freire)

RESUMO: Situado no bojo das discussões sobre o entrecruzamento entre crime, loucura e gênero, o artigo debruça-se sobre estudo comparativo de dados levantados em 03 fontes: em estatística de 1926 publicada na tese de fim de curso de medicina da psiquiatra rebelde Nise da Silveira, sobre a Criminalidade Feminina; no INFOPEN Mulheres e no acervo da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

PALAVRAS-CHAVES: Crime e Loucura. Encarceramento feminino. Medidas de Segurança. Reforma Piquiátrica.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Definição do Objeto da Pesquisa. 3. Do Encontro entre loucura, crime e gênero no encarceramento feminino. 4. Reflexos da Reforma Psiquiátrica na execução penal das medidas de segurança. 5. Os dados podem falar?. 6. Ressignificação da luta antimanicomial em prol das mulheres manicomializadas. 7. Conclusão. 8. Referências. 9. Anexo: Dados sobre as Mulheres em Cumprimento de Medida de Segurança de Internação no HCTP-Roberto de Medeiros, no Estado do Rio de Janeiro, no perído de janeiro de 2015 a agosto de 2016.

1 INTRODUÇÃO

Nada simples é a "posição" (HERRERA FLORES, 2009, p. 119) de Defensora Pública com "disposição" (Ibidem, p. 118) de ativista pelos direitos humanos, em um manicômio judiciário, em pleno século XXI e mais de uma

[1] Patricia Carlos Magno é Defensora Pública do Estado do Rio de Janeirodesde abril/2001, mestre em Direito da Cidade e professora. Atuou em diversas áreas, das quais se destacam os Núcleos Especializados de Defesa do Consumidor e do Sistema Penitenciário, do qual hoje é titular da DP de medidas de segurança, atuando em todos os hospitais penais do Estado do Rio de Janeiro.

década depois da reorientação do modelo de atenção psicossocial pela chamada Lei de Reforma Psiquiátrica (Lei n. 10.216/01).

Quando assumi a titularidade da 20ª DP do Núcleo do Sistema Penitenciário (NUSPEN), em março de 2013, já contava com 12 anos de carreira e, por força de um processo de remoção interna, pude escolher com que área gostaria de trabalhar dentro do NUSPEN. Optei pela saúde no sistema prisional e passei a ser a responsável pela assistência judicial integral e gratuita nos processos de execução penal das pessoas que estiverem privadas de liberdade nos hospitais penais[2], além de atuar em uma unidade prisional de regime semiaberto[3].

A cada semana, presto atendimento às pessoas encarceradas em uma das unidades sob minha responsabilidade. A primeira delas, pela qual escolhi começar, ou melhor, *retornar*, foi ao Roberto de Medeiros (HCTP – RM). Naquele *espaço*, nos idos de 2002, conheci um manicômio. Cheguei cheia de verbalismo e saí inundada de *ativismo*. Os anos se passaram e as inquietudes se aprofundaram na minha alma.

O "saber estratégico"[4], buscado neste trabalho, se produz para além dos efeitos das atividades e discursos sociais, e, nesse sentido, se diferencia do "saber sistemático". O saber estratégico foca e *aprofunda nas causas dos discursos sociais e atividades sociais*, a fim de produzir "argumentos para atuar e gerar disposições críticas e antagonistas em face da estrutura ou da ordem social hegemônica." (HERRERA, 2009, p. 95)

Nesse sentido, não é um estudo neutro[5] a proposta de refletir sobre o *encontro entre loucura, crime e gênero*. Trata-se de estratégia de *desinvisibilização* e de identificação de quais atuações emancipatórias podem/de-

---

[2] Sanatório Penal – tuberculose, Hospital Penal Hamilton Agostinho – geral, Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico – HCTP: Roberto de Medeiros (HCTP-RM), Henrique Roxo (HCTP-HR) e Heitor Carrilho (HCTP-HH).

[3] Qual seja: Instituto Penal Cândido Mendes.

[4] Ao desenhar um guia de ação emancipadora para uma concepção concreta de direitos humanos, entendido enquanto processo de luta por dignidade, Herrera (2009, p. 89-111) trabalha com quatro estratégias de antagonismo ou de resistência. A primeira delas é "conhecer". É selecionar os temas e os problemas a pesquisar, partindo de critérios capazes de encaminhar a pesquisa de modo contextual e autocrítico, a fim de produzir um "saber estratégico".

[5] No mesmo sentido, o conselho de Foucault (2013, p. 31), para que nos aproximemos dos políticos e não dos filósofos se realmente quisermos "conhecer o conhecimento, saber o que ele é, apreendê-lo em sua raiz, em sua fabricação", a fim de compreender quais são as relações de luta e de poder. Isso porque "o conhecimento é sempre uma certa relação estratégica em que o homem se encontra situado. É esta relação estratégica que vai definir o efeito de conhecimento e por isso seria totalmente contraditório imaginar um conhecimento que não fosse em sua natureza obrigatoriamente parcial, oblíquo, perspectivo". (p. 33)

vem ser adotadas para *ressignificar* a *luta antimanicomial* em prol da *mulher internada*. Arrisca, portanto, a construção de uma "práxis"

2 DEFINIÇÃO DO OBJETO DA PESQUISA

No "espaço" (Ibidem, p. 118) do HCTP-RM[6] estão internadas pessoas com sofrimento psíquico: homens e mulheres. Em agosto de 2016, elas somavam 117, sendo 97 homens e 20 mulheres.

Estes números se referem a: (1) algumas pessoas que demandam *atendimento emergencial* psiquiátrico e, por isso, representam, via de regra, o público flutuante na unidade e são provenientes de quaisquer outras unidades de custódia do Estado do Rio de Janeiro, nas quais estavam privadas de liberdade a título de pena ou prisão provisória; (2) pessoas que, no curso do processo penal de conhecimento, receberam uma ordem judicial de *internação compulsória*[7]; e (3) algumas pessoas que cumprem medidas de segurança de internação: todas as mulheres com medida de segurança e alguns homens, especialmente quando a comorbidade da dependência química é prevalente ao transtorno mental.

Com o olhar voltado para o *encarceramento feminino em razão da loucura*, no HCTP-RM há mulheres que (1) cumprem medida de segurança e outras que (2) estão internadas provisoriamente. (3) Há as que foram sentenciadas em alguns processos a medidas de segurança e, em outros a penas privativas de liberdade. Isto é: em um dado momento foram consideradas inimputáveis e em outro, imputáveis. (4) Ainda conta com as que receberam reprimenda penal de privação de liberdade, que foi substituída – em sede de execução penal – por medida de segurança. (5) E, por fim, as que demandam atendimento psiquiátrico de emergência.

---

[6] O HCTP-Heitor Carrilho, hoje extinto, era o anterior espaço de pertencimento das mulheres manicomializadas dentro da gestão penitenciária. Por isso que os dados sobre elas, no Rio de Janeiro, quando do brilhante levantamento coordenado por Debora Diniz (2013, p. 253-264), se encontram na parte da pesquisa referente ao Hospital de Custódia e Tratamento Penitenciário Heitor Carrilho. Em 2011 (data daquele censo), o HCTP-RM, ainda era nominado de Centro de Tratamento de Dependência Química. Muita água rolou. O Heitor Carrilho – primeiro manicômio judiciário, nascido da antiga Seção Lombroso da Seção Pinel do Hospício Nacional – e criado em 1921, não tem mais nenhuma pessoa abrigada desde março de 2016. Ação articulada por rede de diversos atores e atrizes sociais foi capaz de modificar o quadro de exclusão social retratado em 2011 por Diniz. Hoje, o Heitor Carrilho é apenas o Instituto de Perícia que realiza todas as perícias dos incidentes de insanidade mental e dos exames de cessação de periculosidade. Não há mais corpos lá. Contudo, o Heitor Carrilho ainda produz corpos manicomializados, pela produção de saber.

[7] A reforma do Código de Processo Penal (Lei n. 12.403/11) introduziu a previsão legal da internação provisória. "Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (...)VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;".

Cada subgrupo desses tem suas especificidades e lutas próprias por *ressignificação* de direitos *nominados* em documentos internacionais e nacionais de direitos humanos. O acesso a todos os dados de todas as mulheres internadas dá azo a uma gama infinita de possibilidades de análise do encarceramento feminino em razão da loucura. Extenso e instigante, faz-se premente a *definição do objeto* deste trabalho.

Pretende-se olhar para além de um momento, normalmente retratado em um dia de visita. A intenção de ir além da explicitação de como o sistema funciona, *para refletir* sobre *possibilidades de incidência política,* justifica a escolha do período de janeiro de 2015 a agosto de 2016.

O grupo sobre o qual debruçarei não é o das presas provisórias, nem o das mulheres que demandam ou demandaram atendimento de emergência[8], mas o *grupo composto pelas mulheres que estiveram ou estão em cumprimento de medida de segurança de internação* (seja em razão de inimputabilidade no momento da prática do fato, seja em razão de conversão da pena em medida de segurança no curso do processo de execução).

3 DO ENCONTRO ENTRE LOUCURA, CRIME E GÊNERO NO ENCARCERAMENTO FEMININO

Por que estudar mulheres e medidas de segurança?

Porque as "práticas sociais" (Ibidem, p. 118) na "instituição" (Ibidem, p. 118) total hospitalar tendem a prestigiar os homens em detrimento das mulheres, que, em menor número, disputam – com evidente desvantagem – os espaços institucionais destinados construídos por homens e para homens. Elza Ibrahim (2014, p. 27), que trabalhou por anos como psicóloga no extinto HCTP-Heitor Carrilho, registra:

[8] O estudo sobre este grupo é uma necessidade também. Mas será objeto de outro trabalho, pois a ordem de reflexões precisa se ampliar para um espaço de trânsito dentro do sistema penitenciário (entre diversas unidades) e fora também (por outras instituições). Além disso, será necessário dissecar as razões pelas quais a mulher presa com transtornos mentais sofre discriminação pelas outras mulheres encarceradas. Neste estudo, preciso fechar o objeto e escolhi tratar das mulheres em cumprimento de medida de segurança, um público mais estável, que há mais de ano acompanho e sobre quem as reflexões (mesmo sempre muito plásticas) estão um pouco mais amadurecidas. Entretanto, para ser justa com minha inquietação, transcrevo história contada por Heidi e registrada pela pena envolvente de Nana Queiroz (2015) – Histórias de Heidi. (...) "_ Tinha uma que era doente mental, dava tanto problema no presídio que a mandaram para o manicômio. O manicômio a segurava um pouco e devolvia: 'Está melhor'. Mas, assim que chegava de volta ao presídio, piorava. Isolavam-na, então, até que conseguissem nova vaga no manicômio. Foi e voltou dez vezes. E, numa rebelião, as mulheres, que estavam revoltadas com ela porque aprontava, justamente porque era doente, a mataram.". (grifamos)

> O tratamento dispensado às pacientes femininas do Manicômio Judiciário é claramente diferenciado daquele oferecido aos pacientes masculinos. É possível constatar esta afirmação quando se caminha pela parte externa do hospital: os pacientes masculinos circulam à vontade pelo pátio e têm livre acesso aos setores técnicos, sendo-lhes possível manter contato direto com os profissionais. Já as mulheres passam o tempo inteiro isoladas em suas celas individuais ou apenas caminhando, de um lado para o outro, ao longo das galerias. A elas tampouco é permitido integrar o grupo dos 'faxinas' enfrentando, na maior parte das vezes, grande resistência por parte da administração. Sendo assim, o setor feminino, além de estar localizado em um prédio isolado dos demais, mantém as pacientes femininas em total ociosidade entregues, tão somente, a suas divagações e delírios.

À constatação aproximada, chegou o Mecanismo Estadual de Combate e Prevenção à Tortura da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro 2015, p. 48), quando vistoriou o HCTP-RM, ao identificar que: "a grande maioria do tempo as internas ficam ociosas, perambulando pelos corredores da galeria, durante a nossa visita algumas dormiam dopadas".

Poder-se-ia falar em uma discriminação em razão do gênero que obstaculiza o exercício de direitos pelas mulheres com transtornos mentais em conflito com a lei, de modo ainda mais intenso?

Quando *crime e loucura* se atravessam no *encarceramento feminino*, potencializam-se os *fatores de vulnerabilidade* e aprofunda-se a situação de *exclusão social* na qual as mulheres privadas de liberdade em manicômios judiciários estão mergulhadas, em um ciclo retroalimentado de reafirmação de estereótipos e da subordinação em razão do gênero.

As mulheres com transtorno mental em conflito com a lei são um grupo ainda mais invisível dentre as "mulheres invisíveis" (CHESKYS, 2014), porque internadas em manicômios em razão de sua inimputabilidade.[9]

Assim, sob o holofote da análise estão as *invisíveis dentre as invisíveis*. Aquelas em relação às quais o documento basilar para a elaboração da Portaria Interministerial MJ/SPM n. 210/2014, que instituiu a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional, afirma: "a *invisibilidade da mulher com transtorno mental*, vinculada ao sistema penal, *não* foi alterada com as conquistas da reforma psiquiátrica".

[9] Observe-se que a diferenciação aqui feita não existe para criar hierarquização; mas para serem enfrentadas as especificidades que acusa.

É inegável que as mulheres com transtornos mentais em conflito com a lei, privadas de liberdade por força de medida de segurança de internação, encontram *especiais dificuldades para exercer,* com plenitude, perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico e *estão no epicentro da convergência de fatores diversos de vulnerabilidades*[10], tais como: gênero, deficiência mental, privação de liberdade, situação de pobreza, pertencimento a grupo étnico racial subalternizado, dentre outros fatores.

Neste contexto, a *discriminação interseccional*[11] é exercida pelo sistema de justiça penal, que perde sua legitimidade (ZAFFARONI, 1991, p. 16).

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos já teve a oportunidade de reconhecer que a discriminação interseccional *reforça o dever estatal* de proteção da pessoa humana em situação de vulnerabilidade. Um sobrevôo por dois importantes julgados permitirá ampliar a análise e lançar luzes nas "práticas sociais" do plano interno.

O Caso Ximenes Lopes (Corte IDH, 2007) é a 1ª condenação que o Estado Brasileiro sofreu na Corte Interamericana de Direitos Humanos e também foi a primeira vez que o sistema reconheceu que a deficiência mental é uma *vulnerabilidade intrínseca* (par. 106) da pessoa com deficiência mental que a torna especialmente predisposta a tortura e outros tratamentos cruéis, especialmente *agravada pelo alto grau de intimidade que caracteriza o tratamento das doenças psiquiátricas* (par. 107).

Observe-se que o Sr. Ximenes Lopes nunca ingressou no sistema penal. Contudo, por força de internação em hospital psiquiátrico – em momento de surto – tornou-se pessoa privada de liberdade e foi vítima de maus-tratos que levaram a seu óbito. *O desequilíbrio intrínseco de poder*

---

[10] Aqui se utiliza o conceito de vulnerabilidade contido na seção 2a das Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das pessoas em situação de vulnerabilidade, documento elaborado no seio da Conferência Judicial Ibero-americana, no intuito de orientar a promoção de políticas públicas que garantam o acesso à justiça das pessoas que encontram especiais dificuldades de exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos que lhes são conferidos pelo ordenamento jurídico. As chamadas "100 Regras de Brasília" recomendam ainda uma série de medidas relacionadas ao trabalho cotidiano de todos os operadores do sistema judiciário, com o fito de concretizar a melhoria das condições de acesso à justiça das pessoas em condições de vulnerabilidade. Para um estudo das Regras de Brasília, confira-se o nosso: MAGNO, 2015.

[11] Vide Hirata (p. 62): "A interseccionalidade remete a uma teoria transdisciplinar que visa apreender a complexidade das identidades e das desigualdades sociais por intermédio de um enfoque integrado. Ela refuta o enclausuramento e a hierarquização dos grandes eixos da diferenciação social que são as categorias de sexo/gênero, classe, raça, etnicidade, idade, deficiência e orientação sexual. O enfoque interseccional vai além do simples reconhecimento da multiplicidade dos sistemas de opressão que opera a partir dessas categorias e postula sua interação na produção e na reprodução das desigualdades sociais (Bilge)" (grifo nosso).

entre uma pessoa internada e as pessoas que detêm a autoridade se multiplica muitas vezes nas instituições psiquiátricas é a chave para compreender a raiz da responsabilidade reforçada da gestão institucional hospitalar e serve de paradigma para este estudo (par. 107).

O Caso del Penal Miguel Castro (Corte IDH, 2006), que estabelece importantes paradigmas sobre mulheres encarceradas, havendo expressa referencia ao fato de que as mulheres experimentaram a violência de modo diverso que os homens mesmo quando encarcerados em uma mesma penitenciária, especialmente, em razão da violência sexual e da maternidade (pár. 206). A decisão da Corte se baseou não só no Pacto de San José, mas também na Convenção Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher).

O recurso aos estandares produzido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, última palavra do controle de convencionalidade no sistema regional se apresenta *estratégico*, uma vez que inaugura um novo "espaço" de luta por dignidade, por intermédio de alternativas possibilidades de argumentação jurídica. Se, por um lado, o campo jurídico não é o único a ser ocupado, por outro, não pode ser descartado, na medida em que é interessante manejar, sempre, estrategicamente, por todos os meios possíveis, argumentos para que, no plano interno, o controle de constitucionalidade das normas jurídicas e práticas sociais, se faça à luz dos paradigmas do controle de convencionalidade estabelecidos.

O sistema interamericano *ainda* não enfrentou um caso de pessoa com transtorno mental que fosse mulher encarcerada. Mas os estandares internacionais aqui indicados podem produzir *saber estratégico*, pois a potência que uma decisão de órgão de controle e monitoramento internacional tem, é imensa. Especialmente se manejada no sentido de cobrar o reconhecimento da *interseccionalidade* como essencial para que a pessoa humana possa ser vista com singularidade e para que possa realizar todas as suas necessidades.

4 REFLEXOS DA REFORMA PSIQUIÁTRICA NA EXECUÇÃO PENAL DA MEDIDA DE SEGURANÇA

Todas as lutas que antecederam a construção da Lei 10.216/01 e que continuam a produzir profunda mudança de paradigma no campo da atenção psicossocial, legitimam, reivindicam e impõem a possibilidade e necessidade de sua aplicação à seara penal.

A Lei Antimanicomial promoveu o *dever de releitura*[12] de todos os institutos de direito penal e processual penal, especialmente, no que tange à execução de medidas de segurança, conforme o *novo paradigma* de reorientação do modelo de saúde mental e pôs em xeque o mito do louco perigoso. Conforme Caetano (2010, p. 114) muda-se o paradigma: "a questão deixa de ser focada unicamente sob o prisma da *segurança pública* e é acolhida definitivamente pelos serviços de *saúde pública*".

A ruptura com a lógica hospitalocêntrica significa o tratamento em meio aberto, pelos métodos menos invasivos possíveis. A mudança proposta pela antipsiquiatria e pelo movimento antimanicomial é fundada em uma nova forma de olhar o problema da loucura focada na pessoa, e não na *doença* (CARVALHO, 2013, p. 519).

Ao colocar a pessoa no centro do palco, precisa aparecer a sua individualidade. Se por um lado, se defende a possibilidade de combater a discriminação de gênero no sistema prisional, por intermédio da busca de estratégias que desmantelem a situação de exclusão em que se encontram as "mulheres invisíveis" para evitar que a condição de mulher seja um fator de agravamento da sanção penal; por outro, essa pergunta precisa ser feita nos momentos em que, no palco, está a mulher etiquetada de *louca infratora*. Nesse ato, há de ser enfrentar a questão da *perversidade e da manipulação do discurso do tratamento* que continua justificando a imposição de medidas de segurança de internação pelos juízos criminais, mesmo depois de 15 anos do advento da Lei 10.216/01.

O discurso *é perverso* porque esconde a verdadeira finalidade da privação da liberdade como forma de tratar a loucura, qual seja: o adestramento de corpos e a exclusão social (FOUCAULT, 2014, p. 430).

O discurso *é manipulador* porque, sob uma epígrafe aparentemente solidária, legitima que as agências estatais de controle apliquem e executem a sanção penal de medida de segurança, sob uma lógica asilar que se (re)produz, ciclicamente.

A questão é, portanto, *estrutural e complexa*.

[12] O afastamento concreto de diversos dispositivos dos Códigos Penal e de Processo Penal, assim como da Lei de Execução Penal, é orientação consubstanciada no Parecer sobre Medidas de Segurança e Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico sob a perspectiva da Lei n. 10.216/01, exarado no bojo de Inquérito Civil Público n. 1.00.000.004683/2011-80 pelo Ministério Público Federal.

Sob o enfoque estrutural, a falha mais importante a ser corrigida diz respeito à violação do "valor" de igualdade e não discriminação. A pessoa com transtornos mentais que foi *selecionada* pelo sistema penal não tem garantido o mesmo tipo de tratamento em serviços abertos e comunitários de saúde que é garantido para aquelas que escaparam à *seletividade do sistema* (ZAFFARONI, 1991, p. 245). Elas não recebem o mesmo tratamento, a despeito de serem ambas pessoas com transtorno mental. Mas, por quê?

A justificativa – para aqueles que arriscam alguma – se funda na periculosidade. Contudo, a periculosidade falece de profunda "inadequação normativa e conceitual" (CARVALHO, 2013, p. 523).

Diniz (2013, p. 17), ao apresentar o censo sobre manicômios brasileiros, anuncia que o mais importante dos resultados foi constatar que *não há periculosidade* inerente aos diagnósticos psiquiátricos, porque "diagnóstico penal e tipo de infração penal *não andam juntos*". Foi verificado que indivíduos *com diferentes diagnósticos cometeram as mesmas infrações*, de modo que, a *periculosidade* se traduz em um "*dispositivo de poder e de controle dos indivíduos*, um conceito em permanente disputa entre os saberes penais e psiquiátricos".

No sentido de explorar as possibilidades de *resistência*[13] que existem dentro de todas as relações de poder expressas no conceito de periculosidade, some-se ao debate a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – CDPD. Trata-se do último tratado internacional de direitos humanos produzido no seio das Nações Unidas e, portanto, incorpora o consenso sobre o que há de mais avançado nas discussões quanto ao tema. A CDPD foi ratificada pelo Estado Brasileiro em 2009, com *quórum de emenda constitucional* e, portanto, *pertence à Constituição Formal do Estado*, de modo que pode servir – para além do controle de convencionalidade – de *parâmetro para controle concentrado e difuso de constitucionalidade*.

A CDPD traz dois importantes dispositivos, que sepultam a *vetusta noção de periculosidade*. O artigo 14, cuja ementa é "liberdade e segurança da pessoa", expressamente garante o direito das pessoas com deficiência em conflito com a lei penal a *gozarem do mesmo direito à convivência comunitária* que as demais pessoas com deficiência, *sem discriminação alguma*.

[13] Aqui no sentido foucaultiano (FOUCAULT, 1979, p. 241), segundo o qual: B.H.L.: "Onde existe poder, existe resistência" é, por conseguinte, quase uma tautologia...

E o art. 81, segundo o qual "*a existência de deficiência não justifica a privação de liberdade da pessoa com deficiência*".

Sepultada a ideia de periculosidade, hoje, há que se falar em *exame de avaliação psicossocial* (CAETANO, 2013, p. 26), que não é mais puramente psiquiátrica e se materializa em relatório da equipe técnica multiprofissional. A exitosa e premiada experiência goiana do PAILI-GO indica quais os caminhos a serem trilhados para que a pessoa com transtornos mentais em conflito com a lei penal seja tratada em *pé de igualdade* com aquela que não respondeu a processo penal. O mais importante deles é o que fulmina completamente o conceito de periculosidade, substituindo-o por *avaliação periódica do processo de reintegração social do sujeito*.[14]

As dificuldades de implementação da reforma do modelo asilar para o modelo psicossocial são numerosas e o abismo entre a norma e a prática social indica que o processo de luta por dignidade ainda demandará muitas batalhas. Salo de Carvalho (2013, p. 305) enxerga o mesmo paradoxo:

> (...) se houve significativo avanço no sentido desinstitucionalizador a partir da Lei da Reforma Psiquiátrica, torna-se injustificável a segregação em manicômios judiciais das pessoas encaminhadas pelo Poder Judiciário. Neste aspecto, cabe referir que a reforma não atingiu os manicômios e, em consequência, há continuidade na forma de intervenção asilar e institucional no tratamento das pessoas consideradas inimputáveis pela Justiça.

A questão é complexa e, no universalismo da(s) luta(s) se encontram diversos atores sociais (institucionais e individuais) a impulsionarem esse processo biopolítico, microfísico, capilarizado no tecido social (FOUCAULT, 1995, p. 29), em relação ao qual passaremos a tecer algumas reflexões. Nos próximos itens apresentaremos os dados reunidos do nosso acervo profissional e ponderações sobre eles, à luz da metodologia do "diamante ético" (HERRERA, 2009, p. 113).

[14] Para o PAILI-GO, a internação psiquiátrica, quando necessária, é ato médico e nunca pode ser determinada como resposta a infração da lei penal, sem lastro clínico atual, sob pena de configurar crime de tortura (CAETANO, 2010, p. 113).

5 OS DADOS PODEM FALAR?

O primeiro registro estatístico sobre a criminalidade da mulher no Brasil remonta de 1925, quando o hoje estado do Rio de Janeiro ainda era *Districto Federal*. Encontrei-o como parte integrante da tese, que a Dra. Nise da Silveira (1926, p. 114) apresentou na Faculdade de Medicina da Bahia em 1926[15]. Em suas palavras, "tínhamos o propósito de gizar um croquis da Geographia Criminal do Brasil, e fazer ressaltar, os aspectos diferentes da criminalidade da mulher e do homem". Mas a médica só obteve dados de 09 estados e do distrito federal.

O Brasil precisou aguardar, ainda, quase um século para ver nascer o INFOPEN Mulheres, lançado em 2015, que também será analisado aqui. Com todo o mérito de ser a primeira estatística oficial nacional sobre criminalidade feminina, poucos – contudo – são os dados sobre as mulheres em cumprimento de medida de segurança. Os que existem, serão trazidos a colação e comparados com os dados regionais que levantei e que se referem a 100% das mulheres encarceradas por força de medida de segurança de internação no período de jan./2015 a ago./2016, no estado do Rio de Janeiro.

Tomei gosto pelo espírito arqueológico e escavei no arquivo morto, composto por todas as fichas dos casos de todas as pessoas que foram atendidas pelo meu órgão do NUSPEN e que: ou foram transferidas de unidade prisional, ou não estão mais privadas de liberdade, separei quais delas se referiam a mulheres, para – enfim – identificar as que estiveram no HCTP–RM até o período determinado. Fiz o mesmo nas fichas arquivo vivo, que se referem àquelas mulheres que ainda estão encarceradas. O levantamento desses dados está organizado no Anexo deste trabalho. Dividi suas informações em duas partes: uma relativa às mulheres que ainda estão internadas (parte II) e outra sobre as que já foram desinternadas (parte I).

5.1 RELAÇÃO DE MULHERES EM CUMPRIMENTO DE MEDIDA DE SEGURANÇA NO BRASIL E NO RJ

No Brasil, há 2497 pessoas em cumprimento de medida de segurança de internação (homens e mulheres), conforme a Fig. 9 e, portanto, repre-

[15] Gostaria de agradecer a equipe do Museu Imagens do Inconsciente, no Engenho de Dentro, que cuidadosa e generosamente, me permitiu acesso ao único exemplar da tese, que faz parte do acervo pessoal da Dra. Nise. Foi uma experiência única vestir luvas e me debruçar sobre a genialidade da psiquiatra rebelde.

sentam 0,4% dos 607.731 encarcerados no nosso país (Tabela 1; BRASIL, 2014a, p. 20).

No INFOPEN Mulheres (BRASIL, 2014b, p. 20), a Fig. 16 indica que das 11.269 mulheres encarceradas no Brasil, 0,5% cumpriam medida de segurança de internação. Em termos absolutos, em junho de 2014, eram 57 mulheres.

Cinquenta e sete em todo o país.

Cinquenta e sete é número que fala. Ele explica por que as mulheres encarceradas em cumprimento de medida de segurança são as *invisíveis dentre as invisíveis*. Elas são engolidas pelas demandas das demais encarceradas. Além disso, suas "posições" são descartadas e seus "espaços" de fala desprestigiados, em estratégia de aniquilação já bem pontuada por Goffman (2015, p. 132) que indica o quanto a "equipe dirigente sempre tem muito a ganhar ao desmentir a história do paciente" quando ele conta suas "histórias tristes" (Ibidem, p. 129) e que, no caso do Rio de Janeiro, foi exemplificada no Relatório do MECPT/RJ (2015, p. 48), cujo trecho precioso segue transcrito:

> Com relação às atividades terapêuticas muito pouco é oferecido. (...) outras contavam suas histórias que são desacreditadas ou eliminadas pelos interlocutores, pois se mantém a relação com o transtorno psíquico, com o perigo que ela pode acarretar, e não com a loucura (FOUCAULT, 1995). Dando continuidade ao processo de mortificação do eu presente nas instituições totais, que pode ser visto através da restrição à transmissão de informações, tais como impedir o acesso ao registro como os laudos ou até mesmo informações processuais. (grifamos)

Por outro lado, esse número aponta também para a absoluta viabilidade de uma política que efetive os direitos dessas mulheres com sofrimento psíquico a fim de que, o mais rápido possível, possam ser recebidas na rede pública de saúde mental. Afinal, são só 57.

No Rio de Janeiro, em agosto de 2016 há 133 homens cumprindo medida de segurança de internação (no HCTP-RM e no HCTP-HR, em Niterói) e 13 mulheres. Assim sendo, a proporção de homens e mulheres em cumprimento de medida de segurança é de 8,9% de mulheres e 91,1% de homens.

O percentual do INFOPEN Mulheres é relativo ao valor de pessoas privadas de liberdade. Assim, se há 4139 mulheres encarceradas (cfe. Fig. 5, p.

12), as 13 mulheres em cumprimento de medida de segurança representam 0,31% do total, *em curva inferior a média nacional* de 0,5% (Fig. 16).

Das 57 mulheres em cumprimento de medida de segurança de internação no Brasil, 13 estão no Rio de Janeiro. Portanto, 22,8% do total: quase ¼. Então, encampar a luta abolicionista em prol das mulheres encarceradas com transtornos mentais no Rio de Janeiro é enfrentar ¼ da questão em nível nacional.

5.2 RELAÇÃO DE DESTINAÇÃO DO ESTABELECIMENTO POR GÊNERO

No INFOPEN Mulheres, as Fig. 8, p. 15 e Fig. 9, p. 16 indicam que haveria apenas 01 estabelecimento misto em junho de 2014.

Esse dado é muito estranho. Ou ele é dolosamente falso ou retrata que as mulheres em medida de segurança são invisíveis *até para o gestor penitenciário* que o enviou para o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN.

Em junho de 2014, ainda estava funcionando o abrigo do extinto HC-TP-HH[16]. Lá havia, ao menos, 06 mulheres.

De junho de 2014 até o momento, tanto o Sanatório Penal quanto o Hospital Penal Hamilton Agostinho recebiam e recebem para internação, mulheres encarceradas. Eu as atendo. Inclusive, no caso das acamadas, no leito hospitalar, com uma prancheta.

Sobre as outras unidades do sistema penitenciário fluminense, vou me abster de trazer dados. Deles apenas tenho notícias.

Desse modo, não é real que exista apenas 01 estabelecimento misto. Ou, então, a informação é confiável e uma verdadeira confissão do gestor público: não é a presença feminina que transforma um estabelecimento masculino em misto. Afinal, elas são apenas "presos que menstruam" (QUEIROZ, 2015) e, no caso das manicomializadas, também *gritam*.

[16] A designação "abrigo" se justifica na medida em que todas as pessoas que estavam no Heitor Carrilho em junho de 2014 já não estavam mais cumprindo medidas de segurança. Todas estavam desinternadas e seus processos na Vara de Execução Penal estavam extintos. Contudo, porque não tinham para onde ir, continuavam dentro de um manicômio, gerido sob a lógica da administração penitenciária. Apenas em dezembro de 2015 se iniciou um procedimento especial para que – sob pena de prisão – os gestores municipais recebessem aquelas, então, 38 pessoas: 2 mulheres e 36 homens.

5.3 RELAÇÃO DE TEMPO DE CUMPRIMENTO DE MEDIDAS DE SEGURANÇA

No INFOPEN Mulheres inexiste esta informação. Considerando que a Fig. 30 se refere ao tempo total de penas da população prisional feminina condenada e que medida de segurança não vem de condenação nem é pena, os dados trazidos neste documento oficial do DEPEN não podem servir de parâmetro para análise.

O tema do tempo é dos mais angustiantes para as pessoas manicomializadas, que tem seus *tempos existenciais* sequestrados pelo Estado. Inexoravelmente, os atendimentos jurídicos começam ou terminam com a questão "e quando vou sair daqui, Patricia?".

Ana Messuti (2003, p. 31) – no brilhante *Tempo como Pena* – trabalha com a ideia de haveria um tempo qualitativo (existencial) e um tempo quantitativo (social). Parte da constatação de que os *muros da prisão são uma ruptura no espaço social*[17]. Ela aponta essa ruptura social para aprofundar que os *muros* também produzem *ruptura no tempo* (Ibidem, p. 33). Nesse sentido, a privação de liberdade combina os dois elementos: tempo e espaço. É na intersecção deles que fica marcada uma duração de tempo *qualitativamente* distinta da que se utiliza para marcar o *tempo social*.

Ao construir a prisão, pretende-se *imobilizar* o tempo da pena, afastando-o do tempo social que transcorre no espaço social. A prisão é, no dizer de Messuti, "uma construção no espaço para calcular de determinada maneira o tempo". Pode-se transmudar para o manicômio o mesmo raciocínio.

Acontece que a medida de segurança – equivocada, mas tradicionalmente – tem sido uma espécie de sanção penal que desafia a norma constitucional da vedação de penas de caráter perpétuo. E, *neste sentido, o tempo dentro dos muros do manicômio* vem carregado de uma imensa *carga de incerteza e de angústia* que aprofundam o sofrimento psíquico das pessoas manicomializadas, mais especialmente, das mulheres, via de regra – mais *abandonadas*[18].

---

[17] A mesma lógica aplica-se aos muros do manicômio, que igualmente segregam do espaço social.

[18] "Os corpos das mulheres que cumprem medida de segurança são estigmatizadas por serem mulheres, loucas e criminosas, do total das internas, qual seja 17, apenas duas recebem visita, reflexo do abandono e descrédito nessas vidas". (RIO DE JANEIRO, 2015, p. 48)

No Anexo, verifica-se que foi realizado o levantamento do tempo de internação de cada uma das mulheres. Dentre as que já foram desinternadas, nenhuma foi reinternada, até o momento, de modo que estamos em 0% na taxa de reiteração criminosa. Dentre as que ainda cumprem internação, o prazo está em aberto, com a expressão "mais de", tendo sido o cálculo elaborado a partir da data de 15 de agosto de 2016.

Quadro 1. Tempo de Cumprimento de Medida de Segurança

TEMPO	♀ MS internação HCTP RM		
	Jan/15 a Ago/16 (Morto)	Ago/16 (Vivo)	Jan/15 a Ago/16 (Todas)
Até 01 ano	01	0	01
01 ano a 02 anos	01	02	03
02 a 03 anos	02	03	05
03 a 04 anos	01	05	06
04 a 05 anos	01	02	03
05 a 10 anos	0	01	01
10 a 15 anos	01	0	01
15 a 20 anos	01	0	01
Mais que 20 anos	01	0	01
TOTAL	**09**	**13**	**22**

A análise do Quadro 1 indica que, atualmente, nenhuma mulher com mais de 10 anos de internação continua cumprindo medida de segurança. As 03 mulheres que estavam nessa situação foram desinternadas durante o período da análise dos dados. Conforme pode ser verificado no Anexo, nenhuma delas está privada de liberdade a título de medida de segurança por mais tempo que a pena máxima cominada ao delito.

A busca por quantificar o tempo de internação verifica-se nos dados apresentados no censo coordenado por Diniz (2013, p. 261). Eles não separam homens e mulheres quanto ao tempo de internação e, por isso, não nos permitem a comparação de informações. Todavia, podemos perguntar duas coisas: se houve aumento ou decréscimo da população penitenciária feminina de mulheres em cumprimento de medida de segurança no Rio de Janeiro e se ainda há mulheres internadas que teriam iniciado sua internação no Heitor Carrilho. Essas questões os dados respondem.

No dia do levantamento de dados (julho de 2011), com já se disse, as mulheres estavam internadas no Heitor Carrilho e não no Roberto de Medeiros. Eram 23 mulheres, dentre as quais 20 cumpriam medida de internação e 03 eram temporárias. Hoje, esse número é diverso: 13 cumprem medida de segurança e 07 são temporárias. É interessante verificar que enquanto o crescimento da *popul ação carcerária imputável* aumentou 271% no Rio de Janeiro (Fig. 6), a *população carcerária inimputável* teve *decréscimo* de 35%.[19]

Retomar-se-á a reflexão sobre a fundamentação desse decréscimo, no próximo item, porque arriscamos que ele tem que ver com o *saber estratégico* que está sendo produzido e com a *rede de articulação política interinstitucional* que está sendo movimentada no processo de luta por direitos das mulheres manicomializadas.

Foquemos nas 20 mulheres que cumpriam medida de segurança em 2011. Apenas uma delas *ainda* está no HCTP-RM[20], todas as demais *pacientes de longa permanência* foram desinternadas. A questão é: por que S.S. ainda está privada de liberdade?

Seu projeto terapêutico tem complexidades extraordinárias. Por um lado, T.S.F. não é seu nome verdadeiro, mas está registrada assim para o universo penitenciário. Resultado: se perdeu muito tempo procurando por sua família fictícia. Afinal, é muito subversivo dar credito à voz da louca.

Outra questão é a definição de qual Centro de Atenção Psicossocial (CAPS), equipamento articulador importantíssimo, que a atenderá em meio livre. Como o território é a premissa para vinculação com a rede de atenção piscossocial, e S.S. teve uma *historia*[21] de errância social, tem sido mais complexo vinculá-la a um serviço.

Sob o aspecto jurídico, da execução penal, S.S. foi reconhecida imputável em uma das vezes que conflitou com a lei penal e inimputável nas outras 02. Ela tem uma história de exclusão que tem se repotencializado pelo modo que tem sido tratada pelas instâncias punitivas estatais. Apenas recentemente, sua pena privativa de liberdade foi convertida em medida de segurança.

---

[19] Cfe. INFOPEN Mulheres, apenas 02 Estados apresentaram decréscimo na população carcerária: Paraná (diminuição de 43%) e Mato Grosso (diminuição de 29%).

[20] Vide Anexo, Parte II, Caso n. 4 (T.S.F. ou S.S.).

[21] Utilizado no sentido trabalhado por Goffman (2015, p. 219) quando se refere a historias tristes.

E, por fim, o fato que reputo o mais grave: a ausência de registro de nascimento. Depois de incontáveis buscas, chegou-se a conclusão de que S.S. *nunca foi civilmente registrada.*

O dado é realmente espantoso: a *primeira vez em que o Estado a reconheceu como cidadã foi no momento de sua prisão*, tendo-lhe entregue uma identificação criminal, sem qualquer preocupação os demais documentos civis básicos (CTPS, CPF, Título de Eleitor, por exemplo). E piora: ela não respondeu a apenas 01 processo penal. Por diversas vezes foi presa em flagrante e não houve encaminhamento para que ela obtivesse documentação civil básica, a começar pela certidão de nascimento, num verdadeiro ciclo de marginalização, que se retroalimenta pela falta de densificação do *direito à identidade pessoal*[22], cujo reconhecimento é um dos meios pelo qual se viabiliza o exercício dos direitos à personalidade jurídica, ao nome, à nacionalidade, à inscrição no registro civil e às relações familiares, sendo essencial para a participação em uma sociedade democrática[23].

5.4 RELAÇÃO DE DISTRIBUIÇÃO POR GÊNERO DOS CRIMES ENTRE AS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE

Aqui a ideia é colocar lado a lado os dados do INFOPEN Mulheres, aqueles que reuni no Anexo - Dados sobre as Mulheres em Cumprimento de Medida de Segurança de Internação no HCTP-RM, no período de janeiro de 2015 a agosto de 2016 e os que estão na Estatística da Criminalidade no Distrito Federal em 1925 (SILVEIRA, 1926).

Enquanto o INFOPEN Mulheres e o Anexo apresentam dados que podem ser comparados diretamente, o mesmo não se pode dizer da estatística de 1925, levantada sob a égide do revogado Código Penal de 1890. A ideia, portanto, é situar uma imagem da sociedade de 1925 e pensar sobre as "*narrações*" (HERRERA, 2009, p. 119) trazidas pelos dados.

---

[22] Borges e Cunha (2011, p. 227) nominam pessoas como S.S. de "excluídas para baixo", a fim de fazer referência à categoria de pessoas que tem extrema dificuldade de exercer com plenitude perante o sistema de justiça os direitos previstos no ordenamento, mas que são cobrados de seus deveres.

[23] AG/RES. 2286 (XXXVII-0/07), aprovada na quarta sessão plenária, realizada em 5 de junho de 2007, dispõe sobre o Programa Interamericano de Registro Civil Universal e Direito à Identidade da Organização dos Estados Americanos (OEA). No plano internacional da proteção dos direitos humanos, o direito à identidade é interdependente ou imanente de outros direitos, como o direito a ser registrado, o direito ao nome, o direito à nacionalidade e o direito à personalidade jurídica e também os direitos vinculados à família e à sucessão, assim como existe maior garantia de acesso a outros direitos políticos e civis (como o direito a votar, à igualdade diante da lei, à família) e direitos econômicos, sociais e culturais (como saúde e educação). Por tal motivo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entende que o direito à identidade "foi reconhecido pela jurisprudência e pela doutrina tanto como direito autônomo quanto como expressão de outros direitos ou como um elemento constitutivo destes" Caso das Irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador, Sentença de 23 de novembro de 2004.

Se o direito penal é seletivo, relacionar com os tipos penais mais violados no século XXI com aqueles trazidos na estatística criminal de 1925 será capaz de apresentar formas de compreender, em perspectiva histórica (cultural) a migração de "valores" (Ibidem, idem) socioculturais em relação aos bens jurídicos penalmente relevantes.

Nesse sentido, uma questão a ser destacada é que os Dados do Anexo se referem a *mulheres em cumprimento de medida de segurança*. Enquanto isso, as informações de Silveira não poderiam se referir ao mesmo público, vez que foram reunidas sob a égide do Código Criminal de 1890, que não previa medidas de segurança, mas absolvição do inimputável e entrega da pessoa a família ou a hospitais de alienados, de acordo com a necessidade de seu estado mental e a segurança do público (artigo 29). E os dados do INFOPEN Mulheres não separam as mulheres inimputáveis das imputáveis.

Uma primeira pergunta aos dados é: os crimes que hoje encarceram as mulheres são os mesmos que faziam isso no início do século passado?

O Quadro 2 responde.

Quadro 2. Narrativas por Gênero das Infrações Penais Praticadas

Narrativas de Infrações Penais Praticadas por ♀ e ♂							
Tipo Penal	**INFOPEN Mulheres (Fig. 28)**		**SILVEIRA, 1925[A]**				
	♂ (H)	**♀ (M)**	**♂ (H)**	**♀ (M)**	**Jan/15 a Ago/16 (Morto)**	**Ago/16 (Vivo)**	**Jan/15 a Ago/16 (Todas)**
Homicídio	13%	6%	6,22%	0 ,7%	72,72%	28,57%	43,75%
Infanticídio	-	-	0	0	0	0	0
Offensas physicas (aborto, duelo, lesões corporais)	-	-	55,66%	85,38%	-	-	-
Lesão Corporal	NE[B] (0,95%)	NE (0,27%)			6,25%	4,77%	9,10%
Tráfico	23%	58%	inexistia	inexistia	18,18%	0	6,25%
Roubo	23%	7%	1,96%	0	0	33,33%	21,87%
Furto	13%	8%	14,3%	13,07%	0	14,28%	9,37%
Estelionato	NE (0,40%)	NE (0,85%)	4,1%	0,7%	0	0	0

Sequestro e Cárcere privado	NE (0,16%)	NE (0,12%)	0	0	0	9,53%	6,25%
Resistência	NE (NE)	NE (NE)	0	0	0	4,76%	3,13%
Uso doc. falso	NE (0,26%)	NE (0,26%)	0	0	0	4,76%	3,13%

A) Considerando que os crimes de defloramento, estupro e rapto, relativos ao título que trata dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje ao pudor oram afastados do quadro acima os tipos penais do Código Penal de 1890 (artigos 266 e seguintes) não foram praticados *por* mulheres, mas *contra* mulheres, eles deixaram de integrar o quadro 2.
B) NE: não especificado.

A legenda NE foi utilizada toda vez que o INFOPEN Mulheres, não tenha especificado dada informação sobre tipo penal. Assim, intui-se que os dados sobre lesão corporal, estelionato, sequestro e cárcere privado, assim como uso de documento falso estejam na epígrafe "outros crimes" que indicam 11% para homens e 14% para mulheres.

Não era o suficiente para confrontar com os dados específicos que obtivemos nos arquivos da Defensoria Pública. Buscamos o INFOPEN Geral (BRASIL, 2014a, p. 65) e a maioria dessas informações estava disponível, razão pela qual se chegou aos números apresentados entre parênteses.

Curiosamente, na Tabela 11 do INFOPEN Geral não havia especificação sobre o número de pessoas presas em razão da prática da conduta típica de *resistência* (artigo 329 do Código Penal). Há décadas, diversos atores sociais tem reivindicado a apresentação desses números em estatísticas oficiais, que – muitas vezes – camuflam violência perpetrada por agentes estatais, mas esse continua sendo um campo de disputa.

A análise demonstra que, se por um lado, há imensas aproximações entre os bens jurídicos importantes para o direito penal de 1890 e para o direito penal atual, há também profundas diferenças. Observe-se, por exemplo, o tipo de duelo, que contava com detalhada tipificação no capítulo VI do título X dos crimes contra a segurança da pessoa e da vida no Código Penal de 1890 e foi extirpado no Código Penal de 1940.

Atenção especial merece a infração de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes. Inexistia tipificação para esta conduta em 1925, quando Nise da Silveira colheu os dados sobre a criminalidade feminina no Rio de Janeiro[24]. Hoje, o tipo de tráfico é o que mais encarcera as mulheres no Brasil (58%). *Mas não o que mais manicomializa as loucas (6,25%)*.

[24] Para aprofundar o tema sobre a história da criminalização do tráfico no Brasil, vide: BOITEUX, 2006. p. 136-142.

Interessante verificar que a criminalidade contra o patrimônio no início do século passado era menos violenta que a do século XXI. Por outro lado, quando se visualiza o tipo de furto (cuja definição típica de 1890 e de 1940 é quase a mesma), observa-se que, em quase 100 anos de história, inexiste diferença substancial seja entre homens e mulheres, seja no grupo das encarceradas, quando se comparam as estatísticas das mulheres em medida de segurança no Rio de Janeiro e as demais mulheres encarceradas no Brasil de 2014.

O tipo que mais etiqueta a mulher como *louca infratora* é o homicídio. Esta conclusão coincide com as reflexões de Diniz (2013, p. 18):

> Seja porque o louco se mantém em casa e não reconhece a rua como seu espaço de sociabilidade, seja porque a casa é um espaço de risco, é na família que se concentram os homicídios (49% do total). *E, apesar de as mulheres serem uma minoria ainda mais silenciada nesse universo de anônimos (há uma mulher para cada doze homens), elas cometem mais homicídios que os homens*, e suas principais vítimas são os filhos (24% das vítimas dos homicídios cometidos por mulheres). A casa é o principal espaço de expressão da loucura com atos infracionais graves, o que acena para uma dificuldade a ser enfrentada pelas políticas assistenciais e de saúde mental que depositam na família responsabilidades pelo sucesso da desinternação do indivíduo. Primordialmente, é o Estado quem deve tomar para si o dever de cuidar dessa população e proteger seus direitos fundamentais.

Contudo, se a mulher for imputável, os números são pequenos. No INFOPEN Mulheres, 6% de todas as encarceradas praticaram homicídio (tentado ou consumado), sem identificar quais dessas mulheres foram sentenciadas a medida de segurança de internação. Os dados colhidos por Silveira apontam que, no Rio de Janeiro, 0,7% praticaram homicídio[25].

Esse dado, olhado isoladamente, poderia contar uma mentira. Poderia levar à conclusão de que existiria uma mulher possível de ser chama-

[25] Silveira (1925) conta as histórias de 16 mulheres que entrevistou. Estavam cumprindo pena em outros estados da federação. Interessante observar que dentre as histórias que lhe interessaram, 12 eram etiquetadas como homicidas. 11 mataram ou foram mandantes de crimes contra seus maridos e amantes. Quase todas contavam histórias hoje catalogáveis como violência doméstica. Passaram de vítimas a algozes. Apenas uma delas matou, aos 15 anos, por estrangulamento, 08 irmãos e 06 primos: um caso que – à época – por tão extraordinário, ganhou os jornais. Afinal, ele era eficiente para manter o estigma tão bem trabalhado por Barros, 2004. As outras 04 mulheres entrevistadas estavam etiquetadas como infanticidas. Essas informações corroboram a assertiva feita por Diniz (2013, p. 18), quase 90 anos depois, sobre a casa como espaço de risco.

da de *louca perigosa*, a justificar sua manutenção eterna dentro dos muros do manicômio. Mas dados levantados no Rio de Janeiro desmentem essa conclusão. Observe-se a coluna que conta sobre as infrações penais praticadas pelas mulheres desinternadas até 15 de agosto de 2016: 72,72% eram etiquetadas como homicidas e 18,18%, etiquetadas como traficantes. A análise dos dados integralmente, aponta que o percentual total do período é de 43,75% incidências do tipo de homicídio. Some-se que nenhuma delas foi recapturada em *reiteração criminosa*. Assim, as etiquetas sociais, quando olhadas de perto, não colam nas mulheres em cumprimento de medida de segurança.

Em 1925, os tipos penais que mais encarceravam mulheres eram as "offensas physicas". No Título X do Código Penal de 1890 (Dos Crimes Contra a Segurança de Pessoa e Vida) estavam reunnidos: homicídio (capítulo I, artigos 294/297), infanticídio[26] (capítulo II, artigo 298), suicídio (capítulo III, artigo 299), aborto (capítulo IV, artigos 300/302), lesões corporais (capítulo V, artigos 303/306) e duelo (capítulo VI, artigos 307/314). Considerando que a estatística de 1925 considerou em separado homicídio e infanticídio, conclui-se que, dentro da epígrafe "offensas physicas", Silveira estava se referindo especificamente aos tipos de duelo, suicídio, lesões corporais e abortos.

No Distrito Federal de 1925, nenhuma mulher cumpria pena pelo crime de infanticídio. Silveira[27]– ao analisar – comparativamente os números do RJ com os levantados em 09 estados da federação, concluiu que no interior se verificavam mais infanticídios e, na cidade, mais abortos. Ela aprofunda a relação de abortos e infanticídios com a cultura da época, que criminalizava, no mínimo, moralmente a mulher que desafiava os padrões impostos pelo patriarcado.

Na estatística de 1925, os dados sobre as mulheres do RJ presas por condenações pelo crime de aborto não estão nítidos, mas ocultados em outras "offensas physicas". Vamos ver se conseguimos ouvir, aqui, o que os dados sussurram...

Suicídio. Rara é a incidência de alguém preso por condenação decorrente da prática de auxílio ou induzimento ao suicídio. Duelo dificilmente

---

[26] Contextualize-se que o infanticídio era punido muito severamente no Código de 1890. A pena de reclusão era de 06 a 24 anos, caso a mulher matasse o filho recém-nascido nos primeiros 07 dias de seu nascimento. Hoje, o tipo de infanticídio se refere ao estado puerperal, sem data definida, e é apenado com reclusão de 02 a 06 anos.

[27] SILVEIRA, 1926, p. 94. Por mais brilhante e muito a frente de seu tempo, não concordamos com as colocações da Dra. Nise sobre aborto.

seria praticado por mulheres. E, se arriscarmos aplicar a estatística atual de 0,27% de lesões corporais praticadas por mulheres, já que a que cheguei em relação às loucas infratoras seria inaplicável pois a inimputabilidade gerava a absolvição sob a égide do Código de 1980. Bem, se arriscarmos essa conta, que, como se disse, é um risco, e o que direi agora é a tentativa de escutar o sussurro de dados de 1925, alcançaríamos o resultado aproximado de que 80% das mulheres privadas de liberdade no Rio de Janeiro de 1925 estavam encarceradas pela prática de aborto. Assim, o maior índice de crimes praticados por mulheres tem que ver com a recusa de seu *papel de mãe.*

Hoje são poucas as mulheres presas no Brasil pela prática de aborto. São 43 ao todo, conforme Tabela 11 do INFOPEN Geral (p. 65). Mas, a criminalização joga para debaixo do pano e para as cifras desconhecidas pelas contagens oficiais, o número das mulheres que morrem por abortos clandestinos. E este número é assustador[28]. Desse modo, a diminuição do encarceramento em razão do aborto não pode ser lida como uma modificação dos valores sociais. Estamos em um tempo em que já se discute o tema e as práticas sociais, de modo que o espaço das lutas por dignidade está em desenvolvimento, mas ainda há muitas batalhas a serem travadas no processo de densificação dos direitos humanos.

Os dados falam... Se a quantidade de mulheres encarceradas em cumprimento de medida de segurança é menor, menor, contudo, não é a carga de penalização que sofrem: são mais marcadas. Muito mais marcadas.

6 RESSIGNIFICAÇÃO DA LUTA ANTIMANICOMIAL EM PROL DAS MULHERES MANICOMIALIZADAS

> "A perseguição teve fim, as fogueiras foram apagadas. Em contrapartida, gerações e gerações de mulheres foram atingidas pelo horror ao sexo, como coisa do Diabo, e rotuladas de frígidas, não encontrando qualquer satisfação no casamento e no ato sexual, visto apenas como obrigação de satisfação a dar à sociedade pela obrigatoriedade de se tornar mãe. O lar, transformado num gineceu moderno, abafou os milenares conhecimentos curativos, assim como sufocou os desejos, as aptidões, as ambições femininas. A mulher passou a ser somente dona do lar, cabendo a ela transmitir às filhas a submissão ao pai, ao irmão e, mais tarde, ao marido; assim como também deveria transmitir o pudor, a discrição e mesmo a frigidez".
>
> Maria Nazareth Alvim de Barros.
> As Deusas, as Bruxas e a Igreja

[28] Abortos ilegais matam 1 mulher a cada 9 minutos. Dado disponível em: http://www.womenonwaves.org/pt/page/380/safe-abortion-saves-women-s-lives. Acesso 15 ago. 2016

7 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, traremos algumas reflexões sobre o tema do estudo, a partir do marco pedagógico e de ação, chamado por Herrera Flores (2009, p. 113-143) de "diamante ético".

O *diamante ético* é uma imagem da realidade dos direitos humanos, na qual se investigam segundo uma metodologia relacional, sua *semântica* (eixo conceitual ou vertical[29]) e sua *pragmática* (eixo material ou horizontal [30]), em 03 camadas de um esquema que tem no centro a *dignidade humana*. Isso porque Flores assume, como premissa básica que inexiste um dado pronto e acabado que se pode denominar direitos humanos. A reinvenção dos direitos humanos se traduz na compreensão de que eles são sempre um processo de *luta por dignidade*. E é nesse sentido que trabalharemos com a ideia de ressignificação da luta antimanicomial em prol das mulheres com transtornos mentais em conflito com a lei no Rio de Janeiro.

Externamente, o diamante se compõe pelo quadrilátero: teorias – forças produtivas – relações socias de produção – instituições, com elementos de ambos os eixos conceitual e material.

Sobre "teorias", importante é a reflexão de Foucault (2013, p. 56), para quem o "poder político não está ausente do saber, ele é tramado com o saber", de modo que a opção pelo marco teórico Herrera Flores está absolutamente enredada com a potência transformadora que se busca provocar. Se a reforma psiquiátrica é a abolição da escravidão do doente mental, os grilhões que amarram a mulher louca infratora no manicômio judiciário são ainda muito mais difíceis de romper.

Todos os aspectos que determinam como se produz a cisão artificial entre normais e loucos (CARVALHO, 2013, p. 288) e que fundamenta a discriminação entre a louca e a louca infratora estão na base das "relações sociais de produção". *A produção da loucura é um produto cultural*[31] e responde a determinadas "forças produtivas". Quais seriam? As mesmas que produzem exclusão na sociedade capitalista. Especialmente quando se observa que os manicômios foram/são investimentos muito rentáveis (ARBEX, 2013, p. 228).

---

[29] Os elementos do eixo conceitual são: (1) teorias, (2) instituições, (3) posição, (4) narrações, (5) espaços e (6) valores.

[30] Os elementos do eixo material são: (1) forças produtivas, (2) relações sociais de produção, (3) disposição, (4) historicidade, (5) práticas sociais e (6) desenvolvimento.

[31] FOUCAULT, 2014, p. 56. Em História da Loucura, Foucault nos apresenta o dado de que a polícia de internamento e a política mercantil produziram o fenômeno da loucura (p. 80).

Vire-se, agora, o diamante, para olhar o reflexo da camada mais densa, a que mais se aproxima do epicentro do diamante, porque o processo de *tomada de consciência* (disposição) me atravessou a partir do "espaço" do manicômio. Não se trata, porém, de "espaço" fixo, estático, imóvel. Não. Ele é fluido. Está carregado de um significado de tensão permanente. A luta antimanicomial se propõe a derrubar os muros do manicômio. Mas esses muros não são apenas físicos. São também internos. A luta precisa enfrentar os *muros do preconceito*, que se erguem no espaço do simbólico e do cultural. Daí, o "espaço" da discussão ser plástico e se destinar a abrir *fendas* e a escancarar as *portas para o mundo*[32], sob pena de se testemunhar a ressignificação do discurso da exclusão, que insiste em se renovar, em outros muros manicomiais, chamados, por exemplo, de comunidades terapêuticas. O caminho é buscar "práticas sociais" que se proponham mais que derrubar. Que sejam capazes de provocar a implosão do manicômio, em um movimento que se pretende *de dentro para fora*.

Minha questão é: enquanto estão sendo *reinventadas as prisões*, segue firme a derrubada dos manicômios. Os dados demonstram que uma série de desinternações estão sendo feitas de modo tão responsável que não se constatou a chamada *reiteração criminosa*. Por quê? Por força das práticas sociais. As "formas de organização e ação" em prol do direito das mulheres manicomializadas a serem tratadas em meio livre englobam, por exemplo:

(1) discussão horizontal e definição da política institucional da Defensoria, dentro do "espaço institucional" da COGASP[33], em relação ao tema da saúde no sistema prisional, em reuniões mensais que se transformam em fórum de decisão sobre ações estratégicas a serem adotadas e quais são os responsáveis por elas;

(2) a indicação de que o atendimento às mulheres encarceradas tenha prioridade enquanto política institucional da Defensoria Pública, aprovada em reunião ordinária mensal no colegiado institucional da COGASP[34], que – a toda evidência – significa resposta do sistema de justiça à especifi-

---

[32] Em outubro de 2015, organizamos um seminário para discutir este tema. Chamava-se Manicômios Judiciários: como fechar a porta de entrada e otimizar a porta de saída? Ao final, foi inaugurada uma exposição com trabalhos de arte dos manicomializados, que consistia . Disponível em http://www.rj.gov.br/web/dpge/exibeconteudo?article-id=2615016. Acesso 19 ago. 2016.

[33] COGASP é a Comissão de Garantia da Atenção Integral à Saúde da Pessoa Privada de Liberdade, criada pela Resolução DPGE n. 787, de 11/06/2015.

34 RIO DE JANEIRO, 2015.

cidade da pessoa que foi erigida como epicentro pelo qual atravessam e dirigem-se esses diversos fatores ou camadas de vulnerabilidade.

(3) participação nos encontros *Caminhos da Desinstitucionalização*, organizados pelo Centro de Estudos do Hospital de Custódia e Tratamento Psquiátrico Henrique Roxo, que são carregados de poder simbólico, vez que mensalmente todos os trabalhadores do HCTP, a rede de saúde mental dos municípios com pacientes internados, a equipe da Defensoria Pública (estagiários, servidores e defensores), professores universitários, sentam em roda para discutir as dificuldades e possibilidades do *como* fazer a luta antimanicomial. Os encontros se realizam no auditório do HCTP-HR, portanto, *dentro* de um manicômio;

(4) participação no Grupo de Trabalho Saúde, do Comitê Estadual de Combate e Prevenção à Tortura da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, aberto à sociedade e cujas reuniões a Defensoria Pública sedia;

(5) articulação de visita interinstitucional das defensorias públicas dos 04 estados mais encarceradores do Brasil (SP, MG, RJ e PE) ao PAILI-GO[35] , que é experiência exitosa integralmente sintonizada com os ditames da Lei 10.216/01;

(6) articulação com a Comissão de Execução Penal do CONDEGE – Conselho Nacional de Defensores Gerais, que representa a reunião de todas as defensorias públicas do Brasil, para que fosse apresentada proposta de indulto para quem cumpre medida de segurança por mais tempo que o prazo *mínimo* cominado em abstrado ao delito. A redação dos decretos de indulto dos últimos anos é que o indulto de medidas de segurança se alcança pelo prazo máximo da pena *in abstrato*. A sugestão foi incorporada ao documento oficial do CONDEGE encaminhado ao CNPCP (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária) enquanto sugestão para a minuta de decreto de indulto a ser encaminhada anualmente à presidência da república.

(7) litigância estratégica internacional, como recurso e ferramenta fundamental para um programa de expansão de direitos e incidência em políticas públicas de direitos humanos (CELS, 2008) perante Relatorias da ONU e no exame periódico universal.

É na "vontade de encontro" (HERRERA, 2009, p. 108) que se materializam os direitos humanos. É na construção de "trama de relações" (Ibidem,

[35] Confira: http://www.mpgo.mp.br/portal/noticia/paili-e-apresentado-a-comitiva-de-defensores-servidores--do-mp-e-da-saude-de-quatro-estados#.V7ct2SgrLIU. Acesso em 19 ago. 2016.

idem) que se faz possível aumentar as potencialidades humanas. Nesse sentido, outra prática muito importante, talvez a mais estratégica, tenha que ver com o *modo de atendimento* às pessoas com transtorno mental em conflito com a lei.

O atendimento jurídico da Defensoria Pública ("posição"/"disposição") foi transformado em um momento de discussão do caso clínico *com a participação da pessoa manicomializada*. A equipe técnica apresenta os percalços que tem enfrentado para provocar a RAPS (rede de atenção psicossocial[36]) e, a Defensoria busca quais ferramentas jurídicas podem ser acionadas para potencializar o "desenvolvimento" da luta por dignidade.

Nesse sentido, o *direito é instrumento de luta e não um fim em si mesmo*. Ele é conformado pela necessidade e não o oposto. O direito funciona como continente e não como conteúdo. Esse é um "valor" (Ibidem, p. 135) primordial que se elenca ao lado da indefensabilidade da exploração do sofrimento humano e do valor liberdade, que, em si, é terapêutica. Além disso, a instrumentalização do direito responde a uma "racionalidade de resistência" (Ibidem, p. 150), que o ressignifica.

A história da saúde mental é uma "narrativa" de lutas. A loucura como *doença* sugere que o *problema* é a pessoa doente mental. Esse "modo a partir do qual" a situação da loucura nos é definida, reforça o estigma no outro e determina a "forma pela qual nos dizem como devemos participar das relações sociais". Nesse sentido, é quase revolucionário sugerir que o problema reside na "rede de interações de pessoas" e não na pessoa (COOPER, 1967, p. 47).

Quando a pessoa com transtorno mental conflita com a lei, em momento no qual não tinha capacidade de compreender o caráter ilícito da norma, nem de se adequar a tal compreensão, está formulando uma espécie de *pedido de ajuda* a ser decodificado por todas as agências do sistema de justiça e de atenção psicossocial. Daí a observação de Diniz (2013, p. 19):

> Estamos diante de um grupo de indivíduos cuja precariedade da vida é acentuada pela loucura e pela pobreza, mas também diante de vidas precarizadas pela desatenção das políticas públicas às necessidades individuais e aos direitos fundamentais. (grifamos)

[36] Cfe. Portaria MS n. 3088, de 23.12.2011.

Nesse sentido, o *problema se desenvolveu* (HERRERA, 2009, p. 136) porque a rede de atenção psicossocial não teve capacidade suficiente para prestar o acolhimento de que a pessoa com sofrimento psíquico demandava. E, por causa da *ausência de condições* (sociais, econômicas e culturais) *viabilizadoras do acesso ao bem liberdade* – fruto de árdua luta do MNLA[37] e outros atores sociais mobilizados e mobilizadores de *práticas sociais* pela reorientação do modelo asilar – que foi densificado o direito de ter acesso ao melhor tratamento de saúde, consentâneo às suas necessidades, pelos meios menos invasivos e, preferencialmente, em meio livre (Lei n. 10.216/01, artigo 2º, parágrafo único, incisos I, VII e IX).

Aqui, *desenvolvimento e práticas sociais* se cruzam e se realizam (ou não) nas *instituições.* Explico.

A RAPS tem se ampliado a partir da demanda de atores sociais por serviços de saúde. Veja, por exemplo, a Portaria MS n. 122, de 25.01.2011 que define diretrizes de organização e funcionamento das equipes de Consultório de Rua (eCR). Elas são o braço institucional da RAPS que desenvolve ações de atenção básica voltada para a população em situação de rua. Observe-se que na justificativa da norma jurídica regens da política de saúde mental, há expressa referência aos atores sociais que atuaram em favor do processo de luta para o acesso aso bens quer pretendiam obter. São: o Movimento Nacional da População em Situação de Rua e as equipes de atenção básica.

Acredita-se que quanto maior a for a capilaridade das instituições que integram a RAPS, especialmente do Centro de Atenção Psicossocial (CAPS), melhor será a escuta qualificada da saúde em relação aos pedidos de ajuda e menos potencialização de estigmas pelo sistema de justiça penal será produzida.

As "teorias" (Ibidem, p. 148) estão mergulhadas no componente cultural ("historicidade"), que interconecta as questões políticas e econômicas (2ª camada do diamante).

> A cultura não é uma entidade alheia ou separada das estratégias de ação social; ao contrário, é uma resposta, uma reação à forma como vão se constituindo e se desdobrando as relações sociais, econômicas e políticas em um tempo e um espaço determinados.

[37] Movimento Nacional da Luta Antimanicomial.

Nesse sentido verificou-se que o maior índice de crimes praticados por mulheres tem que ver com a recusa do *papel de mãe* e do "devido lugar" (BARROS, 2004, p. 343) atribuído culturalmente à mulher. Barros aponta que as mulheres eram o alvo das acusações dirigidas aos hereges, porque "a Inquisição não se dispunha somente a punir aquelas que eram acusadas de bruxaria. Ela se dispunha a queimar as mulheres, não se importando em averiguar as acusações de que eram vítimas" (Ibidem, p. 375). Os suplícios mudaram sua forma pública de serem infringidos e a punição passou a ser o adestramento pelo internamento em hospitais e conventos (CHESKYS, 2014, p. 119).

Foucault (1995, p. 34) conta que a pena para mulheres era a *reclusão no hospital*. E Lima (2015), refletindo sobre a história de vida de Camille Claudel, exemplifica:

> Quando Camille transgrediu os estereótipos de gênero de sua época, *revelou mecanismos de poder que fabricam esses estereótipos*. Era um exemplo perigoso para outras mulheres. Portanto, tentaram "corrigir" violentamente sua anormalidade. O que define o anormal é que ele constitui, em sua existência mesma, a transgressão de leis invisíveis da sociedade, leis que são naturalizadas. O anormal desafia aquilo que é demarcado como impossível e proibido. Imaginem que disparate: uma mulher esculpindo pedras!

Herrera Flores (2009, p. 122-123) aponta que "se uma teoria chega a ser posta em prática institucionalmente, aumenta sua capacidade de durar, de ser transmitida e, inclusive, de *resistir* a possíveis deformações". Problematiza que a institucionalização não é a solução para todos os males e pondera sobre o risco da captura das relações e do arrefecimento da mobilização. Mas reconhece que o "componente institucional dos direitos" joga relevante papel na prática das ideias críticas sobre os direitos. Aqui, arrisco que ele e Freire falavam da mesma coisa. Herrera Flores propõe a construção de uma *práxis*. Nem verbalismo sem prática, nem ativismo sem teoria. Assim, se ressignifica a luta antimanicomial em prol das mulheres com transtornos mentais em conflito com a lei no Rio de Janeiro.

8 REFERÊNCIAS

ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro**. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

AMARANTE, Paulo. **Saúde Mental e Atenção Psicossocial**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz; 2007.

BARROS, Maria Nazareth Alvim de. **As Deusas, as Bruxas e a Igreja**: séculos de perseguição. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Tempos, 2004.

BOITEUX, Luciana. **Controle Penal sobre as Drogas Ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

BORGES, Nadine. **Damião Ximenes**: primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

_____; CUNHA, José Ricardo. Direitos humanos, (não) realização do estado de direito e o problema da exclusão. In: CUNHA, José Ricardo. **Direitos Humanos, Poder Judiciário e sociedade.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011. p. 207-247.

BRASIL. Ministério Da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN JUNHO DE 2014.** Disponível em: http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf. Acesso em 15 ago.2016.

_____. _____. _____. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN MULHERES. JUNHO DE 2014.** Disponível em: http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf. Acesso em 15 ago.2016.

_____. _____. _____. Secretaria de Políticas para as Mulheres. **Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional**: documento basilar para a elaboração da Portaria Interministerial MJ/SPM n. 210/2014. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/mulheres-1/anexos-projeto-mulheres/doc-basilar-politica-nacional-versao-final.pdf. Acesso 15 ago. 2016.

CAETANO, Haroldo (coord.). PAILI: **Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator**. 3ª. ed.. Goiânia: MP/GO, 2013.

_____. Reforma Psiquiátrica nas Medidas de Segurança: a experiência goiana do PAILI. **Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano**, v. 20, n. 1, 2010. p. 112-115.

CARVALHO, Salo de. Substitutivos Penais na era do Grande Encarceramento. In: **Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II**, p. 166. Acessível em: http://www.academia.edu/2758949/Substitutivos_Penais_na_Era_do_Grande_Encarceramento.

_____. **Antimanual de Criminologia**. 5a. ed.. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2005.

CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS). **La lucha por el derecho.** Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2008.

CHESKYS, Débora. **Mulheres Invisíveis:** uma análise da influência dos estereótipos de gênero na vida de mulheres encarceradas. 2014. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

COOPER, David. **Psiquiatria e Antipsiquiatria**. Tradução de Regina Scnaiderman. São Paulo: Editora Perspectiva, 1967.

DALLPOSSO, Luana Karina. **Prisão e Loucura:** uma narrativa de mulheres em medida de segurança no Distrito Federal. 2013. 45 f. Monografia (Trabalho de Fim de Curso em Serviço Social) – Universidade de Brasilia, Brasilia.

DELGADO, Pedro Gabriel. **As Razões da Tutela:** psiquiatria, justiça e cidadania do louco no Brasil. Rio de Janeiro: Te Corá, 1992.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Modelos e Movimentos de Política Criminal.** Rio de Janeiro: Revan, 1992.

DINIZ, Debora. **A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil:** censo 2011. Brasilia: Letras Livres: Editora Universidade de Brasilia, 2013.

_____. **Cadeia:** relatos sobre mulheres. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto Machado. 4a. ed.. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

_____. **História da Loucura:** na idade clássica. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2014.

_____. **Microfísica do Poder.** Organização e tradução de Roberto Machado. 28ª reeimpressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

_____. **Os Anormais:** curso no Collège de France (1974-1975). Tradução Eduardo Brandão. 4ª tiragem. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 12ª ed.. Petrópolis: Vozes, 1995.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A Reinvenção dos Direitos Humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparcido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HIRATA, Helena. **Gênero, Classe e Raça: interseccionalidade e consubstancialidade das relações sociais.** Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, v. 26, n. 1. p. 61-73.

IBRAHIM, Elza. **Manicômio Judiciário:** da memória interrompida ao silêncio da loucura. Paraná: Editora Appris, 2014.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos.** Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2015.

LIMA, Daniela. **Camille Claudel**: a quem serve a normalidade? Disponível em: https://blogdaboitempo.com.br/2015/11/03/camille-claudel-a-quem--serve-a-normalidade/. Postado em 03/11/2015. Acesso em 17 ago. 2016.

MAGNO, Patricia e FRANCO, Glauce. **I Relatório Nacional de Atuação em Prol de Pessoas e/ou Grupos em Condição de Vulnerabilidade**. Brasilia: Forum Justiça e ANADEP, 2015.

MESSUTI, Ana. **O Tempo como Pena**. Tradução de Tadeu Antonio Dix Silva e de Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIO DE JANEIRO (Estado). Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relatório Temático do Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro. **Mulheres, Meninas e Privação de Liberdade no Rio de Janeiro**. 2016. Disponível em: http://piaui.folha.uol.com.br/lupa/wp-content/uploads/sites/24/2016/03/Mulheres-Meninas-e-Priva%C3%A7%C3%A3o-de-Liberdade-no-Rio-de-Janeiro-010316.pdf. Acesso em 15 ago.2016.

_____. Resolução DPGE n. 787, de 11 de junho de 2015. **Cria a Comissão de Garantia da Atenção Integral à Saúde da Pessoa Privada de Liberdade** (COGASP). Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 16 jun. 2015. Parte IDP, Ano XLI, n. 104.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal**: teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2014.

QUEIROZ, Nana. **Presos que Menstruam**: a brutal vida das mulheres – tratadas como homens – nas prisões brasileiras. Rio de Janeiro: Record, 2015.

SILVEIRA, Nise da. **Ensaio sobre a criminalidade da mulher no Brasil**. These Inaugural. Bahia: Imprensa Oficial, 1926.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução Vânia Romano e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

9 Anexo – Dados sobre as Mulheres em Cumprimento de Medida de Segurança de Internação no HCTP-Roberto de Medeiros, no Estado do Rio de Janeiro, no perído de janeiro de 2015 a agosto de 2016.

Parte I – Arquivo Morto: já desinternadas.
Subtotal de casos = 09 mulheres
13 tipos penais distintos

1 – Caso O.C.A.
Tipo Penal: CP, art. 121, caput (homicídio simples)
Inimputável (CP, 26, caput)
Data da privação de liberdade: 26/12/12
Data da desinternação: 01/09/15
Tempo de Internação: 02 anos e 09 meses

2 – Caso V.N.M.
Tipo Penal: CP, art. 121, caput, c/c art. 14, II (tentativa de homicídio simples)

Inimputável (CP, 26, caput)
Data da privação de liberdade: 13/09/12
Data da desinternação: 31/01/2015
Tempo de Internação: 03 anos e 08 meses

3 – Caso T.F.S.L.
Tipo Penal: art. 33 c/c art. 40, VI da Lei de Drogas (tráfico)
Semi imputável (CP, 26, parágrafo único) – 1 ano 11 meses 10 dias detenção
Data da privação de liberdade: 17/12/13
Data da desinternação: 28/12/2015*
Tempo de Internação: 02 anos e 11 dias
*caso de excesso de execução, alvará em sede de HC.

4 – Caso M.A.E.
1º Tipo Penal: CP, art. 121, §2º (homicídio qualificado)
Inimputável (CP, 26, caput)
2º Tipo Penal: CP, art. 121, §2º (homicídio qualificado)
Inimputável (CP, 26, caput)
Data da privação de liberdade: 09/12/1997
Data da desinternação: 29/01/2016
Tempo de Internação: 18 anos e 01 mês

5 – Caso A.C.C.S.
Tipo Penal: CP, art. 121, §2º (homicídio qualificado)
Inimputável (CP, 26, caput)
Data da privação de liberdade: 05/06/2011
Data da desinternação: 26/02/2016
Tempo de Internação: 04 anos e 08 meses

6 – Caso F.M.P.
Tipo Penal: CP, art. 129, §2º (lesão corporal agravada)
Inimputável (CP, 26, caput)
Data da privação de liberdade: 10/05/2003
Data da desinternação: 27/12/2015**
Tempo de Internação: 12 anos e 07 meses
** caso de excesso de execução, INDULTO.

7 – Caso F.S.F.
Tipo Penal: CP, art. 121, §2º c/c art. 14, II (tentativa de homicídio qualificado)
Inimputável (CP, 26, caput)
Data da privação de liberdade: 25/02/2015
Data da desinternação: 11/08/2015
Tempo de Internação: 06 meses

8 – Caso S.A.
1º Tipo Penal: CP, art. 121, caput (homicídio simples)
Inimputável (CP, 26, caput)
2º Tipo Penal: CP, art. 121, caput c/c art. 14, II (tentativa de homicídio simples)
Inimputável (CP, 26, caput)
Data da privação de liberdade: 17/11/1987 e nova reinternação sem novo delito em 04/07/2013
Data da desinternação: 07/09/2012 e nova desinternação em 06/08/2015
Tempo de Internação: quase 30 anos de idas e vindas (27 anos e 08 meses)

9 – Caso B.M.L.C.
Tipo Penal: art. 33 da Lei de Drogas (tráfico)
Semi imputável (CP, 26, parágrafo único)
Data da privação de liberdade: 20/06/2013
Data da desinternação: 06/05/2015
Tempo de Internação: 01ano e 11 meses

Parte II – Arquivo Vivo: ainda internadas.
Subtotal de casos = 13 mulheres
20 tipos penais distintos

1 – Caso S.R.O.D.
Tipo Penal: CP, art. 121, §2º (homicídio qualificado)
Inimputável (CP, 26, caput)
Data da privação de liberdade: 26/04/13
Data da desinternação: -
Tempo de Internação: mais de 03 anos e 04 meses

2 – Caso M.H.S.V.
1º Tipo Penal: CP, art. 157 (roubo simples)
Inimputável (CP, 26, caput) – MS: medida de segurança.
2º Tipo Penal: CP, art. 157 (roubo simples)
Imputável – PPL em regime aberto.
Data da privação de liberdade: 03/02/2012
Data da desinternação: -
Tempo de Internação: mais de 04 anos e 06 meses
3 – Caso L.S.P.
Tipo Penal: CP, art. 121, §2º (homicídio qualificado)
Inimputável (CP, 26, caput)
Data da privação de liberdade: 28/05/2013
Data da desinternação: -

Tempo de Internação: mais de 03 anos e 03 meses
4 – Caso T.S.F. "ou" S.S.*
1º Tipo Penal: CP, art. 155 (furto simples)
Inimputável (CP, 26, caput) – MS: medida de segurança.
2º Tipo Penal: CP, art. 157, §2º
Inimputável (CP, 26, caput) – MS: medida de segurança.
3º Tipo Penal: CP, art. 155 c/c art. 14, II (tentativa de furto simples)
Imputável – PPL em regime aberto convertida em MS no curso da execução penal.
Data da privação de liberdade: 31/10/2010
Data da desinternação: -
Tempo de Internação: mais de 06 anos e 05 meses
*utilização de mais de um nome; ausência de registro civil de nascimento.

5 – Caso E.L.S. "ou" M.A.B.S.**
1º Tipo Penal: CP, art. 157 (roubo simples) e CP, 307 (uso de documento falso)
Imputável – PPLs em regime SEMIABERTO convertidas em MS no curso da execução penal.
2º Tipo Penal: CP, art. 157 (roubo simples)
Inimputável (CP, 26, caput) – MS: medida de segurança.
3º Tipo Penal: CP, art. 155 c/c art. 14, II (tentativa de furto simples)
Inimputável (CP, 26, caput) – MS: medida de segurança.
Data da privação de liberdade: 05/05/2012
Data da desinternação: -
Tempo de Internação: mais de 04 anos e 03 meses
**utilização de mais de um nome; inacesso a documentação civil: 2ª via?; registro tardio?

6 – Caso C.S.C.
Tipo Penal: CP, art. 157 (roubo simples)
Inimputável (CP, 26, caput)
Data da privação de liberdade: 03/04/2015
Data da desinternação: -
Tempo de Internação: mais de 01 ano e 04 meses

7 – Caso E.S.M.
Tipo Penal: CP, art. 121, caput (homicídio simples)
Inimputável (CP, 26, caput)
Data da privação de liberdade: 16/07/2014
Data da desinternação: -
Tempo de Internação: mais de 02 anos e 01 mês

8 – Caso E.M.V.
Tipo Penal: CP, art. 121, caput c/c art. 14, II (tentativa de homicídio simples)
Inimputável (CP, 26, caput)
Data da privação de liberdade: 05/12/2013
Data da desinternação: -
Tempo de Internação: mais de 02 anos e 08 meses

9 – Caso P.P.C.
Tipo Penal: CP, art. 121, caput c/c art. 14, II (tentativa de homicídio simples)
Inimputável (CP, 26, caput)
Data da privação de liberdade: 06/01/2015
Data da desinternação: -
Tempo de Internação: mais de 01 ano e 07 meses

10 – Caso L.F.S.
Tipo Penal: CP, art. 148 (cárcere privado) c/c art. 129 (lesão corporal)
Inimputável (CP, 26, caput)
Data da privação de liberdade: 07/01/2013
Data da desinternação: -
Tempo de Internação: mais de 03 anos e 07 meses

11 – Caso R.F.B.S.
Tipo Penal: CP, art. 121, caput c/c art. 14, II (tentativa de homicídio simples)
Inimputável (CP, 26, caput)
Data da privação de liberdade: 10/06/2014
Data da desinternação: -
Tempo de Internação: mais de 02 anos e 02 meses

12 – Caso M.F.O.
Tipo Penal: CP, art. 157, §2º
Inimputável (CP, 26, caput)
Data da privação de liberdade: 16/04/2013
Data da desinternação: -
Tempo de Internação: mais de 03 anos e 02 meses

13 – Caso A.P.P.
Tipo Penal: CP, art. 148 (cárcere privado) e art. 329 (resistência)
Inimputável (CP, 26, caput)
Data da privação de liberdade: 01/03/2013
Data da desinternação: -
Tempo de Internação: mais de 03 anos e 05 meses

ENTRE A AÇÃO POLÍTICA DAS MULHERES E A PARTICIPAÇÃO DAS MULHERES NA POLÍTICA: O QUE ESTAMOS NEGLIGENCIANDO?[1]

Samantha Buglione[2]
Bruna Anziliero[3]

RESUMO: O presente estudo analisa a participação política das mulheres a partir de uma distinção entre ação política e participação na política. O primeiro sentido, o de ação política, está, neste estudo, vinculado a autores como Maquiavel, Arendt e Agamben, enquanto o segundo, o de participação na política, vincula-se e destaca o *locus* da concepção aristotélica e a estatização que ocorreu na modernidade. Para realizar a pesquisa fizemos um levantamento junto às duas revistas acadêmicas mais antigas de gênero e feminismo no Brasil: Cadernos Pagu e Revista Estudos Feministas. O marco teórico é o conceito de política como liberdade. Por essa razão, tanto o ato quanto a ação política, estariam para além da participação em governos, estados, instituições e movimentos. A hipótese é que ao se adotar o conceito de ação política como exclusiva participação em instituições e governos se está, não apenas a reforçar a política como algo pertencente a um lugar (*locus*), mas a limitar o sentido radical de arte política. Entre as conclusões observa-se que a construção teórica brasileira, ao menos o que foi publicado em revistas confessamente feministas e de gênero, nos últimos quinze anos, não contemplou outros matizes de atos e ações políticas, limitando-se a conceber a participação e ação política das mulheres como participação em instâncias de governos ou instituições. Apesar dos avanços em se politizar questões tradicionalmente vistas como não políticas, a exemplo da reprodução e sexualidade e da violência doméstica, a participação das mulheres, mesmo nestes temas, só é vista como política se ocorre dentro dos padrões tradicionais de um locus previamente eleito como legítimo. Observa-se que o sentido da arte política não foi revisitado. Por esta perspectiva tradicional, política assume um papel heterônomo e mediado e não autônomo. Mantém-se, assim, a política como algo de um *locus*: a *polis*; só que agora uma *polis* secular, estatizada e jurisdicizada e per-

[1] Este estudo não está vinculado a grupo de pesquisa ou obteve financiamento de agencias de fomento. Resulta, exclusivamente, do interesse e tempo das suas autoras

[2] Doutora em ciências humanas, mestre em direito, professora de ética e filosofia do direito, atualmente estuda Goethe e o Mal. E-mail: buglione.s@gmail.com

[3] Advogada, administradora pública, pós-graduanda em processo civil. E-mail: brunaanz@gmail.com

de-se, com isso, a percepção da política como uma capacidade dos sujeitos, ou seja, como liberdade e arte.

PALAVRAS-CHAVE: Ação política. Democracia. Mulher. Participação na política.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Ponto de Partida: Revisitando Conceitos. 3. A Pluralidade de Vozes: da Política e da Democracia. 4. A Política Nossa de Cada Dia. 5. A Participação Política: Escolhas Limitantes, Conceitos Limitados. 6. O que Estamos Ignorando, o que Estamos Construindo?. 7. Observações Finais. 8. Referências.

1 INTRODUÇÃO

IMPASSE
A maioria das gentes vive de convicções e não de ideias. É uma sorte. O homem de ideias pode por isso mesmo vir a abandoná-las honestamente por outras, mas o homem de convicção, nunca! O que não deixa de ser um azar. Pois sendo as mesmas inabaláveis convicções que movem este mundo, o resultado é esse eterno desconcerto.
(Mario Quintana)

Qualquer indagação sobre o sentido de temas complexos, como o de política, exige uma resposta tão simples e conclusiva que todas as outras estariam dispensadas. É dessa forma que Hannah Arendt (2002) afirma que o sentido da política é a liberdade. Pensar a política e a ação política como liberdade tem implicações tão determinantes que nos permite, por exemplo, admitir que a política é condição para a existência da democracia. Mas, isso se pensarmos a democracia como uma guardiã da diversidade, como um espaço legítimo para a pluralidade, e não apenas como resultado de um sufrágio. Além disso, temos aí uma redefinição do sentido tradicional de política como um lugar (*locus*) associado à existência de autoridade e de governos (Aristóteles). Estes *locus* de poder se redefinem quando se pensa a política como liberdade porque o próprio sentido de poder e autoridade se modificam.

Essas concepções são centrais neste estudo. Igualmente é central a ideia de que conceber o fenômeno político apenas o vinculado à participação em espaços públicos de representação institucional, sejam eles de governos ou movimentos, é limitante. Em outras palavras, afirmar que participação e ação política são sinônimas ou equivalem a participação na política (burocrática, de governos ou institucional) esteriliza o fenômeno

político e limita o seu sentido. Para Arendt (1993; 1999) o imperativo do temor, que pode ser a antivisão da sanção em estados de Direito ou restrições econômicas, leva a uma substituição da ação pela fabricação e da política pela administração.

Neste artigo apresentamos as primeiras análises de um estudo que pode ser chamado de despretensioso porque objetiva, mais do que trazer conclusões, compartilhar questionamentos sobre como estamos pensando a participação política das mulheres. Contudo, um conceito não conduz diretamente a outro, nem as teses às conclusões. E é aí que reside o nosso desafio. Este artigo está dividido em três partes: 1. apresentação dos conceitos basilares para o estudo; 2. contextualização e análise dos dados obtidos através da pesquisa com palavras-chave relacionadas ao tema, nos Cadernos Pagu e na Revista Estudos Feministas, disponíveis na biblioteca eletrônica SciELO, entre os anos 2001 a 2014 para os Cadernos Pagu e os anos de 2001 a 2015 para a Revista Estudos Feministas; e 3. observações finais.

2 PONTO DE PARTIDA: REVISITANDO CONCEITOS

Para iniciarmos é importante definir o entendimento das categorias usadas. Ao menos as que são centrais para a construção das nossas hipóteses, teses e conclusões. O significado clássico e moderno de política deriva do adjetivo *polis* que significa tudo que se refere à cidade, ao urbano, ao público, ao civil, ao sociável e social (Bobbio, 2000). Esta primeira definição se apresenta, em certa medida, como um conceito maleável e até frágil porque exige definir, ou ao menos pensar, a dinâmica complexa do que é de competência da cidade, o que é o público e o social. Esta necessidade, contudo, não surge até Maquiavel.

Se ficarmos com o sentido de política desenvolvido por Aristóteles, teremos como objeto de análise a política como ciência dos Governos. Apesar de Aristóteles conceber toda a ação de seres humanos livres como política, a sua realidade social locava estes sujeitos em um único campo: o da *polis*. Dessa forma, na sua época, política como ciência dos Governos seria totalmente aceitável uma vez não haver outro espaço (*locus*) para o exercício criativo de sujeitos livres. O sentido de política, assim, vinculava-se ao sujeito e ao seu lugar de ação: os cidadãos e a *polis* (quem e onde). A partir desta referência, considerar a participação e ação política das mulheres exclusivamente como atividade relacionada às coisas do Estado, é pensar política aplicando não apenas o sentido aristotélico do termo, mas sua reali-

dade social. Seria reverter a ação e a política a um lugar. Política, assim, torna-se burocracia institucional, administração, gestão. Algo que, em tese, permite e promove o controle.

Arendt (1993) vê a tradição ocidental da filosofia política como profundamente hostil à ação, contingência, pluralidade e aparência. Algo que decorre, sem duvida, das nossas heranças. Enquanto que para Péricles, por exemplo, liberdade era coragem, Hobbes, por sua vez, ancora toda a sua argumentação teórica no medo (Lara; Costa, 2013). Se por um lado o mundo dos gregos tinha na tragédia seu valor, o dos modernos pensa a liberdade como segurança. Isso parece um grande paradoxo se considerarmos que o sentido de autonomia só surge com Kant no século XVIII. Até então, a razão para a ação estava sempre fora do sujeito: ou na *physis* (natureza - gregos) ou em *Theo* (deus – Idade Média). É com a construção da autonomia e de um mundo antropocêntrico que se torna possível criar a razão humana como a base das relações sociais e do mundo. O paradoxo é que isso parece ter levado a se buscar mais segurança em vez de liberdade ou arte. O Estado de Direito, mais que a prudência jurídica dos gregos, engessa as relações sociais[4]. Assim, política tornar-se gestão é como transformar liberdade em segurança ou controle. Reduzir a ação política a um lugar é sintoma desta lógica.

O que percebemos é que a tradição ocidental tentou suplantar a arbitrariedade do mundo: caos, contingência, vontade, ação, política, poder, beleza, diferença. Contudo, o resultado é a produção de uma arbitrariedade ainda maior (Lara; Jean, 2013). Ou seja, de uma tirania da verdade e um engessamento da ação, da diversidade e da arte política. A busca da neutralidade que tenta superar o poder leva a igualitarismos inexistentes e a

[4] Bodin e Hobbes, talvez por terem sido testemunhas das guerras da sua época, advogam contra o caos e a desordem, ou, em outras palavras, contra a morte violenta. Buscam, assim, um Estado forte, soberano na expressão de Bodin, cuja supremacia política haveria de pacificar as facções religiosas. A noção de soberania, trabalhada inicialmente por Bodin, é um dos atributos definidores do Estado moderno e começou a desenvolver-se a partir dos intermináveis conflitos de jurisdição entre papas, reis e imperadores já na Idade Média; e significa, originalmente, o poder absoluto e perpétuo de um Estado para promulgar ou revogar leis, bem como fazê-las cumprir, ou seja, o Estado é o detentor exclusivo da jurisdição. Marcel David (1954) ao examinar o uso da palavra soberania e soberano, presentes nos séculos XIII e XIV, observa que nos séculos XII e XIII as noções em francês da palavra soberania já existiam, foram, contudo, adaptadas à estrutura social vigente. A idéia de soberania como "autoridade suprema" e "recusa de toda a ingerência de um superior no nível de uma potência reconhecida como legítima" já estava presente na idéia de auctoritas, daí decorre a idéia do conceito de "potência pública" se vincular a idéia de potestas (David, 1954). A idéia de soberania será determinante para a legitimidade no sentido de ser um poder político que se estabelece na figura do contrato centralizado no rei com vigência em um território específico. No capítulo 26 do Leviatã, Hobbes desenvolve uma tese fundamental para a estruturação, não apenas do Estado moderno, mas do que viria a ser chamado de Estado de Direito. A frase, plasmada em latim non veritas sed auctoritas facit legem, marca a posição contra um jusnaturalismo ingênuo, no sentido de serem as normas jurídicas não parte de uma natureza, mas antes, produzidas pela razão humana. As normas jurídicas são, assim, artificiais ou 'positivas' no sentido de 'estatuídas' [por estatuto].

uma cegueira que não permite ver a diversidade necessária para a ação política. Os acordos das declarações do século XVIII, que expressam consensos mínimos e universais, estão vinculados em sociedades modernas democráticas "com a ideia de uma filosofia política baseada não em fins ou objetivos (Aristóteles), nem em obrigações ou deveres (Kant), senão em direitos (Paine)" (Beuchot, 1999, p. 10). O sujeito de direitos é o novo cidadão. A diferença do Direito para outras normatividades está nos direitos *exigíveis* e nos *deveres coercíveis*, muito mais do que nas referências comuns e públicas de comportamento. Com isso, passamos a ter um único lugar legítimo de demandas e a política torna-se cada vez mais burocrática, com instâncias elevadas e concentradas que fogem ao controle do cidadão. Um exemplo prático são as liberações do uso de veneno nos alimentos. É tão complexa a cadeia que permite a legalidade que valida a liberação de agrotóxicos ou transgênicos que dificulta a ação política dos sujeitos nas instâncias de governos. A única opção parece ser fazer uso das instâncias legítimas do mesmo Estado/Governo, a exemplo do Judiciário. É como se tentássemos matar o dragão usando o próprio dragão. Isso mantém a lógica alienada da ação, no sentido de se buscar um poder mediado, terceirizado, para uma demanda real e atual. O boicote ou uma horta doméstica são vistos, com muito esforço, como ações políticas alternativas ou "não convencionais" e não como reais ações políticas. A autonomia inventada no século XVIII, esvaziada da tragédia e da contingência, parece ter se tornado força de administração e não combustível para a liberdade.

Apesar de Maquiavel[5] reconfigurar o *locus* da ação política de Aristóteles ao aproximar poder e liberdade quando discute o poder como uma força de resistência à dominação pelas elites, parece ter sido preterido pela segurança de Hobbes. Ao que tudo indica seguimos elegendo a análise do político tendo como princípio não a ação, mas o lugar da ação. O surgimento do Estado de Direito e a estatização feita na modernidade por autores como Bodin, Hobbes e Locke sacralizaram a ação política a um único formato e espaço. A *polis* tornar-se-ia Estado. Apesar do político inaugurado por Maquiavel ir além do estudo de governos, a criação do Estado, na modernidade, institucionaliza a *polis* e as demandas. A vida, seja ela *bios* ou *zoe*, tornou-se política, mas no sentido de 'competência do Estado'. Trata-se, agora, de um objeto privilegiado de apropriação do Estado moderno[6].

[5] Sobre a relação entre Maquiavel e Democracia ver os estudos de John Mcormick, Machiavellian Democracy, 2001.

[6] O termo Estado, em associação ao poder político, terá um marco histórico quando surge nos termos da Paz da Westfália (1648). Em certa medida isso faz com que a palavra se torne parte da semântica da Modernidade. Estado, em síntese, refere-se a uma idéia de poder institucionalizado, porque encarna a ordem; é soberano e tem o mono-

E, com isso, "o poder sobre a vida que torna a política biopolítica; bem como o lugar, o *topos* onde se situam as possibilidades de superação e resistência, do contra-fático, o poder da vida" (Assmann, *et all*, 2007).

A vida, mesmo antes de ser definida, torna-se beata e passa a ocupar, nos Estados modernos, o mesmo terreno em que se move o próprio 'corpo' político do ocidente (Agamben, 2005). Assim, 'ação política' vira 'participação na política' e torna-se exclusiva 'ação em governos', mas tudo isso dentro dos limites autorizados pela administração, pela governabilidade. Política virou administração e gestão.

É a partir de um sentido atualizado de política que centramos nossa análise e fazemos o contraponto entre participação e ação política, ou seja, entre liberdade/autonomia e governos/heteronímia. O primeiro sentido funda-se no locus aristotélico e na administração política de Estados de Direito. Trata-se da ideia de política como autoridade em governos. O segundo sentido de política, que mantém e resgata radicalmente a ideia de arte e tem como referência principalmente o pensamento de Maquiavel, Arendt e Agamben, apresenta-se como liberdade. Igualmente se mantém Aristóteles como referência, mas não o *locus* da ação e sim a política como arte, como habilidade e capacidade humana de criar.

Com este esclarecimento inicial é que afirmamos que a democracia representa a possibilidade de uma vida política (Agamben, 2014). E a vida política (do grego *bios politikós*), que trata do modo de viver a vida (*katà ton bión*), não depende de um Estado ou de governos, mas da capacidade de pensar o mundo e a si para além de uma vida orgânica (do grego *zoe*). Trata-se, dito de outra forma, do radical exercício da autonomia: dar a si mesmo a sua lei moral. Seria possível afirmar que desde os avanços de Maquiavel (Discorsi, 1517) sobre o sentido de política foi somente com as análises de Arendt (1993; 1999; 2002), na esteira do pensamento de Nietzsche (1992), que se teve uma radicalização do sentido de política. Enquanto a vida orgânica, zoe, é entendida como o mero fato de viver (*katà to zen auto mónon*), de manutenção ou administração do corpo e das suas necessidades, o sentido da política está para além disso, sendo o da liberdade (Arendt, 2002). Por certo é difícil pensar a existência da liberdade na necessidade, na manu-

---

pólio das normas jurídicas. Esta pessoa fictícia se consolida a partir de pensadores como Nicolau Maquiavel (1469-1527), Jean Bodin (1529-1596), Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704), Charles de Montesquieu (1689-1755) e Jean-Jacques Rousseau (1712-1788); por teoricamente desenvolverem e amadurecerem questões centrais que contribuíram para fundamentar a nova ordem social, como o tema da soberania, divisão de poderes, hierarquia, competência, sociedade civil, desobediência civil, fontes de direito e lei, só para citar alguns.

tenção da vida, ou em estruturas dogmáticas. A liberdade exige um processo criativo, e isso deveria ser independente de instituições. É importante observar, contudo, que mesmo sendo a manutenção da vida um campo da necessidade, a forma de fazê-lo é um campo da deliberação, ou seja, da liberdade.

Há, aqui, uma ponte indiscutível entre a arte política restrita às coisas da cidade (administração) e a arte política presente em qualquer esfera da atividade humana. Talvez seja somente no nosso tempo que seja possível perceber efetivamente o sentido de política como ação humana. Paradoxalmente, apesar desta potência, nós institucionalizamos a política. Ao transformar política em administração transformamos a *bios* em *zoe*. E o que era uma forma de ser do privado apolítico: manutenção e administração virou o fazer político. E o campo criativo, trágico, contingente que era da esfera da *polis* migrou para o mundo privado. É como se, com o Estado de Direito, na herança do cristianismo institucionalizado, tivéssemos invertidos os polos. Ao restringimos a política a instâncias de governos em Estados de Direito limitamos as ações dos sujeitos a administrar opções. Por exemplo, nas conferências nacionais, sejam de saúde, educação, segurança, só é possível debater o que está disposto na agenda construída ao longo de um período de tempo dentro das regras impostas para tanto. Outro exemplo é a institucionalização e normatização da participação social através do Decreto 8243/2014, que instituiu a Política Nacional de Participação Social e Sistema Nacional de Participação Social. Mesmo sendo este um processo decorrente de estruturas democráticas, o que resta é administrar as opções previamente ditadas pela gestão. Não há reserva para o exercício criativo. Tampouco espaço para demandas que não se encaixam nos longos processos de definição de agendas.

A política como arte, porém, não se prende a definições a *priori* ou dogmas, tampouco a espaços físicos (*locus*). Ela está mais próxima da prudência jurídica grega, de um saudoso direito como ação política (*ars boni et aequi* [7]) do que da segurança, do controle e da gestão.

A política é o fenômeno (ou deveria ser) capaz de promover a realização de verdadeiros seres humanos (no sentido de seres criativos) e, igualmente, ser um espaço para a perene autossuperação. O que esse sentido não exige é a ocupação em cargos ou espaços reconhecidos de poder burocrático. O poder político não está na deliberação de governos, mas na capa-

[7] Ars foi a tradução dos latinos para téckhne do grego e significa arte, ofício; o sentido era o de geração, criação, produção. Cabia, portanto, ao jurisconsulto ser o artífice do bem e do justo, era seu o papel de produzir a equidade nas situações reais.

cidade criativa de reinventar-se e de soberania, no caso, uma soberania de si, ou autodeterminação.

Cremos já ser possível perceber que o paradigma central deste estudo, ao menos no que reside a ideia de política como liberdade, concentra-se na defesa da política como espaço de autonomia e não de participação em cargos (eletivos ou não) ou movimentos sociais, por exemplo.

A relação entre polític a e democracia se estabelece porque, em tese, a democracia deveria ser o espaço de excelência para este exercício de autonomia. Ela seria a ponte entre a habilidade criativa autônoma (política) e a organização social (governos democráticos). O que exige, consequentemente, a capacidade de se reconhecer a diversidade e permiti-la. Não podendo, portanto, haver deliberações ideológicas na democracia, mesmo que estas se autodefinam como representantes do bem ou se sustentem em valores hipoteticamente hegemônicos. A história e os acontecimentos de nosso tempo nos mostram que as bandeiras que se autoproclamam como o bem e o certo são as mais perigosas. Hannah Arendt (1998; 1999) já nos alertou quanto aos perigos da tirania do bem e da verdade.

O fato é que a democracia é um fenômeno político. Em certa medida, podemos afirmar que é a ação política que dá condições para que a ideia de democracia se efetive. Isso pelo fato de que é no político (fenômeno) que se formam as condições para que a diversidade de vozes e gostos aconteça. E é ali que a arte criativa de construir e reconstruir os espaços das relações sociais se realiza. Mas, afinal, o que é esta arte política? E como reconhecer a participação política das mulheres? Ao defendermos com mais vigor a participação das mulheres na política, a revelia de um sentido mais amplo de ação política, não estaríamos a prejudicar o sentido de política em si e a ignorar o poder das mulheres?

A hipótese que estrutura este estudo é a de que ao se distanciar a ação privada de uma concepção de ação política se esteriliza o poder político ao ponto de transformá-lo em mera ferramenta mediada de e para governos: administração. Dito de outra forma, o excesso de percepção de que o crescimento da participação política das mulheres ocorre quando estas ocupam espaços públicos (participação na política institucional), esvaziou a capacidade inerente do sentido de política como arte criativa. Se política é apenas ocupar espaços públicos, as demandas e as vozes só se efetivam ou existem de forma heterônoma. Ou seja, precisam da ação de um terceiro supostamente legítimo (governo, movimento social, ONG) e de uma autori-

dade que reconheça a demanda (lei, Estado). Com isso, há um esvaziamento da autonomia política, logo, da própria política.

3 A PLURALIDADE DE VOZES: DA POLÍTICA E DA DEMOCRACIA

Donaldo Schuler, no seu livro "Origens do Discurso Democrático", relata o mito do nascimento da democracia. Segundo o mito, a democracia surge do rompimento dos homens com os deuses. Esse rompimento significa que a voz contestadora não quer ser dominada. A diversidade quer se estabelecer. É a ação em verbo a semente germinada da democracia. Este fragmento da literatura é útil para pensar o sentido radical de democracia e o papel da política no seu significado.

Ao longo do século XIX a discussão em torno da democracia a vinculou a uma diversidade de elementos tais como: liberalismo, socialismo e elitismo, por exemplo. O que evidencia o quanto a democracia é compatível com diferentes conteúdos ideológicos e culturais. De qualquer forma, é possível eleger alguns elementos básicos para uma definição mínima, tais quais: 1. sufrágio universal de homens e mulheres; 2. eleições livres, competitivas, com candidatos; 3. existência de mais de um partido; e 4. diversas e alternativas fontes de informação (Dell Porta, Morlindo e Cotta, 2004). Dahll (2001) afirma que é possível observar dois sentidos para democracia: 1. o sentido forte, que é a democracia como um sistema de convivência, ou seja, um campo de criação, de respeito à diversidade; e 2. um sentido fraco, que é a democracia como parte de um sistema de governo, de uma *legalidade de representação dos interesses da maioria*.

É preciso destacar, por puro respeito histórico, que é em Maquiavel que se tem um desenho de um Estado emancipado de fundamentações metafísicas tais quais Deus ou a natureza (Mcormick, 2001). Essa é uma característica importante porque a democracia, nessa configuração, herdará o lugar de legitimação das estruturas de poder e de garantia da diversidade, mas, principalmente, de controle contra práticas de dominação. Voltamos ao mito trazido por Schuller. Ao resistir à dominação afirmam-se duas coisas: 1. que há várias instâncias de exercício do poder, uma que está nas elites e outra no povo, uma de governos e uma de autonomia; e que 2. Temos um direito à autorregulamentação que se torna fundamental para a ordem política jurídico-racional. Eis aqui o argumento central deste estudo: o exercício de poder e a autorregulamentação não se reduzem ou exigem ser parte de uma instituição.

Talvez por essa razão alguns autores afirmem que a democracia não é um regime, mas um modelo de sociedade. Para Giorgio Agamben (2014) a Democracia representa a possibilidade de uma vida política. E, nessa linha, a vida política vai ao encontro do sentido trabalhado por Arendt (2002): o da liberdade.

O que nos interessa nesta breve incursão é apenas observar que em todas as diferentes acepções e detalhes sobre democracias há algo em comum: a democracia é uma forma de aquisição do poder que legitima o Estado. O sentido de política, contudo, está para além disso.

4 A POLÍTICA NOSSA DE CADA DIA

Enquanto a compreensão mais usual e burocrática de política está a olhar para a organização e a segurança das pessoas, a ideia de política como espontaneidade humana, como um espaço para o desenvolvimento, não visa segurança ou previsibilidade, mas a capacidade de lidar com o risco e de viver a vida para além de necessidades orgânicas. De um lado temos sistemas totalitários que submetem as pessoas a um fluxo ideológico fundado na incapacidade de resistência por meio do terror, do medo ou até do embotamento intelectual; de outro, temos sistemas que se sustentam na liberdade (ou assim o desejam). A política não existe no primeiro modelo. O que reside, ali, é apenas uma estrutura esvaziada de gestão, mesmo que legalmente constituída ou constituída democraticamente (no seu sentido fraco).

Na esteira de Hannah Arendt (1999; 2002) relacionamos a política com um espaço de liberdade não alienado. Ou seja, trata-se da importância do agir consciente. Se a ideia de um livre agir originalmente é a de um agir em publico, e público é o espaço original do político, o que temos hoje é a impossibilidade (ou dificuldade) de um livre e consciente agir, seja no espaço público, seja no privado. Devemos ter claro que pensar a realidade política e a participação feminina "é compreender as relações de poder e discursos que se interagem com as dinâmicas sociais" (Barros; Santos, 2015). Se não é possível, por exemplo, eleger o que comer, o que vestir, que tipo de fonte energética usar e como se educar, sem um grande dispêndio de energia, de recursos econômicos e intelectuais, é porque há algum tipo de cerceamento ou dominação. Terceirizamos tudo: o consumo, o preparo e o descarte da comida. Terceirizamos a educação dos filhos e seus cuidados. Terceirizamos o cuidado da casa e de nós mesmos. Parece assustadoramente atual o fragmento do texto de Kant, de 1784, sobre "O que é o esclarecimento", no qual ele afirma:

> É tão confortável ser menor! Tenho à disposição um livro que entende por mim, um pastor que tem consciência por mim, um médico que me prescreve uma dieta etc. então não preciso me esforçar. Não me é necessário pensar, quando posso pagar; outros assumirão a tarefa espinhosa por mim; a maioria da humanidade (aí incluído todo o belo sexo) vê como muito perigoso, além de bastante difícil, o passo a ser dado rumo à maioridade, uma vez que tutores já tomaram para si de bom grado a sua supervisão.

Não temos, nestas hipóteses, relações de poder entre seres humanos, mas imposições ideológicas, econômicas e/ou morais. E, pior, nos tempos de hoje imposições legalizadas, logo, legitimamente fundadas democraticamente. Alguns exemplos: os acordos de leniência para empresas (artigo 35-b da Lei 8.884/94); a proibição da interrupção da gestação; a liberação de plantação de transgênicos; a aprovação pelo plenário da câmara dos deputados (abril de 2015), do PL 4148/2008 que elimina a obrigatoriedade de informar se o produto, na sua origem, é transgênico; a obrigatoriedade da biometria em nome da segurança, a dificuldade legal em se ter um sistema de energia solar *off grid*, obrigatoriedade de vacinação, obrigatoriedade do início do processo de alfabetização antes dos sete anos, etc. O que deveria ser exercício de poder torna-se dominação.

A fim de deixar claro nosso argumento é preciso observar que trabalhamos com a concepção de que as relações de poder são processos característicos de espaços de diversidade. Uma relação de poder é uma dinâmica entre liberdades, jogos estratégicos entre sujeitos livres, que tratam de tentar interferir simetricamente na conduta um do outro; já em situações de dominação o poder de um (sujeito, grupo ou ideia) estrutura a ação do outro o impedindo, inclusive, de agir (Lazzarato, 2000; 2003). Quem domina, domina a ação, e quem domina a ação, domina o outro. Quando isso ocorre não há qualquer chance para o político e, mesmo em sociedades democráticas, encontramos, nestas lógicas autorizadas, resquícios ou novas formas totalitárias.

Se por um lado podemos, em sociedades democráticas, ir à rua sem restrições de roupas, não conseguimos não sofrer restrições ideológicas ou econômicas quanto ao material da roupa ou o que vamos consumir em termos de alimentos. O fato de o político surgir no *entre-os-homens* (Arendt, 2002) significa dizer que não existe nem uma substância política original, essencial, ou um modelo previamente definido do que é este fe-

nômeno. O *zoon politikon* não é uma sentença sobre a natureza humana, mas o simples reconhecimento de uma capacidade. Capacidade esta que se esvazia quando vira pura administração.

5 A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA: ESCOLHAS LIMITANTES, CONCEITOS LIMITADOS

Boa parte dos cientistas políticos mantém o sentido de política vinculado à existência de autoridade ou governo (Lessa, 2010; Borba, 2007). Assim, política se reduz a uma autoridade ou a governos se tornando uma disciplina que se dedica ao estudo da formação e divisão do poder burocrático. Um poder, agora, institucional, estatizado e secular, cuja legitimidade está em um procedimento jurídico. A análise sobre política, a partir deste sentido, recai, quando muito, sobre o sentido de poder e sobre a percepção da política como uma participação convencional e não convencional. Os autores, mesmo afirmando que a participação política convencional e não convencional são complementares, concordam que não é possível abrir mão da participação convencional (Borba; Ribeiro, 2010) reforçando, em alguma medida, o sentido de política com um *locus*.

O tema da participação e representação política são peças chaves nas discussões em ciência política. No Brasil não faltam estudos sobre o tema[8]. Em todos eles a participação é fundamental para dar sentido a uma cultura política e a democracia não se reduz a um único sentido, a exemplo da democracia representativa[9]. Nessa linha, Della Porta *et al* (2001) elenca algumas novas formas de participação política: escrever em jornal, aderir a um boicote, autorreduzir impostos ou rendas, ocupar edifícios, assinar uma petição, participar em uma greve, participar de uma manifestação, danificar bens materiais. Essas ações são visíveis no processo de construção de novas agendas tais quais as ambientais e proteção aos animais não-humanos. Em parte, porque nestas demandas os caminhos tradicionais não apresentam espaços institucionalizados capazes de atendê-las. Nesse sentido, os estudos ecofeministas e de ética animal parecem ocupar um espa-

[8] Julian Borba (2011) revisa os modelos de classificação da participação política e tece algumas proposições para aperfeiçoar a análise da disciplina, Ligia Luchmann (2011) discute os modelos contemporâneos de democracia e o papel das associações, Eder Gimenes e Ednaldo Ribeiro (2012) analisam o democratismo entre atores políticos não estatais. Esses são alguns exemplos de pesquisas recentes envolvendo este tópico.

[9] Apesar de encontrarmos, desde os estudos de Milbrath (1965), uma profusão de conceitos sobre participação, que a observa como um fenômeno multifatorial, os estudos se mantêm vinculados aos governos/instituições. Estudos como o de Mibrath, por exemplo, observam a participação como um conjunto de atividades relacionadas ao momento eleitoral ou que a participação é a ação de cidadãos comuns com o objetivo de influenciar alguns resultados políticos. Ocorre que estas definições são por demais restritivas, principalmente se considerarmos a expansão de novas formas de participação.

ço de vanguarda. Contudo, a análise sobre estas ações serem ou não políticas só começa quando estes sujeitos comuns passam a influenciar instituições ou a fazer com que elas tenham novas posturas de gestão, a exemplo de novas leis protetivas. Não são realizadas análises sobre o impacto de famílias que optam, por exemplo, a não consumir determinados produtos. Estudos sobre isso, quando muito, migram para campos como antropologia e sociologia, não sendo objeto da ciência política. Inglehart (1988) relaciona a participação política com a teoria do desenvolvimento humano. Afirma que o aumento da cultura política gera aumento da participação política não convencional. Não seria este aumento da cultura política exatamente o incremento da autonomia e autorregulamentação? Apesar disso, os autores insistem que a participação política não convencional não substituiu as formas convencionais de participação, sendo uma espécie de apoio. De fato, não substitui. Principalmente se o prisma para pensar política inicia-se na gestão, nos governos, em instituições e nos Estados, e não na liberdade.

A participação política, convencional (eleições e administração) ou não (multifatorial) leva a pensar a representatividade, logo, o poder. A representação política deveria permitir a garantia dos valores que são comuns. Essa garantia é o que Rawls (2000) chama de áreas restritas de concordância. Com isso, cada cidadão é livre para cultivar suas convicções, suas normativas particulares. Isso nos leva a retornar a ideia de política como campo de diversidade e liberdade (Arendt), de resistência à dominação (Maquiavel) e à democracia como possibilidade de uma vida política (Agamben). Sem uma diversidade nas formas de participação, a representação também se limita. Etimologicamente 'representar' significa estar presente ou comparecer, refere-se, assim, a um campo de ação, de autoridade. Estaria, portanto, este campo restrito à administração em governos ou a instituições previamente concebidas como legítimas? O que há de limitante nestas concepções?

6 O QUE ESTAMOS IGNORANDO, O QUE ESTAMOS CONSTRUINDO?

Se representar é comparecer e estar presente e se a política é o espaço criativo para que diferentes interesses sejam observados e realizados, o que ocorre quando limitamos os lugares considerados legítimos de comparecimento e presença? Por que é tão difícil reconhecer ações privadas, silenciosas e invisíveis, como ações políticas? Tais quais o cuidado dos filhos, o *homescholing*, a seleção e o preparo de alimentos, a horta em casa, a seleção e o uso de produtos de consumo. Estes exemplos, bastante simples,

dificilmente estão compreendidos como ações políticas, tampouco seus autores são considerados "representantes" políticos de determinada demanda. Uma das razões é que são exemplos da esfera da gestão da *oikos*, da casa. Sendo, portanto, competência da vida orgânica (zoe). Contudo, cada vez mais o campo político aproxima-se da vida orgânica. Algo já vastamente estudado pelos pensadores de biopolítica[10], como Foucault e Agabem. Diferentemente dos tempos de Aristóteles, a divisão entre *oikos* e *polis* não parece tão evidente. Ignorarmos isso é restringir política a um exclusivo lugar enfraquecendo ações fundamentais que representam demanda e constrói novas relações sociais.

Como referimos anteriormente este é um estudo despretensioso que visa, mais que tudo, compartilhar alguns questionamentos. Nessa linha, seguimos nos exemplos. Qual o significado político para o exaustivo trabalho doméstico de selecionar o que se consome, de alimentos a roupas, por exemplo. Não nos referimos aqui à ação de e em movimentos sociais como o das mulheres campesinas, ONGS ou mesmo das mulheres no MST. Mas, sim, à ação privada de pesquisa e seleção do que e como consumir, de como viver. Essa seleção pode ter várias razões: econômicas, *status*, ideológica, religiosa, a exemplo das pessoas que buscam se alimentar com produtos sem concentração de agrotóxicos, transgênicos ou sem substâncias de origem animal ou com histórico de violência. Em qualquer uma das razões há um interesse, uma demanda. E essa demanda alimenta um modelo. Não seria, portanto, o consumidor um coprodutor e, assim, um agente político? Quando consumimos algo estamos a eleger não apenas um produto, mas uma cadeia de produção. Essa ação aparentemente privada e silenciosa não é uma ação de representação dos próprios interesses que influencia diferentes esferas das relações sociais?

Não sabemos. Não há estudos que nos permitam observar o impacto político de práticas como o se alimentar e o cuidar dos filhos. Nenhum desses casos, ao menos no que foi publicado no Brasil em revistas feministas, é visto como ação política.

O cuidado com o corpo, para além de discursos de direitos sexuais e reprodutivos, o pensar meios alternativos de medicamentos, alimentos, exercícios, não são objeto de análise. O cuidado com o outro foi *desqualificado* como ação política, salvo se for pauta de políticas públicas como au-

[10] Há várias utilizações do conceito biopolítica. Inclusive alguns autores marcam a diferença entre biopolítica e biopoder. Podemos afirmar que a biopolítica está mais no campo de uma política em nome da vida e o biopoder uma vida submetida ao comando da política. A biopolítica é "a assunção da vida pelo poder" (Foucault, 1999, p. 285), uma vida sujeita à norma.

mento de creches ou vagas em hospitais. Raramente reconhecemos como política a ação de mulheres que optam por ficar em casa abrindo mão da carreira; via de regra, isso é visto como um retrocesso na participação política das mulheres e na sua autonomia. Essa percepção é correta quando operarmos com um exclusivo paradigma sobre participação política, no caso como participação na política e em espaços públicos institucionais e de governos. Aqui reside uma perigosa cilada: se política exige diversidade de vozes e ações, sem dogmas ou definições a *priori*, o que significa ignoramos diferentes formas de agir? Não estaríamos, aqui, reforçando uma tirania da verdade ou sendo dogmáticos?

Façamos o hipotético exercício de pensar alimentar-se sem nada de procedência animal, ou de não usar qualquer produto de empresas que sabidamente exploram mulheres e crianças. Ações assim exigem tempo, preparo, e uma incrível habilidade intelectual e criativa. Se o espaço dedicado a estas ações está esvaziado ou terceirizado, visto que a única ação política reconhecida é aquela que se dá no espaço público, estamos a reforçar o *status quo*. Não há, aqui, a defesa de que são as mulheres que devem ocupar este espaço, mas, apenas, que estes espaços devem ser ocupados. E, para além disso, quando não o qualificamos como político estamos, por consequência, desqualificando quem o ocupa. Tiramos, assim, o poder transformador das ações privadas e de resistência.

Por essas razões é que é interessante observar que nos últimos quinze anos não encontramos publicações, ao menos nas revisas feministas e de gênero, que ampliem o sentido de participação política das mulheres. É como se a ação das e dos pesquisadores reforçassem padrões hegemônicos sobre o tema. A política segue sendo vista como uma ação pertencente a um *locus*.

Em parte uma das razões deste vazio talvez decorra da nossa tradição na forma de pensar o espaço privado. Havia, mais explicitamente que hoje, uma domesticação do "lar" e do "corpo", com regras e manuais de conduta. Uma moralização que transformava o autogoverno no cumprimento da moral eleita para aquele espaço. Dos artigos pesquisados nas duas revistas, nos últimos quinze anos, apenas um analisou o espaço privado para além de temas como violência ou direitos sexuais e reprodutivos. O estudo de Maria Cecília Barreto Amorim Pilla (2008), publicado nos Cadernos Pagu, observa o quanto a moral ensina a maneira de governar a si mesmo, no caso, a forma de administrar o lar a partir de normas ditadas pela "razão". Não havia, nesta herança, espaço para a criação, para a arte política, mas, tal como vemos hoje, a casa era um espaço de gestão com regras previamente estabeleci-

das. Não era, portanto, um espaço político. De qualquer forma estudos como os de Pilla são fundamentais para percebermos o quanto estes gerenciamentos condicionam nossa forma de agir. Talvez hoje estejamos sob a regia não de manuais, mas de outras moralidades, o que nos levam, por exemplo, a terceirizar todas as ações domésticas: do cuidado de si (alimento, roupas, higiene) ao cuidado do outro. O que é visto, tal qual a moral vigente no Brasil de séculos atrás, como algo bom, certo e adequado.

Ao pesquisarmos as categorias "política + mulher" nos Cadernos Pagu encontramos dez artigos, o de Pilla (2008) não aparece neste rol. Um deles relacionava os avanços e os desafios na esfera da participação e representação política feminina com direitos políticos e com a eleição de mulheres à presidência em países da América Latina. Dois artigos mantinham a análise política da participação das mulheres no âmbito do executivo e legislativo, e os demais faziam análises da mídia, do papel de mulheres na construção de políticas públicas, sexualidade e ações sociais. Não localizamos artigos que concebessem a participação política como ação política para além das instituições do Estado ou movimentos sociais reconhecidos ou institucionalizados.

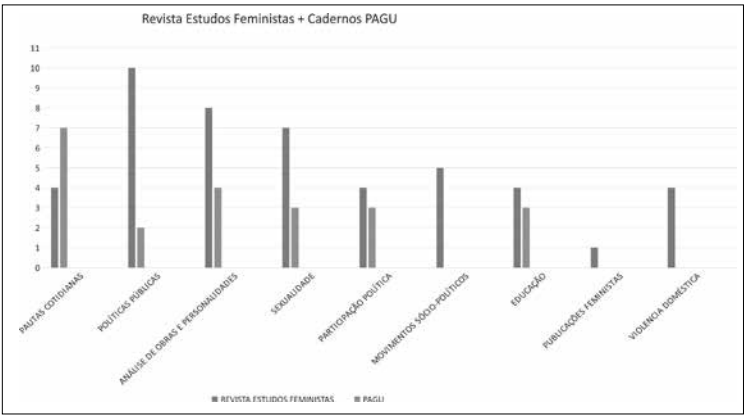
Quando utilizamos na busca palavras-chaves como "mulher e alimentação", encontramos um único resultado na Revista Estudos Feministas sobre aleitamento materno. Para a categoria "mulher e família" encontramos quatro resultados nos Cadernos Pagu, com abordagem sobre o desempenho e papel da mulher no lar, maternidade, mulheres marroquinas e sociabilidade no mundo rural, a exemplo do artigo de Pilla (2008). Na Revista Estudos Feministas encontramos oito artigos, os quais discutem transexualidade, violência doméstica, direitos civis da mulher casada e participação no trabalho.

Isso demonstra que estamos agindo à luz de um exclusivo paradigma, ignorando a riqueza de ações que não nos propomos a observar.

O papel do feminismo acadêmico na construção da participação política das mulheres limita-se a abordar quatro grandes temas: 1. feminismo, aqui entendido como as manifestações e abordagens do próprio movimento; 2. movimentos sociopolíticos, englobando-se nesta categoria movimentos como o MST, as marchas promovidas com cunho de protesto etc; 3. poder político e eleições, compreendendo a participação da mulher no âmbito público; e 4. políticas públicas, aqui entendidas como as ações governamentais voltadas ao público feminino.

A fim de melhor visualizar a pesquisa organizamos a seguinte representação gráfica [11]

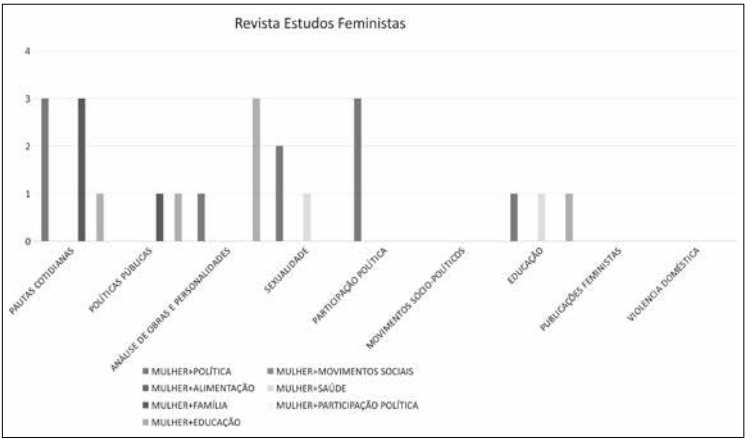
Gráfico 1. Análise das publicações pesquisados



Fonte: Dos autores, 2015.

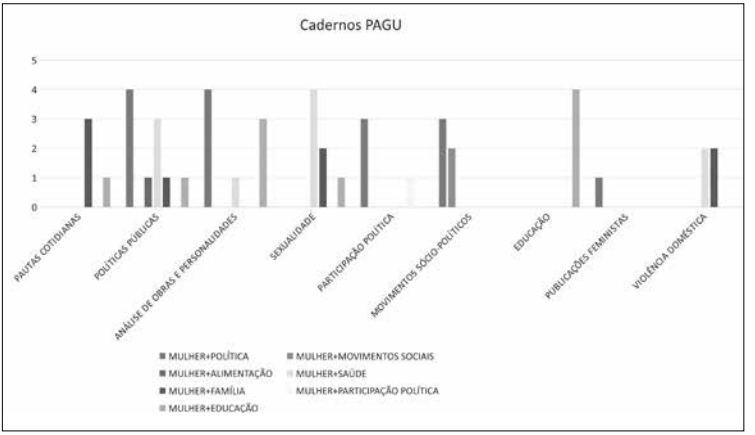
[11] O gráfico foi constituído a partir dos seguintes dados: com as palavras-chaves "mulher+política" obteve-se um resultado de 10 artigos para a pesquisa, em todos os índices, e com as palavras-chaves "mulher+movimentos sociais" nenhum resultado em todos os índices, nos Cadernos Pagu, sendo que da primeira busca 02 artigos tratam de temas relacionados à sexualidade, 01 faz a análise de uma outra produção científica, 03 artigos tratam da participação e assuntos políticos no âmbito do Poder Legislativo e Executivo, 03 sobre análise da sociedade e 01 sobre educação. Já na Revista Estudos Feministas, encontramos 15 artigos para a busca com palavras-chaves, em todos os índices, política e mulher, sendo que 03 abordam movimentos sócio-políticos, 04 sobre análises de outras produções científicas e 01 sobre a importância de publicações, 03 sobre os Poderes Executivo e Legislativo, e 04 sobre políticas públicas. Com a finalidade de complementar a pesquisa realizamos novas pesquisas com outras categorias que nos remeteriam ao campo privado, por exemplo, "mulher e alimentação", sendo que nos Cadernos Pagu não há nenhum resultado e na Revista Estudos Feministas há 01 artigo, sobre aleitamento artificial a partir de políticas públicas. Com as palavras-chave "mulher e saúde" aparecem 10 artigos na Revista Estudos Feministas que tratam de temas como violência doméstica, políticas públicas e sexualidade, já nos Cadernos Pagu são 02 artigos encontrados, um sobre sexualidade e outro sobre identidade profissional. Quanto as palavras-chave "mulher e família" a pesquisa resultou em 04 resultados nos Cadernos Pagu e 08 na Revista Estudos Feministas, sendo que abordam o desempenho e papel da mulher no lar, maternidade, mulheres marroquinas, sociabilidade no mundo rural, sexualidade e mercado de trabalho. Sobre "mulher e educação" aparecem 10 artigos relacionados à educação formal, mídia, violência doméstica, homossexualidade feminina e sobre algumas personalidades específicas, na Revista Estudos Feministas, e 06 artigos nos Cadernos Pagu, que abordam análise outras obras, políticas públicas e identidade profissional. Por fim, "mulher e participação política", na Revista Estudos Feministas, encontramos um 01 artigo que aborda a participação em movimentos sociais da mulher rural, e pesquisa não resultou em nenhum artigo nos Cadernos Pagu. Para categorizar as publicações científicas localizadas utilizamos a seguinte divisão: 1. pautas cotidianas, onde incluímos as publicações que abordam temas ligados à mídia, a modificações/evoluções na sociedade, trabalho etc; 2. políticas públicas, para os artigos que abordam a influência ou a ausência de ações governamentais; 3. análise de obras e personalidades, para as publicações e resenhas de livros, filmes, periódicos ou que demonstram de trajetória de outras pessoas; 4. sexualidade para as que tratam de doenças sexualmente transmissíveis, orientação sexual, direitos sexuais etc; 5. participação política, referente aos artigos que tratam o tema da atuação na política; 6. movimentos sócio-políticos, para os artigos que abordam as organizações e movimentos sociais e políticos; 7. educação, onde se encontram publicações relacionadas à educação formal; 8. publicações feministas que englobam as publicações direcionadas ao feminismo; e 9. violência doméstica, para artigos que analisam casos e vítimas de violência no âmbito doméstico. Destaca-se que o tópico 5 os estudos se reduzem a analisar a atuação das mulheres junto aos Poderes Legislativo e Executivo, e o tópico 6 concebe ação politica quando o sujeito é parte de um movimento ou grupo. Em ambos os casos a atuação autônoma e individual não é contemplada.

Gráfico 2. Análise das publicações científicas da Revista Estudos Feministas



Fonte: Dos autores, 2015.

Gráfico 3. Análise das publicações científicas dos Cadernos PAGU



Fonte: Dos autores, 2015.

Devemos nos perguntar qual o significado e a implicação dos artigos destas duas revistas acadêmicas de referência somente abordar como participação política das mulheres as ações restritas ao universo burocrático institucional ou a gestão de governos ou grupos e movimentos sociais. Ou, ainda, o significado sobre alguns estudos, como os que têm o corpo, a saúde, a sexualidade, a reprodução, a família e a alimentação como objeto, serem realizados sempre pelo mesmo enfoque, a exemplo dos direitos sexuais, transexualidade ou direitos civis. Parece haver uma colonização ideológica na produção acadêmica brasileira.

Entre as várias conclusões é possível afirmar, sem qualquer juízo, que é muito difícil avaliar o impacto político de ações privadas ou autônomas sem investigação, pesquisa e análise. Se essas ações não são percebidas como políticas não se tornam objeto de estudo e de produção científica. Assim, esse hiato, ou vazio, não apenas limita a percepção da participação político das mulheres como reforça uma única acepção do sentido de política.

7 OBSERVAÇÕES FINAIS

A ação e a participação política é um tema relevante porque tem efeito sobre diferentes áreas de conhecimento, sobre o sujeito, sobre a coletividade e sobre instituições, a exemplo da compreensão de democracia e políticas públicas[12]. Se as políticas públicas, por exemplo, nascem, entre outros fatores, da capacidade de construção de uma demanda de atores sociais envolvidos, o que significa ignorar como ator aquele que está em um espaço privado, ou cuja ação é autônoma, um exemplo de autoregulamentação? Como mensurar o impacto dos embates de interesses se ignorarmos um espaço político importante das relações sociais? Se por um lado um conceito e um paradigma servem de referência, por outro, podem reduzir o pensar, a investigação e o desenvolvimento da ciência. Talvez, em uma perspectiva romântica, estamos a redefinir, resgatar ou atualizar, a bandeira histórica do movimento feminista do Brasil e da América Latina dos anos 70, de que o "privado é político".

Um privado, talvez, capaz de ser o único campo possível de liberdade e resistência diante de sistemas cada vez mais legalizados e de gerenciamento sobre a vida dos sujeitos. Como já observamos, apesar do político inaugurado por Maquiavel ir além do estudo de governos, a criação do Estado, na modernidade, institucionaliza a *polis* e as demandas. A vida, seja ela *bios* ou *zoe*, tornou-se política, mas no sentido de 'competência do Estado'. Assim, todas as instâncias de nossa vida, do alimentar-se ao reproduzir-se, tornam-se sagradas e passam a ocupar o interesse dos governos, sejam eles democráticos ou não. Quando, neste contexto, a 'ação política' vira 'participação na política' e torna-se exclusiva 'ação em governos', e tudo

[12] Enquanto área de conhecimento e disciplina acadêmica as políticas públicas nascem nos EUA de forma diferente da tradição Europeia. Enquanto que na Europa havia uma concentração na análise sobre o Estado e suas instituições, mais que na produção dos governos, nos EUA a área surge no mundo acadêmico, como subárea da ciência política. Os estudos nos EUA buscam estabelecer relações com bases teóricas sobre o papel do Estado, passando direto para a ênfase nos estudos sobre a ação dos governos. Algo que pode ser compreendido ao analisarmos a tradição norte americana.

isso dentro dos limites autorizados pela lei, perdemos a capacidade criativa, a autonomia, a força de resistência e o sentido radical de arte política. Política virou gestão, e nós operadores alienados de um sistema sedutor.

Se mantivermos a ideia de política como ciência dos Governos (Aristóteles), sejam as ações diretas ou indiretas vinculadas aos Estados legalmente constituídos (modernidade), não permitiremos conceber política como um espaço de arte e liberdade (Arendt) ou como campo de resistência à dominação (Maquiavel). Estaremos, paradoxalmente, a fazer a manutenção das estruturas vigentes. É como se nosso pensar estivesse colonizado ou preso a padrões previamente estabelecidos e que são reforçados por nós, numa hipotética crença de escolha livre.

Este artigo, como já foi referido, buscou mais compartilhar indagações do que trazer respostas. De qualquer forma, algumas conclusões já podem ser obtidas sem prejuízo a boa metodologia e técnica científica. A principal delas é que não é possível conhecer o impacto de ações se elas não são objeto de nossa análise. Nesse sentido, os estudos feministas e de gênero pecam por não incorporarem a diversidade inerente das ações políticas não convencionais.

Resumidamente podemos dizer que não são as mulheres que não estão ocupando espaços políticos, mas é a nossa percepção limitada de política – ou os discursos que elegemos como legítimos — que vem excluindo as mulheres.

8 REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Uma cidadania reduzida a dados biométricos**. In: Le Monde Diplomatique Brasil. Março de 2014. HTTP://diplomatique.org.br/artigo.php?id=1568. Acesso em 21/03/2014.

AGAMBEN, Giorgio. **A imanência absoluta**. In: La potenza del pensiero. Saggi e conferenze. Vicenza: Néri Pozza Editore, 2005.

ARENDT, Hannah. **La Condicion Humana**. Barcelona: Paidos Estado y Sociedade, 1993.

ARENDT, Hannah. Eischmann em Jerusalém. **Um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARENDT, Hannah. **O que é o político**. Tradução Reinaldo Guarany. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

ASSMANN, Selvino José; PICH, Santiago; GOMES, Ivan Marcelo; VAZ, Alexandre Fernandez. **Corpo e Biopolítica: poder sobre a vida e poder da vida**. In: XV Congresso Brasileiro de Ciências do Esporte / II Congresso Internacional de Ciências do Esporte, 2007, Recife. Anais do XV CONBRACE E II CONICE. Recife : EDUPE, 2007a. p. 1-10. Disponível em http://www.cbce.org.br/cd/resumos/119.pdf. Acesso em 10 fev 2008.

BARROS, Raissa Ester Maia de; SANTOS, Filipe Lins dos. **O Discurso de Construção do Eu feminino e sua Interrelação com o campo político**. In: XI Colóquio Nacional de Gênero e Sexualidade. Campina Grande, Paraíba, 2015.

BEUCHOT, Mauricio. **Derechos Humanos. História y Filosofia**. México: BEFDP, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. 12ª reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BORBA, Julian. **Ciência Política**. Florianópolis: Departamento de Ciencia da Administração. UFSC, 2017. 134p.

BORBA, Julian; RIBEIRO, Ednaldo Aparecido. Participação convencional e não convencional na América Latina. Revista Latino-Americana de Opinión Pública, v. 1, p. 53-76, 2010.

COTTA, Maurizio; DELLA PORTA, Donatella, MORLINO, Leonardo. **Fondamenti di scienza política**. Nuova Ed. Bologna: Società editrice Il Mulino, 2004.

DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

FOUCAULT, Michel. Aula de 17 de março de 1976. In: **Em defesa da sociedade:** curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GIMENES, Éder Rodrigo; RIBEIRO, Ednaldo A. Banco de dados. **Cultura política e elites não estatais**. São Paulo: Consórcio de Informações Sociais, 2012. Disponível em: . Acesso em: 16 ago. 2012

INGLEHART, R. 1988. **The Renaissance of Political Culture**. American Political Science Review, Washington, D. C., v. 82, n. 4, p. 1203- 1229, Dec.

LARA, Bethania Zilio; COSTA, Jean Gabriel Castro da. **Agnonismo e Pluralidade no Pensamento de Hannah Arendt**. 37º ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS SPG09 Tolerância e Justiça Social, 2013.

LAZZARATO, Maurízio. **Del Biopoder a la biopolítica**. In: Multitudes, mars 2000. Disponível em http://multitudes.samizdat.net/spip.php?article298. Acesso em 26 fev 2007. p 1-6.

LAZZARATO, Maurízio. **Para uma definição de "biopolítica".** Centro de mídia independente. Tradução Eliana Aguiar. Disponível em: http://www.midiaindependente.org/pt/blue/2003/09/262958.html.10/09/2003. Acesso em: 12 fev. 2008.

LESSA, Renato. **O capo da ciência política no Brasil: uma aproximação construtivista**. In: Horizontes das Ciências Sociais no Brasil - Ciência Política. MARTINS, Carlos Benedito; LESSA, Renato. São Paulo: ANPOCS, 2010. p. 13-50.

LUCHMANN, Lígia Helena Hahn. **Associações, participação e representação: combinações e tensões**. Lua Nova, São Paulo, n.84, 2011, p.141-174.

MAQUIAVEL, Nicolau (2007). **Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio**. São Paulo: Martins Fontes

MCORMICK, John P. **Machiavellian Democracy: Controlling Elites with Ferocious Populism**. American Political Science Review, vol. 95, no. 2, 2001

MILBRATH, L.; GOEL, M. L. **Political participation**. Boston: University Press of America, 1965.

NIETZSCHE, Friedrich. **Além do Bem e do Mal**. Prelúdio a uma Filosofia do Futuro. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

PILLA, Maria Cecília Barreto Amorim. **Labores, quitutes e panelas: em busca do lar ideal**. In: Cadernos Pagu (30), janeiro-junho de 2008:329-343.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

SIGA-NOS

DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL