Abril 2017

# REVISTA

DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Edição nº 17 – 2017

Ana Carolina Mezzalira
Ceres Danckwardt
Cristiane Achilles Guedes
Guilherme Anderson Canepple
Julian Dias Guatimozim
Ludmila Indalencio Naspolini
Luiza Correa de Magalhães Dutra
Luiza Nogueira Borges
Osmar Antônio Belusso Júnior
Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo
Tamires de Oliveira Garcia
Vanessa Chiari Gonçalves

Coord. Editoral
Mariana Py Muniz Cappellari

# REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
# do Rio Grande do Sul

**Porto Alegre/RS**
**2017**

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 8, V.17
(janeiro/abril.2017). – Porto Alegre: DPE, 2017 –

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 | Corag

**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)
Augusto Valentini Schmitt
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

**A (IN)EFICÁCIA NORMATIVA DO CRIME DE INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO**
*Guilherme Anderson Caneppele* ..... 11

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS SOB A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O ETIQUETAMENTO SOCIAL DO USUÁRIO**
*Julian Dias Guatimozim* ..... 37

**PELO DIREITO DE PARIR: A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS**
*Cristiane Achilles Guedes e Luiza Nogueira Borges* ..... 59

**BREVES APONTAMENTOS SOBRE A RESOLUÇÃO 225 DO CNJ: A JUSTIÇA RESTAURATIVA SOB O ENFOQUE DO PODER JUDICIÁRIO**
*Ana Carolina Mezzalira* ..... 93

**DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO EXTRA-PODER E INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS**
*Ludmila Indalencio Naspolini* ..... 107

**O MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE MULHERES NA COMARCA DE PORTO ALEGRE**
*Vanessa Chiari Gonçalves e Ceres Danckwardt* ..... 135

**DENÚNCIAS DE VIOLÊNCIA POLICIAL RECEBIDAS PELO CENTRO DE REFERÊNCIA EM DIREITOS HUMANOS DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RS**
*Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, Luiza Correa de Magalhães Dutra, Osmar Antônio Belusso Júnior e Tamires de Oliveira Garcia* ..... 151

## APRESENTAÇÃO

Em sua décima sétima edição, a Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, sempre comprometida com a promoção dos Direitos Humanos, trata de temas que afetam o acesso à justiça de pessoas e grupos vulneráveis, como a criminalização do usuário de drogas e a violência obstétrica; e temas de política criminal como a resolução pacífica de conflitos via Justiça Restaurativa e a eficácia da tipificação de crimes cibernéticos.

Também apresenta importante reflexão sobre o papel e atuação da própria Defensoria Pública como um "Extra-Poder" e inaugura nova fase desta enquanto agente da produção de conhecimento e de educação em direitos, ao trazer resultados de pesquisas de iniciativa dos Núcleos Especializados, com apoio de seu Centro de Estudos, e em parceria com universidades de renomada tradição em nosso estado.

No primeiro artigo desta edição, **"A (IN)EFICÁCIA NORMATIVA DO CRIME DE INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO"**, o autor Guilherme Anderson Caneppele analisa a (in)eficácia do crime de invasão de dispositivo informático, introduzido no Brasil pela Lei 12.737/2012. A pesquisa inicia pela abordagem dos crimes cibernéticos no Brasil através de relato histórico e identificando aspectos da legislação penal pertinentes. Examina, com base nos princípios, doutrina e decisões jurisprudenciais, a ineficácia da tipificação desse crime, tendo em vista que não atingiu a finalidade de prevenir e reprimir a incidência desse tipo de delito.

Seguimos com **"A DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS SOB A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O ETIQUETAMENTO SOCIAL DO USUÁRIO"**, de Julian Dias Guatimozim. O autor analisa a conduta do uso de entorpecentes sob o viés da Constituição Federal do Brasil, considerando os Princípios implícitos e explícitos que nela existem, sustentando a inconstitucionalidade da imputação penal contida no Artigo 28 Lei 11.343/06, a chamada Lei de Drogas. A pesquisa aponta também a criminalização de determinadas drogas e usuários, de forma seletiva, embasando-se na Teoria do Etiquetamento Social, ou Teoria do *Labelling Approach*, demonstrando a rotulação existente e suas consequências na sociedade, principalmente no indivíduo rotulado.

Adentrando em importante temática dos direitos humanos das mulheres, Cristiane Achilles Guedes e Luiza Nogueira Borges objetivam em seu

artigo, **"PELO DIREITO DE PARIR: A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS"**, conscientizar as mulheres sobre os seus direitos reprodutivos seja no pré-parto, parto e puerpério, bem como sobre as medidas que podem (e devem) ser adotadas caso venham a ser vítimas de violência obstétrica. Ao divulgar este estudo, as autoras pretendem evitar que novos casos se repitam, além de destacar as possibilidades de responsabilização – civil e/ou penal – do profissional de saúde e/ou estabelecimento médico-hospitalar, assim como a reparação dos danos causados, sejam eles morais, materiais ou estéticos. O tema é urgente e pertinente, tendo em vista pesquisa realizada, em 2010, pela Fundação Perseu Abramo, intitulada "Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado", na qual se constatou que uma em cada quatro mulheres brasileiras sofre violência no parto.

No campo das políticas públicas apresentamos o trabalho de Ana Carolina Mezzalira, "**BREVES APONTAMENTOS SOBRE A RESOLUÇÃO 225 DO CNJ: A JUSTIÇA RESTAURATIVA SOB O ENFOQUE DO PODER JUDICIÁRIO"**. O artigo trata da Resolução nº 225 do Conselho Nacional de Justiça, de 31 de maio de 2016, elaborada pós recomendações da Organização das Nações Unidas (ONU) para que a temática da Justiça Restaurativa fosse incorporada à legislação dos países. O estudo traz diretrizes para a implementação e difusão da prática restaurativa e ganha enorme importância na medida em que a Justiça Tradicional parece não estar conseguindo atingir o objetivo de reduzir a violência com a punição estatal, por si só. Segundo a autora, a Defensoria Pública exerce papel fundamental para a efetividade do Princípio do amplo acesso à Justiça, estabelecendo, nesse ponto, relação intrínseca com a Justiça Restaurativa, na medida em que ambas pretendem alcançar uma real prestação jurisdicional e uma verdadeira solução dos conflitos, sem abrir mão da necessária responsabilização. Este artigo ressoa com o atual momento da DPE-RS, no qual está em processo de construção o Centro de Referência em Mediação e Conciliação e onde a Justiça Restaurativa ocupará importante espaço de tratamento dos conflitos na área criminal.

O artigo **"DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO EXTRA-PODER E INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS"**, de Ludmila Indalencio Naspolini, propõe algumas reflexões sobre a Defensoria Pública e seu papel na efetivação dos direitos humanos e produção de políticas públicas. A autora examina os contornos atuais da instituição, destacando as principais discussões sobre sua natureza jurídica e sobre sua autonomia,

bem como os principais desafios por ela enfrentados na atualidade. Na sequência, passa à abordagem de seus novos paradigmas, consubstanciados na necessidade do reconhecimento e consolidação como Instituição Extra-Poder encarregada da promoção dos direitos humanos.

Nesta mesma perspectiva de protagonismo da Defensoria, seguem relatórios analíticos referentes às duas pesquisas acadêmicas encomendadas pela Defensoria Pública em parcerias propostas pelos Núcleos Especializados e o Centro de Estudos, de Capacitação e de Aperfeiçoamento da Defensoria Pública com centros de pesquisas da UFRGS e da PUCRS.

As pesquisadoras da Universidade Federal do Rio Grande do Sul Vanessa Chiari Gonçalves e Ceres Danckwardt trazem, parte dos resultados de sua pesquisa (iniciada em 2015 por sugestão da DPE-RS) sobre o uso de tornozeleiras eletrônicas, em Porto Alegre. Em **"O MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE MULHERES NA COMARCA DE PORTO ALEGRE"**, são examinados os resultados do acompanhamento, pelo período de 28 de outubro de 2015 a 01 de novembro de 2016, das 92 mulheres que cumpriam pena em prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica na cidade. Foram mapeados tipos de delitos praticados, a primariedade ou não das condenadas e as eventuais ocorrências durante o período de acompanhamento. O artigo demonstra que o monitoramento eletrônico, quando bem aplicado, pode ser um importante instrumento no combate à reincidência penal e na busca pela reintegração familiar e social das condenadas. Consideramos que o estudo tem um importante papel no avanço das políticas públicas relativas ao (des)encarceramento massivo e pela busca de formas alternativas de ressocialização de condenadas e condenados.

Finalizando esta edição, no mesmo foco de pesquisas sugestionadas pela Defensoria, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, Luiza Correa de Magalhães Dutra, Osmar Antônio Belusso Júnior e Tamires de Oliveira Garcia escrevem o artigo **"DENÚNCIAS DE VIOLÊNCIA POLICIAL RECEBIDAS PELO CENTRO DE REFERÊNCIA EM DIREITOS HUMANOS DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RS"**. O texto traz uma revisão bibliográfica do tema das agências policiais e realiza o diagnóstico das denúncias de violência policial recebidas pelo Centro de Referência em Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul- CRDH. A pesquisa de campo analisou 279 Procedimentos para Apuração de Danos Individuais (PADINs), nos períodos de maio a julho do ano de 2016, através dos quais o CRDH buscou dar acolhimento e visibilidade às vítimas de violações oriundas das práticas policiais, bem como pressionar outros órgãos estatais vi-

sando a devida resposta institucional e a concepção de violência policial como violação dos direitos humanos e não simples abuso de autoridade.

Novamente, como no caso da pesquisa sobre o uso das tornozeleiras eletrônicas acima referido, vem a Defensoria Pública do Estado Rio Grande do Sul oferecer à sociedade informação qualificada, de conteúdo científico, necessário para compreensão de graves problemas da área de segurança pública e indispensável para o fomento de diálogos responsáveis entre os encarregados de fazer cumprir a lei e de formular políticas públicas eficazes para o setor.

Assim, agradecemos a leitura desta edição, convidando aos leitores a também participar com seus textos, contribuindo para elaboração dos princípios norteadores da atuação da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, que estimula a reunião da comunidade, jurídica ou não, em torno de seu intuito de potencializar o estudo, a reflexão e a renovação do Direito.

Porto Alegre, maio de 2017.

**MARIANA PY MUNIZ CAPPELLARI**
DEFENSORA PÚBLICA
COORDENADORA DA REVISTA DA DEFENSORIA

# A (IN)EFICÁCIA NORMATIVA DO CRIME DE INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO

**Guilherme Anderson Caneppele**[1]

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo analisar a (in)eficácia do crime de invasão de dispositivo informático, introduzido no Brasil pela Lei 12.737/2012. Trata-se de pesquisa qualitativa, realizada por meio de método dedutivo e de procedimento técnico bibliográfico e documental. As reflexões acerca do tema iniciam pela abordagem dos crimes cibernéticos no Brasil através de relato histórico, identificando aspectos da legislação penal pertinentes. Ainda, examina, com base nos princípios, doutrina e decisões jurisprudenciais, a (in)eficácia desse tipo de crime. Nesse sentido, conclui que a tipificação do crime em questão é ineficaz, tendo em vista que não atingiu a finalidade de prevenir e reprimir a incidência desse tipo de delito, ante a deficiente tipicidade formal que impede a sua adequação típica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Penal. Crimes cibernéticos. Adequação típica. (In)eficácia. Invasão de dispositivo informático.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Breve Abordagem Sobre Os Crimes Cibernéticos No Brasil E A Lei N. 12.737/2012. 2.1 Relato Histórico Da Internet No Mundo E No Brasil. 2.2 Conceito E Histórico Dos Crimes Cibernéticos No Brasil. 2.3 Projetos De Lei Em Andamento E Direito Comparado. 3 A (In)Eficácia Do Crime De Invasão De Dispositivo Informático (Art. 154-A Do Código Penal). 3.1 Elementos Do Tipo Penal. 3.2 Visão Doutrinária E Jurisprudencial. 3.3 A (In) Eficácia Do Crime De Invasão De Dispositivo Informático. 4 Conclusão. 5 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A comunicação e a troca de informações sofreram inegáveis mudanças nos últimos tempos, tendo sido radicalmente transformadas para possibilitar a interação de pessoas ao redor do mundo quase que instantaneamente, para o compartilhamento de dados pessoais, profissionais ou de qualquer natureza.

[1] Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNIVATES, de Lajeado/RS. Advogado. gcaneppeleadv@gmail.com

O assunto em questão é de suma importância na sociedade contemporânea, considerando as diversas transformações que o mundo atravessa, especialmente com a evolução tecnológica do século XXI. Não se pode olvidar os inúmeros benefícios trazidos pela tecnologia, especialmente a internet, que conseguiu a façanha de encurtar espaços e dinamizar a comunicação no mundo todo.

Em contrapartida, abriu-se um novo espaço para o cometimento de delitos, chamados crimes cibernéticos, os quais ainda carecem de regulamentação no nosso país, conforme restará demonstrado ao decorrer do texto.

O Direito Penal, exercido sob o monopólio do Estado, regula as relações dos indivíduos em sociedade e as relações destes com a mesma sociedade através da *persecutio criminis*, que somente pode ser desempenhada de acordo com normas preestabelecidas. Com efeito, para acompanhar a evolução da sociedade, essas normas precisam ser atualizadas com o surgimento de novas condutas, sob pena de o controle social ficar desamparado.

A falta de regulamentação faz com que um fato seja atípico, tendo em vista que não existe crime sem prévia previsão legal, ficando o Estado impossibilitado de punir tal conduta. Por isso, diante da riqueza de dados e informações pessoais e profissionais, geralmente guardados em dispositivos informáticos, e da relevância desse bem jurídico, que se tornou alvo dos criminosos, justifica-se pertinente discutir a (in)eficácia normativa do crime de invasão de dispositivo informático, introduzido no Brasil pela Lei n. 12.737/2012, objetivo geral deste artigo. O estudo discute como problema: a tipificação do crime de invasão de dispositivo informático, introduzida no Código Penal pela Lei 12.737/2012, é eficaz? Como uma possível hipótese para tal questionamento, entende-se que o tipo penal crime de invasão de dispositivo informático não é eficaz, pois não atingiu a sua finalidade de prevenir e reprimir este tipo de delito, tendo em vista que a lei que introduziu o artigo em questão no Código Penal foi editada às pressas, em razão do clamor social pela divulgação das fotos íntimas da atriz Carolina Dieckmann, resultando na imperfeição técnica dos legisladores e, por conseguinte, na impossibilidade de adequação típica do fato à norma, restando ineficaz o crime em questão.

A investigação acadêmica, quanto à abordagem, será qualitativa, tendo como característica o aprofundamento no contexto estudado e a perspectiva interpretativa desses possíveis dados para a realidade, confor-

me esclarecem Mezzaroba e Monteiro (2009). Para obter a finalidade desejada pelo estudo, será empregado o método dedutivo, cuja operacionalização se dará por meio de procedimentos técnicos baseados na doutrina, legislação e jurisprudência, relacionados, inicialmente, pela abordagem dos crimes cibernéticos no Brasil através de relato histórico e pelo exame da legislação vigente, até chegar ao foco principal do trabalho, o exame da (in)eficácia do crime de invasão de dispositivo informático.

## 2 BREVE ABORDAGEM SOBRE OS CRIMES CIBERNÉTICOS NO BRASIL E A LEI N. 12.737/2012

A modernidade, especialmente após o século passado, trouxe consigo inúmeras transformações devido ao avanço da tecnologia. A internet, por exemplo, revolucionou o modo de comunicação das pessoas e a transmissão de dados e informações, encurtando espaços. Contudo, juntamente com os benefícios, sobrevieram novos meios e caminhos para o cometimento de delitos, notadamente os crimes cibernéticos. Esses crimes, por se constituírem em uma nova forma de execução, apresentam características peculiares e demandam adequações da legislação para que o Estado possa exercer legalmente o seu jus puniendi sem cometer abusos.

Dessa forma, faz-se necessário que o ordenamento jurídico acompanhe essas transformações que alteram significantemente o mundo, com o fim de regular as novas relações proporcionadas por estes meios, uma vez que esses inúmeros avanços trouxeram consigo novas práticas e novas organizações de infrações penais. Assim, é objetivo desta seção descrever relato histórico a respeito da internet e crimes cibernéticos e sua legislação.

### 2.1 RELATO HISTÓRICO DA INTERNET NO MUNDO E NO BRASIL

Com a internet sendo utilizada como novo meio de comunicação e interação, surgiu também um novo ambiente que mantém o sistema em funcionamento, o virtual. Contudo, juntamente com os benefícios, a internet trouxe malefícios, tendo se tornado um local para o cometimento de novos delitos, chamados crimes cibernéticos. A internet, como explica Ross *apud* Colli (2010, p. 32), "é uma rede mundial de computadores composta pela interligação de uma ou mais redes remotas ou locais ao redor do planeta".

O seu surgimento é fruto do investimento militar dos Estados Unidos em resposta ao programa *Sputnik* da extinta União Soviética. Assevera Col-

li (2010) que a corrida entre as duas nações fez com que a primeira criasse uma agência destinada ao desenvolvimento de pesquisas militares, denominada Arpa *(Advanced Research Projects Agency)*. Diante do interesse dessa agência no desenvolvimento de tecnologias da computação, surgiu a primeira rede de transmissão de dados entre computadores, chamada *Arpanet*. Inicialmente de domínio militar, no ano de 1969 passou a ingressar no campo acadêmico, para, após, por meio da intercomunicação entre computadores de diferentes universidades, a rede fosse expandida para os chamados *Personal Commputers* (PC).

Ainda, no ano de 1986, foi implementada a NSFNET, pela *National Science Foundation*, e a *Arpanet* passou a ser chamada de internet. Para que ocorresse o grande salto na utilização da internet, foi crucial a criação da *World Wide Web* pelos engenheiros Robert Caillaiu e Tim Berners-Lee, transformando a internet num sistema mundial público, de redes de computadores (DAVID *apud* WENDT; JORGE, 2013).

Com relação ao Brasil, a história da internet remonta ao ano de 1988 e tem como precursoras duas entidades ligadas às pesquisas acadêmicas: o Laboratório Nacional de Computação Científica do CNPq e a Fapesp. O Laboratório alugou, em 1988, uma linha da empresa Embratel e construiu um link com a rede americana de computadores *Bitnet*. Segundo Colli (2010), apesar de essa ter sido a atividade pioneira de conexão, a maior relevância científica deve ser atribuída à iniciativa da Fapesp em efetuar a primeira conexão TCP/IP – protocolo de comunicação utilizado para a troca de informações entre os computadores – com a internet, em fevereiro de 1991.

Foi dessa forma que a Internet chegou à residência da maioria da população brasileira e se tornou imprescindível para as pessoas, seja qual for a sua finalidade, social, laboral, científica etc.

## 2.2 CONCEITO E HISTÓRICO DOS CRIMES CIBERNÉTICOS NO BRASIL

Embora ainda não exista na doutrina um conceito pacificado sobre crimes cibernéticos, sendo, inclusive, tratados como sinônimo de crimes virtuais, informáticos, digitais etc., o presente trabalho abordará o conceito elaborado por alguns doutrinadores e, para melhor amoldar ao objeto da pesquisa, adotará uma posição.

Por um lado, entende Colli (2010) que o conceito de crimes informáticos pode ser dividido em duas categorias: a) quando o computador é uti-

lizado como meio-fim para a consecução de um crime; b) quando o computador, ou algo nele constante ou inerente, é o próprio objeto material da conduta criminalizada. Esse autor afirma que os crimes cibernéticos, dentro do gênero dos crimes informáticos, são aqueles em que um ou mais computadores, equipamentos telemáticos ou dispositivos eletrônicos, são utilizados, por um ou mais indivíduos, no cometimento de uma ou mais conduta(s) criminalizada(s), ou são alvo(s) desta(s).

Por outro lado, Wendt e Jorge (2013) apresentam uma classificação um pouco distinta e melhor aperfeiçoada de acordo com o ordenamento jurídico vigente, conceituando os crimes cibernéticos como sendo aqueles delitos praticados contra ou por intermédio de computadores (dispositivos informáticos em geral). Além dessa questão, apresentam uma classificação para as denominadas "condutas indevidas praticadas por computador", dividindo-as em crimes cibernéticos e ações prejudiciais atípicas. A espécie crimes cibernéticos, ainda, subdivide-se em crimes cibernéticos abertos e crimes exclusivamente cibernéticos.

Segundo os mesmos autores, as ações prejudiciais atípicas são aquelas condutas, praticadas na/através da rede mundial de computadores, que causam transtorno/prejuízo à vítima, mas que não existe uma previsão penal, sendo, portanto, impossível a sua punição no âmbito criminal. Pode-se citar, adiantando a exposição da próxima subseção, a hipótese em que o indivíduo que invade o computador de um conhecido sem o objetivo de obter, alterar ou excluir dados ou informações ou sem violar um mecanismo de segurança, em que ele não será indiciado nem preso, pois os fatos não se adequam ao tipo penal previsto no art. 154-A do Código Penal.

Quanto aos crimes cibernéticos, os exclusivamente cibernéticos são aqueles que somente podem ser praticados contra ou por intermédio de um computador, com a utilização de computadores ou de outros recursos tecnológicos que permitem o acesso à internet (WENDT; JORGE, 2013).

Existem inúmeras condutas que caracterizam crimes exclusivamente cibernéticos, como, por exemplo, o crime de aliciamento de crianças praticado por intermédio de salas de bate papo na internet, previsto no art. 241-D do Estatuto da Criança e do Adolescente da Lei n. 8.069/1990, e o próprio crime invasão de dispositivo informático previsto no art. 154-A do Código Penal.

Os abertos, segundo os autores supramencionados, são aqueles que podem ser praticados de forma tradicional ou por intermédio dos compu-

tadores, ou seja, o computador é apenas um meio para a prática do crime, como, por exemplo, um crime contra a honra cometido através da internet.

Diante do conceito de crimes cibernéticos, verifica-se que esses tipos de crimes pressupõem o envolvimento de mais de um computador ou dispositivo telemático ou eletrônico, além de estarem conectados por uma rede, seja material ou imaterial, como, por exemplo, o *wireless* (COLLI, 2010).

Adotar-se-á, para fins de melhor clareza para a pesquisa, o conceito de Wendt e Jorge, classificando as condutas indevidas praticadas por computador como gênero, e as espécies em ações prejudiciais atípicas e crimes cibernéticos, sendo estes subdivididos em abertos e exclusivamente cibernéticos.

Não há um marco temporal para a identificação dos primeiros delitos cibernéticos, pois, desde que a Internet foi criada, é possível que tenha sido utilizada como meio para o cometimento de delitos, tendo em vista que "a Internet é um paraíso de informações, e, pelo fato de estas serem riquezas, inevitavelmente atraem o crime" (CORRÊA, 2002, p. 42).

É interessante a forma como os criminosos se adaptam às novas tecnologias e conseguem meios para o cometimento de novos delitos. Sabe-se que, lamentavelmente os criminosos são mais rápidos que os legisladores, como destaca Inellas (2009, p. 35):

> Como Promotor de Justiça Criminal que sou, sei que, infelizmente, os criminosos são mais rápidos que os legisladores. Isso acontece em todo o mundo e o Brasil não é exceção. Ainda mais, em se tratando de Internet, que passou a ser largamente utilizada em nosso País há pouco tempo e que possui peculiaridades que outros meios de comunicação não têm. A facilidade com que a Internet oferece para a prática de crimes, deixou os juristas completamente assarapantados. Não possuímos legislação específica a respeito de crimes virtuais e o nosso Código Penal data de 1940.

Segundo Tonetto (2015), sem incluir o golpe do boleto, técnica virtual para fraudar usuários, dados do Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança do Brasil (Cert) apontam crescimento de 500% das fraudes virtuais de 2013 para 2014: foram 426.621 registros. Conforme o mesmo autor, os dados da Federação Brasileira de Bancos (Febraban) apontam que, somente em 2013, R$ 1,2 bilhão foram desviados de

todas as instituições financeiras do país em crimes cibernéticos – golpe do boleto, clonagem de cartões e *internet banking*.

Dessa forma, percebe-se que os crimes cibernéticos se tornaram um alvo interessante para os criminosos, seja pela alta movimentação financeira, seja pela dificuldade de investigação da polícia e do rastreamento das informações, aliada à falta de legislação penal.

Nesse sentido, diante da preocupação mundial com o perigo dos crimes cibernéticos, foi firmada em 23.11.2001, na cidade de Budapeste, a Convenção Europeia de Cibercrimes, em vigor desde 2004, após a ratificação de cinco países (EDERLY, 2008). Atualmente, segundo Dodge (2013), a Convenção conta com 22 signatários, sendo que o Brasil, até agora, não a ratificou.

Dando conta dessa fragilidade e com o objetivo de oferecer mais condições para a punição dos crimes cibernéticos no nosso país, uma vez que quando o Código Penal de 1940 entrou em vigor esses delitos não existiam, foi apresentado o Projeto de Lei 84/1999, pelo deputado Luiz Piauhylino. O referido projeto veio a ser aprovado no ano de 2008, porém com um substitutivo (Projeto de Lei 89/2003) que teve como relator o então senador Eduardo Azeredo. Em seguida, o Projeto de Lei retornou para a Câmara Federal e, no final de 2012, foi aprovado (WENDT; JORGE, 2013). A sanção ocorreu no dia 30 de novembro de 2012 (Lei 12.735/2012), porém a aprovação dessa lei tratou apenas de dois artigos, um sobre a estruturação da Polícia Civil e Federal no combate às ações delituosas em rede de computadores e, o outro, prevendo sobre os casos de racismo praticados por intermédio dos meios de comunicação social.

Em 2011, foi apresentado o Projeto de Lei n. 587/2011 pelo deputado Sandro Alex, com a finalidade de atualizar o projeto anterior sem as principais questões polêmicas que dificultaram a sua aprovação. Em seguida, após alguns meses, foi apresentado um Projeto de Lei alternativo pelos deputados Paulo Teixeira, Luiza Erundina, Manuela D'Ávila, João Arruda, Brizola Neto e Emiliano José, contendo apenas a tipificação de condutas criminosas, sem a previsão de guarda de *logs*.

No dia 16 de maio de 2012, em razão do clamor público causado pela divulgação das fotos íntimas da atriz Carolina Dieckmann, o plenário da Câmara dos Deputados aprovou o projeto do deputado Paulo Teixeira, que tipifica principalmente o crime de invasão de dispositivo informático. O

Projeto de Lei n. 2793/2011 foi encaminhado para análise do Senado e no dia 30 de novembro de 2012 foi sancionada a Lei n. 12.737, sendo denominada socialmente e pela mídia de Lei Carolina Dieckmann. Cumpre destacar, por oportuno, que a lei traz consigo ainda a regulamentação penal no art. 154-B, o acréscimo do §1º do art. 266 do CP e ainda acrescenta ao artigo 298 o § único.

No entanto, a referida lei tem sido alvo de discussão na doutrina. Especificamente, o tipo penal previsto no art. 154-A do Código Penal, introduzido pela Lei 12.737/2012, atualmente em foco por virtude da numerosa troca de dados e informações por meio da Internet.

## 2.3 PROJETOS DE LEI EM ANDAMENTO E DIREITO COMPARADO

Ainda, para corroborar a insuficiência de leis relacionadas ao tema, sabe-se que existem diversos projetos de leis em tramitação no Brasil com relação a esses delitos, propostos justamente para suprir as lacunas existentes.

Alguns deles estão tendo um andamento razoável e aos poucos estão sendo colocados em vigor, haja vista a clara necessidade de regulamentação. No dia 23.04.2014 foi sancionada a Lei n. 12.965, conhecida como Marco Civil da Internet. Ela estabelece alguns princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, inclusive a necessidade da guarda de *logs* de acesso, que podem facilitar a identificação dos autores dos delitos cibernéticos.

Embora não prescreva nenhum tipo penal, a lei do Marco Civil da Internet deve embasar futuros diplomas sobre cibercrimes, pois traz para o direito positivo o resguardo da disponibilidade da informação, através da proteção da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, garantindo, por exemplo, que a informação estará disponível a serviço do usuário quando acessada. É o entendimento de Cecilio (2014, texto digital):

> O marco civil da internet contempla a proteção da estabilidade, segurança e a funcionalidade da rede (art 3º, V), trazendo para o direito positivo o resguardo da disponibilidade da informação – garantia de que estará a serviço do usuário quando acessada, e que é ameaçada, por exemplo, nos ataques de negação de serviço (DDoS), que suspendem *websites* pela sobrecarga do servidor. Outro exemplo é a proteção dos dados pessoais (art. 3º, III), que corresponde à confiden-

> cialidade, à autenticidade à integridade da informação – garantidoras de que ela será acessada somente por usuários autorizados e legítimos, e de que não serão corrompidas. São violadas, dentre variadas possibilidades, quando há o acesso indevido – seja remoto ou local – a um terminal.

Há ainda a lei 13.185/15 que estabelece o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (*Bullying*), publicada no dia 09.11.2015 e em vigor, com o objetivo de prevenir e combater este tipo de violência, inclusive aquela praticada pela rede mundial de computadores, conhecida como *Cyberbullying*.

Quanto à divulgação de fotos ou vídeos com cena de nudez ou ato sexual sem autorização da vítima maior de idade, como nos casos das comunidades de relacionamentos e do aplicativo WhatsApp, conduta que atualmente é atípica, está em tramitação no Senado Federal o Projeto de lei n. 63/2015, de autoria do Senador Romário Faria, pretendendo acrescentar ao Código Penal o artigo que tipifica essa conduta. Atualmente, encontra-se na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, aguardando designação do relator.

Por oportuno, cumpre ressaltar que a conduta acima descrita, embora atípica, costuma ser enquadrada em outro tipo penal, qual seja o da difamação, previsto no art. 139, caput, do Código Penal, tendo em vista que a reputação da vítima é atingida. Conforme relatado anteriormente, algumas ações permitem o enquadramento do delito em um tipo penal diverso, para que o autor não fique impune pela inexistência de um tipo penal específico.

Entrementes, a regulamentação dos crimes cibernéticos de forma geral pode estar próxima, tendo em vista que está em tramitação o Projeto de Lei n. 236/2012, de autoria do senador José Sarney, intitulado Novo Código Penal. No projeto, há a previsão de um capítulo na parte especial destinado aos crimes cibernéticos.

Segundo Cecilio e Caldeira (2014), além de reproduzir o sumário conceitual da Convenção de Budapeste de 2001, o projeto traz, em título exclusivo, um rol de "crimes cibernéticos", atribuindo tipicidade a uma série de condutas vinculadas ao uso de sistemas informatizados, para as quais comina, sem exceção, pena privativa de liberdade. Atualmente, o projeto está aguardando designação do relator, depois de ter passado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Uma breve comparação com a legislação de outros países é importante para, além de complementar a pesquisa, confirmar o atraso legislativo do nosso país quanto aos crimes cibernéticos.

Com relação aos Estados Unidos, considerando que se trata do país no qual primeiramente despontaram as revoluções cibernéticas e *ciberculturais*, e, consequentemente, as primeiras conturbações, não se estranha que as inovações da legislação digital desse país acabem influenciando os demais (RIBEIRO, 2013). Segundo o autor, em 1990, o primeiro estado norte-americano, a Califórnia, passou a tipificar o crime de *stalking* (perseguição), sendo seguido por outros e passando a ser formuladas normas para regularem as condutas praticadas nos sistemas eletrônicos. Hoje, praticamente todos os estados de lá criminalizam o *bullying* e o *cyberbullying*.

Já na Espanha, por exemplo, o Parlamento aprovou uma lei que visa a regulamentar o comércio eletrônico, tornando as Provedoras de acesso responsáveis pelo conteúdo de suas páginas e exigindo que os dados cadastrais do usuário fiquem armazenados, por, no mínimo, um ano (INELLAS, 2009).

Ainda, Portugal inovou ao estabelecer a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos casos de criminalidade informática, através da Lei n. 109, de 17 de agosto de 1991. No art. 7º da mesma lei, tipificou o crime de furto como sendo o acesso não autorizado a sistemas informáticos, com a intenção de alcançar benefício ou vantagem indevidos (INELLAS, 2009).

## 3 A (IN)EFICÁCIA DO CRIME DE INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO (ART. 154-A DO CÓDIGO PENAL)

Ainda que o propósito das revoluções tecnológicas e da internet especialmente, tenha sido de criar meio para facilitar a comunicação e a vida das pessoas, infelizmente esse fim foi desvirtuado por alguns para proveitos próprios, com o cometimento de delitos. Para tentar controlar essas ações e exercer regularmente o seu *jus puniendi*, o Estado elabora normas com o objetivo de punir e reprimir essas condutas através do Direito Penal.

A criação do tipo penal previsto no art. 154-A do Código Penal, de criminalizar a invasão de dispositivo informático, teve como objetivo reprimir esse tipo de conduta que se tornou recorrente nos dias atuais, e proteger a intimidade e a privacidade das pessoas, oferecendo sanções. Contudo, o tipo penal referido é alvo de críticas e discussões doutrinárias, que questionam a sua eficácia.

### 3.1 ELEMENTOS DO TIPO PENAL

Inserido de forma tímida pela Lei 12.737/2012, o delito de invasão de dispositivo informático "tem por tutela a liberdade individual, particularmente a privacidade no tocante a dados e informações, de cunho pessoal ou profissional, contidas em dispositivo informático, cuja segurança deve ser de alguma forma quebrada sem a autorização do titular" (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014, p. 863).

Nessa linha, Nucci (2013) entende que este seria o bem mediato a ser tutelado, enquanto o bem imediato seria a proteção à intimidade, à vida privada, à honra, à inviolabilidade de comunicação e correspondência, uma vez que o tipo penal ingressou no campo dos crimes contra a inviolabilidade de segredos, previstos na seção IV do Capítulo VI do Título I do Código Penal.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, eis que o tipo penal não exigiu condição especial. Há uma terminologia utilizada na informática para definir aquele que invade dispositivos informáticos, bem definida por Prado, Carvalho e Carvalho (2014, p. 863):

> Segundo a terminologia utilizada na informática, aquele que invade tais dispositivos com finalidade ilegal, de obtenção de vantagem indevida ou de prejuízo alheio, é denominado cracker. Cracker é, portanto, o sujeito que 'invade sistema de computadores de outra pessoa, frequentemente em uma rede, supera senhas ou licenças em programas de computadores ou de outras formas, intencionalmente, quebra a segurança de computadores.' [...] Não se pode confundir cracker com hacker, termo utilizado para designar o sujeito que é um 'aficionado por informática, profundo conhecedor de linguagens de programação, que se dedica à compreensão mais íntima do funcionamento de sistemas operacionais e a desvendar códigos de acesso a outros computadores. O *hacker* não gosta de ser confundido com um *cracker*, pois ao contrário deste, não invade sistemas com fins criminosos, mas para ampliar seus conhecimentos ou pela satisfação de detectar suas possíveis falhas de segurança'.

Assim, resumidamente, o sujeito ativo do delito de invasão de dispositivo de informática é o *cracker*, ao contrário do senso comum que intitula o agente que invade sistemas como *hacker*.

Já o sujeito passivo, segundo o autor supracitado, é o titular do dispositivo informático, tanto o proprietário como o detentor.

Dispõe o artigo 154-A do Código Penal:

> Art. 154-A: Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:
>
> Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.
>
> § 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no *caput*.
>
> § 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.
>
> § 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:
>
> Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.
>
> § 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.
>
> § 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:
>
> I – Presidente da República, governadores e prefeitos;
>
> II – Presidente do Supremo Tribunal Federal;
>
> III – Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou

> IV – dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

Como se sabe, o tipo penal é composto por uma parte objetiva e outra subjetiva, doravante denominados tipo objetivo e subjetivo, respectivamente. No caso específico dos crimes de invasão de dispositivo informático, o tipo objetivo é dividido em duas partes, e reside aqui a grande problemática do tipo penal, conforme restará demonstrado a seguir.

A primeira parte do tipo objetivo (*invadir, adulterar, destruir*) encerra um tipo misto alternativo e, na segunda, há um tipo misto cumulativo (representado pela conduta de *instalar*), sendo possível invadir um dispositivo e realizar algo sem instalar nenhuma vulnerabilidade. Por outro lado, a segunda parte refere um tipo misto cumulativo, consistente em *instalar* (*alojar, colocar*) vulnerabilidades, que dependem da ação de invadir (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014).

De acordo com Greco (2014), o tipo penal exige a presença dos seguintes elementos: a) o núcleo *invadir*; b) dispositivo informático alheio; c) conectado ou não à rede de computadores; d) mediante violação indevida de mecanismo de segurança; e) com o fim de obter, adulterar, ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular; f) ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

*Invadir*, segundo o mesmo autor, tem o sentido de violar, penetrar, acessar, sendo *dispositivo informático alheio* todo aquele aparelho capaz de receber e transmitir dados, como, por exemplo, computadores, tablets, smartphones, etc., pertencente a outra pessoa. Aqui, acrescenta-se a lição de Mirabete e Fabbrini (2013), no sentido de que a invasão pode ocorrer tanto na hipótese por acesso *online* como também mediante acesso físico direto do agente ao dispositivo informático.

*Mediante violação indevida de mecanismo de segurança* é a forma através da qual ocorre a invasão, podendo ser físico, como as portas, travas para teclados com chaves, ou lógico, tais como o uso de nome de usuário e senhas, criptografar dados etc. (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014).

*Com o fim de obter* (alcançar, adquirir), *adulterar* (alterar, modificar) ou *destruir* (inutilizar, extinguir) *dados ou informações*, tem-se o elemento subjetivo do injusto (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014).

*Sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo*, no entendimento dos doutrinadores supracitados, é elemento normativo do tipo com referência a uma causa de justificação, cuja ausência torna a conduta não apenas típica, como lícita, não havendo que se falar em cometimento de delito.

*Instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita*, consistente na segunda parte do dispositivo legal, de acordo com Prado, Carvalho e Carvalho (2014), são itens físicos ou lógicos que alteram a segurança do dispositivo, são brechas no sistema computacional que permitem a obtenção de vantagem contrária ao direito, de natureza patrimonial ou não. São exemplos disso os vírus, *worms*, *trojans* e outras ferramentas utilizadas pelos criminosos para obter informações e dados.

Nucci (2013) preleciona que o legislador optou por equiparar a preparação e a execução em igual quilate, para fins de criminalização. Assim, o autor pode apenas instalar vulnerabilidades para que, no futuro, outrem dele se valha, como também pode utilizar mecanismo de espionagem para violação de dados. Complementando, o estudioso aduz que, se o mesmo agente instalar a vulnerabilidade e, depois, invadir o dispositivo informático, ele cometerá um crime. Caso ele instale, mas outro invada, cada qual cometerá o seu delito distinto. Por outro lado, se duas pessoas, mancomunadas, dividem tarefas (um instala; outro invade), trata-se de crime único, em concurso de agentes (art. 29 CP).

O tipo subjetivo do crime de invasão de dispositivo informático é representado pelo dolo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa (GRECO, 2014).

De acordo com Prado, Carvalho e Carvalho (2014), consuma-se o delito com a mera invasão do dispositivo informático ou instalação de vulnerabilidades, sendo desnecessário que haja efetivamente destruição de dados ou obtenção de vantagem ilícita. Dessa forma, infere-se que se está diante de um delito formal ou de mera conduta/atividade, sendo o seu resultado (obtenção ou destruição de dados e instalação de vulnerabilidades) mero exaurimento do crime.

A tentativa é possível tendo em vista a sua natureza plurissubsistente, onde se pode fracionar o *iter criminis*. Nesse sentido, Greco (2014) exemplifica a hipótese na qual o agente é descoberto quando procurava invadir dispositivo informático alheio, durante suas tentativas de violar indevidamente o mecanismo de segurança, para os fins previstos no tipo penal.

Há ainda a figura equiparada prevista no § 1º do referido artigo, que criminaliza a conduta de quem *produz* (fabrica), *oferece* (oferta, expõe, sugere), *distribui* (dá, reparte) *vende* (comercializa) ou *difunde* (divulga) *dispositivo de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput*. É também crime formal, não havendo, portanto, a necessidade que o invasor efetivamente utilize ou pratique alguma outra forma do núcleo do tipo penal, bastando somente a simples prática dos comportamentos (GRECO, 2014).

Outrossim, está previsto no §3º a modalidade qualificada do delito, dependendo do tipo de dados e informações obtidos pelo agente. Já no § 2º, § 4º e § 5º, estão previstas causas especiais de aumento de pena, conforme o dano praticado ou a pessoa vitimada.

Com relação à pena e à ação penal, será possível a proposta de suspensão condicional do processo, eis que a pena mínima não é superior a 01 ano. A competência é do Juizado Especial Criminal, tendo em vista que a pena máxima não ultrapassa dois anos, e a ação penal, conforme determinação contida no art. 154-B, será em regra de iniciativa pública condicionada à representação, salvo se o crime for cometido contra a administração pública direta ou indireta ou contra empresas ou concessionárias de serviços públicos, caso em que será incondicionada, tendo em vista o interesse coletivo atingido (GRECO, 2014).

## 3.2 VISÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Como se percebe após a análise do tipo penal objetivo em questão, reside na tipicidade o grande problema da caracterização da infração penal nos crimes cibernéticos.

A Lei n. 12.737/2012, no entendimento de Wendt e Jorge (2013), representou um avanço para o ordenamento jurídico, porém alguns de seus aspectos têm gerado polêmica e preocupação, como, por exemplo, em relação às suas penas, consideradas brandas. Segundo o autor, é necessário o aprimoramento da legislação que trate dos referidos delitos, o que, preventivamente, ajudaria a diminuir a sua incidência por favorecer a punição dos seus autores. No entanto, a criação de novos tipos penais pouco poderá colaborar se não existe, por exemplo, um prazo mínimo para a guarda de log, proteção da privacidade, ações integradas etc.

Destaca-se, nesse ponto, que com a edição da Lei n. 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, houve um avanço da legislação, de

forma a regulamentar o prazo mínimo para a guarda de log e proteger a informação, permanecendo, contudo, carente de ações integradas para que a efetiva tutela desses bens jurídicos seja garantida no meio eletrônico.

Apesar de os crimes cibernéticos carecerem de regulamentação em nosso ordenamento jurídico, existem tipos penais que podem enquadrar as condutas praticadas, ainda que não propriamente adequados, chamado de crimes cibernéticos abertos, na classificação de Wendt e Jorge (2013), de acordo com a classificação feita na subseção anterior. Há, nesse sentido, o exemplo dos crimes contra a honra, de estelionato e os de furto mediante fraude, previstos no Código Penal e praticados por intermédio da internet, já tipificados em nosso ordenamento e que podem enquadrar algumas condutas praticadas por intermédio de dispositivos informáticos.

Cabette (2013, texto digital) corrobora o entendimento de que há a necessidade de criação de novos tipos penais para o combate dos delitos cibernéticos, uma vez que são revestidos de características peculiares e necessitam de regulamentação, assim como ocorre nos demais ramos do direito, como, por exemplo, civil e comercial:

> Há muito que se discute sobre a necessidade ou não de erigir normas penais especiais relativas aos delitos informáticos. Seria isso mesmo necessário ou o recurso aos tipos penais tradicionais seria suficiente? Entende-se que o fenômeno informático está a exigir regulamentação especial devido às suas características que divergem de tudo quanto sempre foi usual. Isso se faz sentir claramente em outros ramos do direito como na área civil, processual, comercial, consumerista, trabalhista, cartorial etc. Por que seria diferente na seara penal? Agiu, portanto, com correção o legislador ao criar o tipo penal ora em estudo, especialmente considerando o fato de que há tutela de bem jurídico constitucionalmente previsto, como já se explicitou acima.

De outra banda, há doutrinadores que veem com pessimismo a Lei 12.737/2012, especialmente com relação à sua eficácia, entendendo, inclusive, que a tutela civil teria condições de ser mais eficiente com relação aos crimes cibernéticos que invadem a privacidade das pessoas. É o entendimento de Gomes (2013, texto digital):

> [...] Eu, particularmente, confio mais em medidas civis (determinadas por juiz civil, como remoção de uma notícia ofensiva). Confio mais em indenizações. Quem conhece mi-

> nimamente o funcionamento da justiça criminal no Brasil não pode se iludir: ela está, em geral, sucateada. Porque sucateada está a polícia civil (investigativa), que conta com incontáveis cadáveres nas suas portas, o que já é suficiente para sugar todos os seus recursos materiais e pessoais. Medidas civis urgentes são mais eficazes nessa área. De qualquer modo, houve intenção de se suprir uma lacuna no Brasil. O relator do projeto, deputado Paulo Teixeira, procurou fazer o melhor texto, mas todo conjunto de palavras permitem mil interpretações. Numa rápida olhada assinalei 104 conceitos dados pela lei, todos dependentes de interpretação. As penas são baixas (em regra, até dois anos), logo, a chance de prescrição é muito grande. Por todos esses motivos, não confio na eficácia preventiva dessa lei. A tutela civil teria condições de ser mais eficiente.

É justamente com base nesse possível enquadramento das condutas aos delitos já existentes em nosso ordenamento que o doutrinador defende a desnecessidade de criação de novos tipos penais, além da posição de que a área civil tem mais condições de tutelar a privacidade das pessoas com base em medidas cautelares e indenizações.

Entrementes, nem todas as condutas praticadas poderão ser passíveis de enquadramento nos tipos penais existentes, mormente a limitação do poder punitivo estatal e o conceito analítico de crime, sendo necessário que, além de o crime imputado ser típico, previsto em lei, em obediência ao princípio da legalidade, ele precisa ser antijurídico e culpável para que se possa iniciar a persecução penal. Em recente decisão, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assentou que a cópia de arquivos digitais sem autorização não é furto e tampouco invasão de dispositivo informático, sendo, portanto, tal conduta atípica. A ementa é a seguinte:

> APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO PELO ABUSO DE CONFIANÇA. CÓPIA DE ARQUIVOS E DOCUMENTOS INFORMÁTICOS. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO. Tanto a narrativa contida na denúncia como os substratos probatórios colacionados aos autos revelam que a ré copiou, para si, possivelmente infringindo contrato firmado perante sua empregadora, arquivos e documentos informáticos gravados em disco rígido de computador - conduta atípica e que não se subsume àquela abstratamente prevista no artigo 155 do CP. Precedentes doutrinários de que o verbo nuclear previsto no tipo - subtrair - pressupõe o apoderamento da coisa móvel alheia mediante apreensão e ulterior remoção do local onde se encon-

> trava, exigindo-se, para a consumação do ilícito, que a res seja inclusive transportada para lugar onde a vítima não mais possa, ainda que precariamente, realizar vigilância sobre a mesma. Inviabilidade de se considerar que a acusada, copiando, para si, dados e arquivos informáticos, tenha tirado os mesmos da esfera de disponibilidade ou custódia da empresa ofendida, visto que simplesmente duplicou e gravou os mesmos em dispositivo do tipo USB, permanecendo a informação originária acessível à respectiva detentora de seus direitos autorais. Ausência de *animus furandi* ou *rem sibi habendi* que impõe, nesse contexto, considerar atípica a conduta noticiada, razão do acolhimento do pleito absolutório nos termos do artigo 386, inciso III, do Estatuto Penal Adjetivo. APELAÇÃO DEFENSIVA PROVIDA. APELO MINISTERIAL DESACOLHIDO. (Apelação Crime Nº 70049844483, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 29/04/2014).

No acórdão, a Relatora entendeu que a conduta de copiar dados cibernéticos para si não se amolda ao verbo nuclear previsto no tipo penal do crime de furto, tendo em vista que não há o apoderamento de coisa móvel alheia e nem mesmo o transporte da coisa para outro lugar, saindo da esfera de vigilância da vítima. Ao final, destaca que em atenção ao princípio da anterioridade (o fato é anterior à edição da Lei 12.737/12), e porque o caso concreto não englobaria "violação indevida de mecanismos de segurança", sequer cogita a desclassificação da conduta descrita na incoativa para o crime de invasão de dispositivo informático, previsto no art. 154-A do Código Penal, tendo, desta forma, provido o apelo defensivo e absolvido a ré.

Ressalta-se, por oportuno, que explorando o caso em tela não se pretende discutir se a cópia de dados eletrônicos caracteriza ou não o crime de furto, mas analisar a adequação típica, ou seja, a incidência do fato praticado com relação à norma penal e a (im)possibilidade de incriminação da ré com base nos tipos penais existentes. Igualmente, o delito de invasão de dispositivo informático, por ser crime-meio de algum outro mais grave, é utilizado para pedir a desclassificação da imputação e consequentemente uma pena menor para o autor, como, por exemplo, nos crimes de furto de valores bancários pela internet.

Quanto aos casos em que houve tão somente o crime de invasão de dispositivo informático, não foram encontradas decisões jurisprudenciais nesse sentido. Uma das razões é que o delito é recente, tendo entrado em vigor com a edição da Lei 12.737/12, que foi publicada no Diário Oficial em

03 de dezembro de 2012, com *vacatio legis* de 120 dias. A outra é que, conforme visto, ainda que o crime seja qualificado, a pena máxima será de 02 anos e a competência para julgamento é do Juizado Especial Criminal. Assim, como a possibilidade de ocorrer a transação penal é bastante grande, não foram encontradas decisões de mérito sobre o caso.

### 3.3 A (IN)EFICÁCIA DO CRIME DE INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO

O estudo do tipo penal em questão leva a crer que, quanto ao seu tipo penal objetivo, é desnecessária a inserção da expressão *mediante violação indevida de mecanismo de segurança* no tipo penal, pois está se alijando da tutela penal todos os dispositivos informáticos que não possuem tal mecanismo (NUCCI, 2013). Segundo o doutrinador, caso o ofendido esqueça de ativar a senha de proteção ou mesmo não haja programa nesse prisma, está desguarnecido da proteção penal, querendo, pois, o legislador que a vítima se proteja de algum modo; se não o fizer, a tutela penal não a alcança.

De fato, a inserção da expressão "mediante violação indevida de mecanismo de segurança" acabou por restringir a incidência do tipo penal apenas nos casos em que existe uma proteção por algum mecanismo de segurança, ou, em caso contrário, estaríamos diante de um fato atípico, não considerado crime. Ocorre que desta forma o legislador acabou deixando de fora da tutela penal os dispositivos informáticos que não possuem ou estão com o mecanismo de segurança inabilitado, deixando desprotegidas justamente as pessoas que mereciam a sua tutela.

Esses casos são muito comuns, ocorrendo, por exemplo, a obtenção de fotos íntimas de vítima maior de idade e a posterior divulgação por meio eletrônico, por exemplo, pelo aplicativo *WhatsApp*, sendo a conduta, portanto, atípica na área penal por inexistir violação do mecanismo de segurança e nem mesmo a tipificação penal da divulgação de fotos íntimas de pessoas maiores de idade sem autorização. Contudo, conforme destacado anteriormente, existem casos passíveis de enquadramento como crime contra a honra, por exemplo, de difamação, com o objetivo de punir os autores do delito ainda que não haja tipo penal específico.

Seguindo essa linha, no entendimento de Cabette (2013, texto digital), o ideal seria "que o legislador incriminasse diretamente somente a invasão ou instalação de vulnerabilidades, independentemente da violação de mecanismo de segurança". Complementando, o estudioso mencionado

preleciona que poderia inclusive o legislador criar uma qualificadora ou uma causa especial de aumento pena para o caso de a invasão se dar com a violação de mecanismo de segurança.

Para ilustrar a aberração criada pelos legisladores, Cabette (2013, texto digital) faz uma inteligente comparação entre o mecanismo de segurança de um computador com as portas e janelas das casas:

> Observe-se ainda que ao exigir a 'violação indevida de mecanismo de segurança', não bastará a existência de instalação desses mecanismos no dispositivo informático invadido, mas também será necessário que esses mecanismos estejam atuantes no momento da invasão, caso contrário não terá havido sua violação e o fato também será atípico, o que é ainda mais estranho. Explica-se: imagine-se que um computador pessoal é dotado de antivírus, mas por algum motivo esse antivírus foi momentaneamente desativado pelo próprio dono do aparelho. Se há uma invasão nesse momento, o fato é atípico! Note-se que neste caso o exemplo da porta aberta e da invasão de domicílio é realmente muito elucidativo. A casa tem portas, mas estas estão abertas, então as pessoas podem entrar sem a autorização do morador? É claro que não! Mas, parece que com os sistemas informáticos o raciocínio legislativo foi diverso e, diga-se, equivocadíssimo.

O exemplo acima retratado reflete perfeitamente o problema criado pelos legisladores ao inserirem a expressão "violação indevida de mecanismo de segurança", tendo em vista que, obedecendo-se ao conceito analítico de crime, para que se possa iniciar a persecução penal o delito precisar ser típico, ou seja, estar previsto em lei. A aberração criada, em analogia às portas e janelas que protegem uma casa, não consideraria crime de violação de domicílio, previsto no art. 150, *caput*, do Código Penal, caso alguém invadisse uma residência com as portas e janelas abertas.

Com relação aos dispositivos informáticos, são atualmente ferramentas de trabalho e possuem as mais diversas utilidades, guardando a privacidade e a intimidade das pessoas, valores íntimos que, se violados e divulgados, podem causar enormes prejuízos morais e psicológicos às vítimas. Não são poucos os casos vistos diariamente nos meios de informação em que houve prévia divulgação de uma foto íntima da pessoa.

Esse tipo de conduta, segundo Dip e Afiune (2013), trouxe à tona o conceito de "*revenge porn*" ou "pornô da vingança", que se refere à prática cada vez mais comum de divulgar fotos e vídeos íntimos sem o consentimento da outra pessoa, geralmente por parte de um homem, para se vingar. Tanto a conduta de divulgação quanto a de invasão de dispositivo informático para obtenção deste tipo de dado deve ser severamente reprimido tanto pelas normas quanto pela sociedade, uma vez que o dano causado pode ser irreparável. Para retratar o abalo que este tipo de conduta pode causar nas pessoas, especialmente nos jovens e adolescentes, as autoras mencionadas, após os suicídios de uma garota no Estado do Rio Grande do Sul e uma da Paraíba por causa da divulgação de fotos/vídeos íntimos na internet, fizeram um estudo em que falam com adolescentes do país sobre o suicídio dessas meninas e revelam como é amadurecer em um mundo em que o virtual é real.

## 4 CONCLUSÃO

As pessoas, em um mundo cada vez mais globalizado e competitivo, precisam cuidar de sua privacidade e intimidade, não sendo dado a ninguém o direito de invadir, deturpar ou divulgar informações e dados que não lhe pertencem. Diante desta premissa, a liberdade individual merece especial atenção e a devida proteção penal, eis que constitucionalmente garantida, através da inviolabilidade das comunicações e o sigilo profissional, expressas no art. 5º, XII, da Constituição Federal.

São inegáveis os benefícios proporcionados pela revolução tecnológica proporcionada no século XXI, principalmente através da internet, ferramenta que revolucionou os meios de comunicação e a transmissão de informações. Ocorre que, infelizmente, algumas pessoas desvirtuaram esse objetivo e transformaram o meio eletrônico em um local para o cometimento de delitos, uma vez que a sua riqueza é imensurável e, lamentavelmente, sabemos que o crime volta suas atenções para onde há riqueza.

Nesse sentido, a regulamentação desses delitos oriundos dos avanços tecnológicos, ainda que revestidos somente de um novo meio de execução, como é o caso dos crimes cibernéticos, se faz justa a fim de propiciar a segurança jurídica necessária; assim como os demais ramos do direito fizeram com o direito civil e comercial, por exemplo, se adequando para regular as relações de consumo virtuais.

Contudo, essa regulamentação deve ser precedida de muito estudo por parte dos legisladores, sempre respeitando os princípios constitucionais e beirando a perfeição técnica, a fim de que a nova norma não se torne ineficaz. Infelizmente, motivado pelo clamor social proporcionado pela divulgação de fotos íntimas da atriz Carolina Dieckmann na época, essas regras não foram observadas na edição do tipo penal de invasão de dispositivo informático, que não conseguiu proteger a liberdade individual das pessoas, punir e reprimir este tipo de conduta.

A inserção da expressão "violação indevida de mecanismo de segurança" acabou por alijar da tutela penal a pessoa que, por um descuido ou desconhecimento, não está provida do mecanismo de segurança, deixando, com a utilização do termo "indevidamente", uma excludente de ilicitude implícita no tipo penal, o que deixou deficiente a tipicidade formal e, por conseguinte, a sua adequação típica. Frisa-se que nem sempre o enquadramento de condutas às normas já existentes é possível, devendo, sobretudo, ser respeitado o princípio da legalidade.

Dessa forma, diante da análise do problema proposto para este estudo – A criminalização da invasão de dispositivo informático, introduzido no Código Penal pela lei 12.737/12, é eficaz? –, pode-se concluir que a hipótese inicial levantada para tal questionamento é verdadeira, na medida em que o crime em questão não atingiu a sua finalidade.

Apesar de a área cível ser um caminho para ressarcir o abalo sofrido pela vítima, sabe-se que muitos dos criminosos são pobres e não possuem condições financeiras de cumprir com a condenação e o pagamento da indenização, ficando a vítima sem a devida compensação. Em que pese não ter sido possível a localização de decisões jurisprudenciais de mérito sobre esse tipo de crime, é crível que os tribunais tendem a decidir e encontrar os problemas já apontados pela doutrina, no sentido de que o artigo em questão possui deficiências técnicas que o tornam tipicamente inadequado e, portanto, ineficaz.

Nessa linha, denota-se que se a proteção do bem jurídico tutelado pelo crime em questão ficar alienada à necessidade de violação de algum mecanismo de segurança para configuração do delito, as pessoas que mais necessitam da proteção do direito penal por estarem vulneráveis aos criminosos, ficarão desamparadas. Se, conforme visto no texto, essa continuar sendo a ideia do legislador e o crime continuar sendo utilizado como crime-meio para outro mais grave, como, por exemplo, o furto mediante fraude

de valores bancários, o tipo penal mencionado continuará sem utilidade alguma, restando totalmente ineficaz.

Não obstante, o aumento da pena cominada aos infratores, tese defendida por alguns doutrinadores, seria interessante para não tornar tão precária a proteção a um bem jurídico tão importante como o da liberdade individual, tendo em vista que com a pena máxima superior a dois anos se afasta a competência do Juizado Especial Criminal e, consequentemente, a possibilidade de aplicação dos seus institutos despenalizadores previstos.

Dessa forma, impõe-se a incidência da tutela penal sobre um bem jurídico tão valioso como esse. Cabe aos legisladores a elaboração de normas penais eficazes que possam efetivamente coibir e punir a prática do delito de invasão de dispositivo informático, atendendo à função do direito penal em um Estado Democrático de Direito clamada por Roxin: prover a segurança jurídica através da proteção dos bens jurídicos e direitos.

## 5 REFERÊNCIAS


BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 24 ago. 2015.

BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em: 24 ago. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal nº 70049844483**, 7ª Câmara Criminal. Apelante/Apelado: Nara Elisa Follmer. Apelante/Apelado: Ministério Público. Apelado/Assistente de Acusação: Medabil Sistemas Construtivos S.A. Relatora: Des.ª Naele Ochoa Piazzeta. Porto Alegre, 29 abr. 2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search>. Acesso em: 24 set. 2015.

CABETTE, Eduardo Luís Santos. O novo crime de invasão de dispositivo informático. **ConJur**, São Paulo, 04 fev. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-fev-04/eduardo-cabette-crime-invasao-dispositivo-informatico>. Acesso em: 02 set. 2015.

CECILIO, Leonardo Rezende. Marco civil da internet deve embasar futuros diplomas sobre cibercrimes. **ConJur**, São Paulo, 27 jun. 2014. Disponível

em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-27/leonardo-cecilio-marco-civil-embasar-futuros-diplomas-cibercrimes>. Acesso em: 02 set. 2015.

CECILIO, Leonardo Rezende; CALDEIRA, Felipe Machado. Cibercrimes em projeto do Senado carecem de precisão. **ConJur**, São Paulo, 05 mar. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-05/previsao-cibercrimes-projeto-senado-carece-precisao-tecnica>. Acesso em: 02 set. 2015

COLLI, Maciel. **Cibercrimes**: Limites e perspectivas à investigação policial de crimes cibernéticos. Curitiba: Juruá, 2010.

DIP, Andrea; AFIUNE, Giulia. Como um sonho ruim. **Pública**: Agência de Reportagem e Jornalismo Investigativo, São Paulo, 19 dez. 2013. Disponível em: <http://apublica.org/2013/12/6191/>. Acesso em: 28 set. 2015.

DODGE, Raquel E. F. **Roteiro de atuação sobre crimes cibernéticos**. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão. 2. ed. Brasília: Ministério Público Federal, 2013.

GOMES, Luiz F. Lei Carolina Dieckmann e sua (in)eficácia. **Revista JusNavigandi**, Teresina, ano 18, n. 3536, 7 mar. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23897>. Acesso em: 17 ago. 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. v. 2.

INELLAS, Gabriel C. Z de. **Crimes na internet**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 2.

NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Código Penal Comentado**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz R.; CARVALHO, Érika M. de; CARVALHO, Gisele M. de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RIBEIRO, Thiago de L. **O direito aplicado ao cyberbulling**: honra e imagem nas redes sociais. Curitiba: InterSaberes, 2013. E-book. Disponível em: <http://univates.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788582127995/pages/-2 >. Acesso em: 10 ago. 2015.

TONETTO, Maurício. Defenda-se das fraudes virtuais. **Zero Hora**, Porto Alegre, p.32, 03 jul. 2015.

WENDT, Emerson; JORGE, Higor V. N. **Crimes Cibernéticos**: Ameaças e procedimentos de investigação. 2. ed. Rio de Janeiro: Brasport, 2013.

# A DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS SOB A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O ETIQUETAMENTO SOCIAL DO USUÁRIO

**Julian Dias Guatimozim**[1]

**RESUMO:** A presente pesquisa tem por objetivo analisar a conduta do uso de entorpecentes sob o viés da Constituição Federal do Brasil, considerando os Princípios implícitos e explícitos que nela existem,bem como suas garantias, a fim de verificar se há(in)compatibilidade entre os referidos e a imputação penal contida no Artigo 28 Lei 11.343/06 – Lei de drogas -, sustentando-se então sua inconstitucionalidade. Não obstante, a pesquisa aponta a (des) criminalização de determinadas drogas e usuários, de forma seletiva, embasando-se na Teoria do Etiquetamento Social, ou Teoria do *Labelling Approach*, demonstrando a rotulação existente e suas consequências na sociedade, principalmente no indivíduo rotulado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Descriminalização do uso de drogas. Seletividade. Princípios e Garantias Constitucionais. Teoria do Etiquetamento Social.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 O Direito à intimidade e à vida privada. 2.1 A Autonomia da Vontade e a Dignidade Humana. 2.2 O Direito ao próprio corpo e à identidade pessoal. 2.3 Princípio da Lesividade. 3 A criminalização do usuário de drogas e a Teoria do Etiquetamento Social. 3.1 A Teoria do Etiquetamento Social – *Labelling Approach*. 4 A inconstitucionalidade da criminalização do usuário de drogas. 5 Conclusão. 6 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem o objetivo de analisar a conduta do uso de entorpecentes ilícitos sob o viés constitucional, através dos princípios implícitos e explícitos existentes, a fim de verificar se há compatibilidade entre os referidos princípios e a imputação penal contida no Artigo 28 da Lei 11.343/06, arguindo-se então a possibilidade se sua inconstitucionalidade, respondendo assim a questão principal desta pesquisa.

[1] Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UniRitter Laureat International Universities. Pós-graduando *Lato Sensu* em Direito Penal e Processo Penal com ênfase na Segurança Pública pela UniRitter Laureat International Universities. Membro da CEJA OAB - RS. Membro da Comissão Permanente de Estudos de Direito Penal - Canal Ciências Criminais. Advogado.

Ainda, a pesquisa traz uma análise da criminalização de determinadas drogas sob a visão da Teoria do Etiquetamento Social também conhecida como *Labelling Approach*, a fim de demonstrar a existente e constante rotulação aplicada, bem como suas consequências na sociedade e no indivíduo rotulado.

Para que pudesse ser possível a pesquisa, foi imprescindível analisar alguns princípios e garantias constitucionais, dos quais se destaca o direito à intimidade e à vida privada, a autonomia da vontade, o princípio da lesividade, o direito de disposição do próprio corpo etc.

Também será trazida na pesquisa a legislação em vigor que trata das drogas no Brasil, qual seja a Lei 11.343/06, com o intuito de analisar a conduta prevista em seu artigo 28, a qual considera crime a posse de drogas para consumo pessoal.

Ainda em relação à legislação, será demonstrado que não houve a descriminalização das drogas para consumo pessoal, mas tão somente a despenalização, acarretando diversas consequências jurídicas penais.

Em continuidade, será demonstrada a ideia inicial quando da criação da legislação em vigor, a qual buscava, em tese, a regulação do tratamento dos usuários de drogas e uma pesada reprimenda ao traficante, a qual, na prática, não funcionou.

Na sequência, serão trazidos os argumentos-pilares para o discurso da punição, dos quais, o crime de perigo abstrato e o bem jurídico tutelado como a saúde pública.

No tópico seguinte, será transparecida a Teoria do Etiquetamento Social ou *Labelling Approach*, onde é defendida a ideia de que o crime não é definido tão somente pela conduta praticada pelo agente, mas sim pelo que o poder estatal (aqui se entende instâncias de controle) define como crime em determinado momento. Ou seja, não são todos os crimes e nem todos os agentes que possuem relevância para o sistema, havendo então ligação direta com a cultura e com os detentores do poder, tornando o controle mutável conforme a situação.

Em continuidade, restará demonstrada uma comparação dentro de nosso país, um exemplo de seletividade penal, segundo análise de dados no Conselho Nacional de Justiça.

Através da teoria do *Labelling Approach*, iremos perceber que o crime está relacionado à cultura, aos detentores do poder e ele muda conforme a situação. Um exemplo claro sobre o assunto é a Lei Seca dos EUA, onde foi proibida totalmente a importação, fabricação e o consumo de bebidas alcoólicas na época que estava em vigor.

Por fim, será colocada a questão da inconstitucionalidade da criminalização do uso de drogas, apontando uma inclinação à violação de diversos princípios constitucionais, inclusive o da igualdade, pois se sabe que tão somente alguns tipos de drogas são abarcados pelo direito penal, este que é definido por quem está no poder, no momento que mais lhe convier.

## 2 O DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

Antes de iniciarmos qualquer estudo sobre as drogas e o modelo de política adotada no combate e repressão, imprescindível é adentrar na esfera constitucional, esta que irá explicar minuciosamente as garantias fundamentais que estão previstas de forma implícita e explicita[2], bem como demonstrará a importância e a validade de um Direito fundamental.

Primeiramente, se faz necessário analisar o Artigo 5º, X da Constituição Federal de 1988, onde está explícito que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral causado decorrente de sua violação;" deste modo, os direitos já explicitados no texto constitucional não carecem de quaisquer dúvidas.

No Artigo supramencionado, podemos claramente observar a importância que o legislador deu ao direito à intimidade e à vida privada de cada pessoa, tanto é que o mesmo assegura de forma positiva o direito à indenização em caso de violação. Ou seja, criou uma proteção à pessoa na qual não cabe intervenção de terceiros.

De acordo com Marmelstein[3], o constituinte brasileiro positivou uma série de direitos com o objetivo de criar uma espécie de redoma protetora em torno da pessoa, permitindo, com isso, o livre desenvolvimento da individualidade física e espiritual do ser humano. Quando o artigo constitucio-

[2] A atual Constituição brasileira no que segue as anteriores, não pretende ser exaustiva na enumeração dos direitos fundamentais. Admite haver outros direitos fundamentais além dos enumerados, direitos estes implícitos. Filho, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.p.322

[3] Marmelstein, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 2014.p.133

nal se refere a terceiros, não há duvidas de que se inclui o Estado e a sociedade em geral. O direito ao desenvolvimento é um direito individual, inerente a todas as pessoas. É um direito que se põe a todos os Estados[4].

Neste sentido, a intimidade e a vida privada dizem respeito ao direito de ficar só, de não haver intromissão externa, abrangendo todas as relações do individuo, refletindo suas particularidades. O autor Uadi Bulos[5] ainda diferencia a intimidade da vida privada de modo a ampliar a proteção, sustentando que na vida privada há o envolvimento de todas as relações de trabalho, estudo e convívio diário. Já na intimidade, há o envolvimento do que diz respeito a quem e ao que participa de sua vida pessoal.

Ainda sobre a vida privada e a intimidade, portanto, está o direito de controle por parte do indivíduo sobre suas informações pessoais, pois são informações que dizem respeito à sua vida pessoal e de ninguém mais. Em outras palavras, é um direito que o indivíduo possui de desenvolver sua privacidade e individualidade, em respeito ao qual ele não será compelido a desenvolver ou exercer determinados comportamentos impostos ou esperados pela sociedade em geral[6].

Importante frisar que, apesar de a doutrina relativizar o direito à intimidade e à privacidade, não há previsão constitucional de uma reserva legal para ambos. Pelo contrário, eles são direitos invioláveis, com valor elevado de proteção atribuído pela Constituição Federal.

## 2.1 A AUTONOMIA DA VONTADE E A DIGNIDADE HUMANA

No que diz respeito à autonomia da vontade, temos um exemplo típico de direito fundamental implícito, pois está contido dentro do artigo 5º da Constituição Federal. Nesta proteção, temos a faculdade ou autonomia do individuo para que ele tome alguma decisão, ou seja, possa agir de acordo com seus próprios interesses, desde que seja em sua esfera particular.

Então, autonomia da vontade significa competência para determinar-se por si mesmo, de acordo com suas vontades, estando diretamente relacionado a elementos subjetivos de cada pessoa e, como dito anteriormente, não devendo então ser objeto de intromissão externa. A não intro-

[4] Filho, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2010.p.77-78.

[5] Bulos, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.p.571.

[6] Sarlet, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.p.394.

missão na vontade do indivíduo é a consagração do direito à liberdade, já explícito em nossa Constituição.

De acordo com Marmelstein[7], a proteção da autonomia da vontade tem como objetivo conferir ao individuo o direito da autodeterminação, ou seja, de determinar autonomamente o seu próprio destino, fazendo escolhas que digam respeito à sua vida. Diante das palavras do autor, é possível entender o objetivo que se buscou com a autonomia da vontade, o qual é conferir ao individuo o direito de fazer o que tiver vontade dentro de sua vida privada.

Ainda no pensamento do autor, o dever de respeito à autonomia da vontade faz com que os chamados crimes sem vítimas sejam vistos com desconfiança. Ou seja, crimes sem vítimas são aqueles que não afetam o bem jurídico de outras pessoas, onde perfeitamente se poderia mencionar o crime contido no Artigo 28 da Lei 11.343/06[8], o de portar drogas para o consumo pessoal.

Importante entendermos que a autonomia da vontade não poderá ser dissociada da liberdade, pois se percebe que é através da liberdade que o próprio indivíduo exerce a autonomia da vontade. Sobre este entendimento, temos a posição de Stuart Mill[9]. Vejamos.

> O único propósito com o qual se legitima o exercício do poder sobre algum membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade é impedir dano a outrem. O próprio bem do individuo, seja material seja moral, não constitui justificação suficiente. O indivíduo não pode legitimamente ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, porque tal seja melhor para ele, porque tal o faça mais feliz, porque na opinião dos outros, tal seja sábio ou reto. Essas são boas razões para admoestá-lo, para com ele discutir, para persuadi-lo, para aconselhá-lo, mas não para coagi-lo, ou para lhe infligir um mal caso aja de outra forma.

Deste modo, a ideia norteadora da autonomia é a de que o Estado deve deixar com que o indivíduo seja responsável por si próprio, ele é quem irá decidir que lugar frequentará, com quais pessoas andará, qual profissão

---

7 Marmelstein, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 2014.p.101.

8 Brasil. **Lei 11.343/06. Artigo 28** – 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: [...]

9 Mill, Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Editora Vozes, 1991.p.53.

seguirá – se for de sua vontade – bem como quais atitudes tomará em seu cotidiano, sendo então o verdadeiro dirigente de sua própria vida.

Ora, se um comportamento é praticado na esfera da vida do próprio individuo, a qual não atinge a autonomia de outro alguém, qual seria o motivo relevante para que o Estado pudesse intervir? Deste modo, de maneira alguma seria válida a intervenção estatal. Ou seja, não haveria respeito às garantias.

Ainda no contexto das liberdades, estas são entendidas como o direito dos indivíduos de possuírem uma esfera de não ingerência estatal, ou seja, livre de qualquer coerção. Em relação à proteção dessas liberdades, importante salientar que toda liberdade fundamental é uma liberdade que existe ao menos em relação ao Estado, sendo protegida por um direito, garantindo que o Estado não constranja o titular da liberdade para que ele faça aquilo que lhe é constitucionalmente livre[10].

Acerca do respeito às garantias, há o posicionamento de Sarlet[11], o qual diz que onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças.

A dignidade da pessoa humana faz parte do princípio geral de direitos humanos, onde este está constituído nos direitos de personalidade. O respeito à dignidade da pessoa humana deve ter seu espaço garantido, caso contrário, o ser humano será tratado como mero objeto de injustiças e intervenções desnecessárias.

Ainda, de acordo com Cappellari, a dignidade humana é compreendida como uma vedação de instrumentalização do indivíduo[12]. A referida autora disserta sobre a vedação de o Estado se utilizar do indivíduo preso para conseguir "controlar" o sistema prisional, porém, cabível também o mesmo entendimento no caso em análise, pois o Estado também instrumentaliza o indivíduo da maneira que lhe convém, a fim de almejar o controle e manter sua guerra às drogas.

---

10 Alexy, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.p.234.

11 Sarlet, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.p.104

12 Cappellari, Mariana PY Muniz. **Os Direitos Humanos na Execução Penal e o Papel da Organização dos Estados Americanos (OEA)**. Porto Alegre: Editora Nuria Fabris, 2014.p.82

## 2.2 O DIREITO AO PRÓPRIO CORPO E À IDENTIDADE PESSOAL

No tocante ao direito ao próprio corpo, como em casos onde é comum ao indivíduo a colocação de *piercings*, brincos e tatuagens, é objeto de autolimitação, especialmente em casos que for cabível o consentimento do portador desse direito[13]. Ou seja, o próprio indivíduo reconhece o ato e consente – para si mesmo. É o reconhecimento de um possível dano para o próprio corpo e a aceitação em troca da vontade.

É amplamente aceito – em sede doutrinária e jurisprudencial—que o consentimento do titular do direito, desde que consciente e livre, além de adequadamente informado, afasta a ilegitimidade da intervenção[14].

Ou seja, é um direito – por parte do indivíduo – de uma ação negativa por parte do Estado, onde este deixará de intervir nas liberdades constitucionalmente garantidas, para que possa gerir normalmente sua vida, sem coerção ou intromissão. Portanto, as liberdades são ao mesmo tempo limites ao Estado, para que este não aplique o controle social em sua totalidade, mantendo-se assim um Estado democrático de Direito.

Diante dos breves apontamentos, possível chegarmos à conclusão de que privar o indivíduo de suas prerrogativas seria o mesmo que aniquilar seus pensamentos, de forma a fazê-lo se submeter forçosamente à outra vontade, esta que seria uma vontade externa, de outra pessoa ou do Poder Estatal.

No posicionamento de Stuart Mill, a única parte da conduta por que alguém responde perante a sociedade é a que concerne aos outros. Na parte que diz respeito unicamente a ele próprio, a sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre o seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano[15].

Na mesma seara, temos o direito à identidade pessoal, que também advém dos direitos de personalidade. A identidade pessoal constitui, assim como os outros direitos da personalidade, um bem em si mesmo, independente da condição social, das virtudes e dos defeitos do sujeito, de modo que a cada um é reconhecido o direito de ter sua personalidade protegida, considerando a sua exclusividade social.

---

[13] Sarlet, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.p.375.

[14] Sarlet, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.p.375.

[15] Mill, Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Editora Vozes, 1991.p.53.

Então, quando não for respeitada a identidade pessoal, estaríamos modificando a personalidade do indivíduo, fazendo-se com que ele aja de maneira distinta da sua vontade e de seu próprio interior, tornando (mais uma vez) o indivíduo um objeto de ingerências indevidas.

Pensemos no indivíduo que é usuário de cigarros de tabaco – aquele mesmo que esbarramos diariamente nas ruas das cidades e que nada fazemos para tentar controlar o seu consumo, pensemos agora naquela pessoa que está sentada em frente ao bar bebendo há algumas horas algo com teor alcoólico elevado e que não raramente passa a perturbar os outros clientes que ali permanecem.

Diante das situações, em regra, nada faríamos, não é mesmo? Ou se fizéssemos seria apenas alguma colocação verbal. Lembrando que ambos estariam exteriorizando as condutas e, consequentemente, "invadindo" a esfera íntima de outras pessoas, visto que o cigarro de tabaco incomoda muita gente, bem como o indivíduo que bebeu demasiadamente também, em tese, passaria a perturbar algumas pessoas. Mas, se nada fizemos diante dessas condutas, onde estaria a legitimidade para interferir na conduta de quem usa outro tipo de drogas?

Encontraríamos legitimidade pelo simples fato de tais drogas serem proibidas pelo poder público que (hoje) está no comando? Fato é que pessoas morrem e matam usando ou não usando bebida alcoólica, bem como qualquer outra droga.

Em tempo, o que é droga? Conceitualmente falando, esta é a definição utilizada para qualquer tipo de substância usada em química e farmácia.

Sendo assim, obviamente poderemos atribuir tal nomenclatura à bebida com algum teor alcoólico, bem como ao cigarro comum e ao fármaco comprado diretamente no balcão da farmácia. Lembremos, por fim, que o tempo e o interesse mudam paradigmas, basta pensarmos nas drogas que já foram liberadas em outros momentos, tais como o álcool, o Ecstasy e a Heroína.

## 2.3 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

Não obstante, também deve ser analisado o princípio da lesividade, este que ensina que somente a conduta que ingressar na esfera de interesses de outra pessoa poderá ser criminalizada. Não haverá punição enquan-

to os efeitos permanecerem na esfera de interesses da própria pessoa. Ou seja, novamente temos a exposição de que a conduta intrínseca do indivíduo – que não atinge interesses alheios - não deve ser criminalizada.

Segundo Ferrajoli[16], o princípio axiológico veta, por sua vez, a proibição de condutas meramente imorais ou de estados de ânimo pervertidos, hostis ou, inclusive, perigosos. E impõe, para uma maior tutela da liberdade pessoal de consciência e da autonomia e relatividade moral, a tolerância jurídica de toda atitude ou conduta não lesiva a terceiros. O autor também explica o caráter descriminalizador da lesividade, vejamos.

> Entretanto, nosso princípio de lesividade, tal como resulta dos critérios já comentados, atua como uma afiada navalha descriminalizadora, idônea para excluir, por injustificados, muitos tipos penais consolidados, ou para restringir sua extensão por meio de mudanças estruturais profundas.

Em matéria de restrição, a lesividade possui três tipos: (a) restrição quantitativa, onde afeta os crimes de bagatela, que não justificam a presença nem do processo penal e nem da pena; (b) restrição qualitativa, onde permitem considerar bens somente aqueles que a lesão se concretiza em um ataque lesivo a outras pessoas; (c) restrição estrutural, onde se aplicaria aos crimes de perigo abstrato[17]. Sendo assim, possível seria a aplicação das três vertentes no caso do crime contido no artigo 28 da Lei 11.343/06.

Diante dos apontamentos, possível entender que o princípio da lesividade é de grande valia para o ordenamento, de maneira a garantir a não-extensão das punições, selecionando assim os delitos que concretamente afetariam o terceiro indivíduo, não punindo qualquer conduta, principalmente a íntima.

## 3 A CRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS E A TEORIA DO ETIQUETAMENTO SOCIAL

A política criminal de drogas no Brasil e a formação do sistema repressivo ocorrem quando da autonomização das leis criminalizadoras e o ingresso do país no modelo internacional de controle[18].

---

16 Ferrajoli, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.372.

17 Ferrajoli, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.382-383.

18 Carvalho, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.p.11.

A lei que vigora hoje em nosso país referente às drogas é a 11.343/06. Quando criada, foi recebida como um avanço em relação às legislações anteriores, mas na prática, quais foram os avanços e retrocessos em mais de uma década de aplicação da lei, ou seja, o que de fato mudou com sua vigência?

Além de criar um sistema de prevenção e tratamento[19] (a lei direciona a prevenção para dois rumos: (1) redução dos fatores de vulnerabilidade; (2) fortalecimento dos fatores de proteção, que são as escolas, famílias, comunidades religiosas;), a referida lei trouxe o fim da pena de prisão para usuários de drogas, trazendo uma lógica de que o usuário necessita de cuidados com a saúde e não de privação de liberdade.

Porém, o acesso à saúde não funcionou, pois a insistência na criminalização da posse de drogas para consumo pessoal acabou sendo um obstáculo que impede até os dias atuais a busca pelos serviços por parte dos usuários e, consequentemente, acaba atrapalhando a prevenção, pois esta lei acaba afastando os usuários do sistema de saúde.

Inicialmente, quando da criação da lei, o discurso era de que o usuário não é criminoso e não comete ilícito penal, por esse motivo a reprimenda deveria ser branda. Por outro lado, o tráfico ilícito, por ser o vetor do consumo, deveria ter uma pena pesada.

Nas palavras de Salo de Carvalho[20], a Lei 11.343/06 nivela a importância dos tratamentos penais entre usuários e traficantes, criando estatutos com respostas de natureza distinta: a alta repressão ao traficante de drogas e a patologização do usuário e do dependente químico. Ou seja, teoricamente, distinguindo um do outro.

O pensamento sinalizava para a diminuição do tráfico de drogas (na prática), porém, acabou ocorrendo somente na teoria, pois com os dados atuais do sistema prisional, dos quase 700 mil presos no Brasil, cerca de 30% estão lá pelo crime do tráfico de drogas[21], restando demonstrada a falência do direito penal, dos mecanismos de controle, das penas de prisão e das instituições que são ligadas ao sistema penal.

---

[19] RANGEL, Paulo; Bacia, Carlos Roberto. **Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas**. Editora Lúmen Juris. Rio de Janeiro. 2007.p.20.

[20] Carvalho, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.p.72.

[21] Ministério da Justiça. Disponível em: https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatoriodo-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf

Em relação à diferença entre o usuário e o traficante de drogas, a lei deixa dúvidas sobre qual a distância entre um e outro e quem é o usuário e quem é o pequeno traficante, deixando grande margem para a decisão dos operadores. Lembrando que a linha entre um e outro é geralmente desfeita pela definição da classe social.

Pois mesmo a lei tendo sido criada principalmente para separar usuários de traficantes, deixou lacunas que hoje são grandes motores da superlotação carcerária, ficando como um dos principais problemas o parágrafo segundo do artigo 28 da referida lei, onde não há definição clara e objetiva da quantidade para a caracterização do crime, devendo-se então, serem analisados outros aspectos, o que acaba por remeter à classe social.

Ocorre que um dos principais fatores da não aplicabilidade da minorante contida no artigo 33 da referida Lei, onde haveria um tratamento diferenciado para o pequeno traficante, é o fato de que o próprio parágrafo impõe requisitos objetivos para a concessão, dos quais a reincidência e os maus antecedentes não devem existir para que o réu se beneficie.

A partir daí é que temos um grande problema, pois, apesar de grande discussão doutrinária, é possível perceber que a conduta tipificada no artigo 28 da lei de drogas – posse para consumo pessoal – teve uma "despenalização", e não uma descriminalização. Partindo dessa Ideia de que não houve a descriminalização, sabemos que uma condenação por tal conduta estaria apta a gerar a reincidência e os maus antecedentes, o que acaba por não permitir o "benefício" do tráfico privilegiado.

Afirmar que o art. 28 é um crime que não gera reincidência e maus antecedentes seria contradizer o raciocínio fixado. Sendo crime, então deve gerar reincidência. Ao contrário, então em que o art. 28 da Lei de drogasse identificaria com um crime? Apenas na nomenclatura e não nos seus efeitos jurídicos? Seria crime, mas não seria? Não haveria lógica.

Importantíssimo frisar que não há previsão legal para excluir a reincidência aos condenados pelo crime previsto no art. 28 da Lei. Ao contrário, as penas previstas no art. 28 são permitidas pelo texto constitucional e, portanto, legítimas. Se o tratamento pretendido pelo legislador aos usuários fosse outro, o porte para uso próprio não poderia ter caráter criminoso, o que justificaria a ausência de qualquer efeito da condenação.

Diante então da não descriminalização, devemos entender o aspecto moralizador da criminalização da conduta, de modo que a proibição é um efeito moralizador concreto na seleção dos prazeres que podem ser experimentados durante a vida do indivíduo.

Ou seja, há uma seleção que então seria "adequada" ou "harmonizada" com a moral, de modo que o que não esti ver de acordo ou não for aceito por determinado grupo (sociedade e poder), será imediatamente censurado. A política criminal de drogas é somente mais um campo restringido ao indivíduo[22].

Neste sentido, é possível perceber que nessa "seleção" estaria a diferenciação entre droga lícita e ilícita, ou seja, quem está no poder define o que poderá e o que não poderá ser utilizado pelo indivíduo, formando assim o caráter seletivo e, automaticamente, o proibicionismo.

A sustentação que legitima o discurso punitivo em relação ao uso de drogas está baseada em dois pilares: o primeiro é o fato de o delito que está previsto no artigo 28 da lei de drogas seria um delito de perigo abstrato[23] e o segundo pelo fato de ser a saúde pública o bem jurídico tutelado. Ou seja, não faz sentido privar a liberdade de um indivíduo sob a perspectiva ou argumento de que estaria protegendo outra liberdade deste mesmo indivíduo.

Com relação ao discurso da saúde pública como bem jurídico tutelado[24], não passa de uma falácia, ou até mesmo uma forma de manipular a interpretação e manter a repressão, pois o individuo que adquire a substância (para si próprio) em nada afeta a saúde pública e, se afeta a saúde do próprio indivíduo (depende de cada caso concreto, pois a quantidade e o tipo de substância influenciam), não cabe ao Estado – através do direito penal – efetuar o controle.

Ocorre que, quando acaba se esquecendo do sujeito concreto para criar mecanismos abstratos de legitimação nas hipóteses de punição aos

[22] Weigert, Mariana de Assis Brasil. **Uso de Drogas e Sistema Penal: entre o Proibicionismo e a Redução de Danos**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.p.31.

[23] Perigo abstrato é o crime cujo não existe a comprovação do risco ao bem jurídico protegido, ou seja, o legislador comina uma pena a determinada conduta pelo mero fato de considerá-la perigosa.

[24] Alguns magistrados têm fundamentado em suas decisões que houve uma confusão no conceito de saúde pública, este que deveria então ser a incolumidade pública. Incolumidade pública significa evitar o perigo ou risco coletivo, tem relação com a garantia de bem-estar e segurança de pessoas indeterminadas ou de bens diante de situações que possam causar ameaça de danos. Saúde pública define o termo como a arte e a ciência de prevenir doenças, prolongar a vida, possibilitar a saúde e a eficiência física e mental através do esforço organizado da comunidade.

usuários, se produz violência e cria uma afronta ao núcleo constitucional que sustenta o direito[25]. Deste modo, não é legitimo punir um usuário de drogas com o argumento de que irá protegê-lo.

No tocante aos efeitos do proibicionismo, inúmeras vezes vemos os resultados sendo disponibilizados em diversos órgãos nacionais e internacionais, comprovando-se que o resultado da implementação hoje adotada (repressão) às substâncias psicoativas, não atingiu o seu objetivo: a diminuição do consumo. Pelo contrário, relatórios internacionais[26] já se manifestaram no sentido do aumento do uso de entorpecentes no mundo inteiro, indo totalmente no sentido oposto da criação da ideia.

Por fim, nota-se que as leis continuam sendo orientadas por ideais moralistas, pautadas pelo entendimento de que o usuário é quem financia o tráfico, gera problemas para os familiares e pessoas que junto dele convivam, bem como para a sociedade de forma geral[27].

Possível entender esses argumentos, porém, o que não se pode sustentar é que com tais argumentos seja possível suprimir direitos constitucionalmente garantidos ao indivíduo, bem como se possa ter uma reprimenda penal – através do Estado – para que se possa coibir uma vontade intrínseca de cada um.

### 3.1 A TEORIA DO ETIQUETAMENTO SOCIAL – *LABELLING APPROACH*

Não obstante a criminalização do uso de drogas na legislação penal, ainda há de se levar em consideração outro fator muitíssimo importante: a criminalização do usuário por parte da sociedade. Sim, o etiquetamento social é de grande relevância, pois é através dele que o individuo será marginalizado.

Na teoria do etiquetamento social, ou a "*Labelling Approach*", o crime não é definido pela conduta do agente, mas sim pelo que o poder estatal define como crime, ou seja, não são todos os crimes e nem todos os agentes que são perseguidos pelo sistema.

A consequência dessa estigmatização é tão devastadora que afeta o psicológico do individuo, fazendo com que ele, por si próprio, se exclua da

[25] Carvalho, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.p.254

[26] O relatório mundial das Drogas demonstra que 200 milhões de pessoas usam drogas ilícitas pelo menos uma vez ao ano. Cerca de metade dos usuários consomem drogas regularmente, pelo menos uma vez ao mês.

[27] Weigert, Mariana de Assis Brasil. **Uso de Drogas e Sistema Penal: entre o Proibicionismo e a Redução de Danos.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.p.84

sociedade. É uma reação social negativa, gerada através do rótulo que o próprio Estado criou.

A conduta desviante é originada pela sociedade, os grupos sociais criam o desvio por meio de regras cuja infração constitui o desvio. E, com o desvio, as pessoas são rotuladas pela própria sociedade [28]. Nas rotinas diárias, os rótulos farão com que o indivíduo busque a aproximação com os iguais, adentrando na carreira criminal.

A sociedade define o que entende por conduta desviante, todo comportamento considerado perigoso, impondo sanções àqueles que se comportarem dessa forma. Condutas desviantes são aquelas que as pessoas de uma sociedade rotulam às outras que às praticam.

A teoria da rotulação de criminosos cria um processo de estigma para os condenados, o sujeito acaba sofrendo reação da família, amigos, conhecidos, colegas, o que acarreta a marginalização no trabalho e na escola, criando-se assim subgrupos[29].

Desta maneira, haverá a delinquência primária, a resposta com a estigmatização, que ocorrerá o afastamento do indivíduo da sociedade e, consequentemente, a redução de oportunidades, surgindo assim a subcultura com os grupos que se assemelham.

Dessa forma, criam-se subculturas de consumidores de drogas, pois há uma solidariedade dentro dos grupos de usuários, ficando claro que a repressão e o rótulo colocado nos usuários acabam por fortalecer a marginalização social, fazendo-se com que construam seus próprios espaços e grupos de convivência dentre os que se aceitam[30].

Através da teoria *Labelling Approach*, iremos perceber que crime não é a conduta praticada, mas sim o que as instancias de controle (no momento da criação) irão definir como crime e quem será o criminoso. Ou seja, o crime está relacionado à cultura, aos detentores do poder e muda conforme a situação. Um exemplo já citado é a Lei Seca dos EUA.

Naquele contexto, restou provada a falência da lei, pois fora criado um comércio clandestino e em nada afetou o desejo de um grande número

[28] Shecaira, Sergio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p.259

[29] Filho, Nestor Sampaio Penteado. **Manual Esquemático de Criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2012.p.95

[30] Weigert, Mariana de Assis Brasil. **Uso de Drogas e Sistema Penal: entre o Proibicionismo e a Redução de Danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.99-100

de pessoas, que acabaram buscando a satisfação na "ilegalidade". Dentro desse cenário, ocorreu exatamente o que ocorre nos dias de hoje com a "droga da vez", pois diversas pessoas criaram suas próprias fabricas de bebidas com qualidade extremamente baixa, causando intoxicação nos usuários. Além disso, é claro, o contrabando ganhou força na época.

No Brasil não é diferente. O sistema penal é mais um dos exemplos de seletividade, basta analisar os dados do Ministério da Justiça[31] que teremos a definição (em maioria esmagadora) de quem é o criminoso e, com isso, obviamente teremos um etiquetamento, sendo então o indivíduo marginalizado e, consequentemente, gerando grandes dificuldades para a reinserção na sociedade, o que acarreta diversos fatores negativos, como veremos adiante.

Na mesma seara, teremos o desvio primário e secundário (advém da estigmatização), onde o desvio primário existe a partir dos fatores sociais, do paradigma da reação social. Já o desvio secundário, existe a partir da consciência da rotulação, ou seja, consciência de que foi marginalizado e excluído, portanto, forçado a adentrar na carreira criminosa.

A definição de Shecaira[32] é clara e perfeita, pois ele sustenta que quando os outros (quem está no poder) decidem que determinada pessoa é "non grata", não confiável moralmente, eles tomarão contra tal pessoa atitudes normalmente desagradáveis, que não seriam adotadas com qualquer um, fazendo com que tal indivíduo, já rotulado, vire um estranho, também definido como *Outsider*[33].

*Outsider* é o indivíduo que acaba por viver às margens das imposições da sociedade, ou seja, ele obteve um rótulo por ter praticado determinada conduta e acabou, na maioria das vezes, não sendo mais aceito. São atitudes que partem da sociedade que demonstram a rejeição e a humilhação nos contatos interpessoais e trazem a pessoa para um controle que restringirá sua liberdade. É ainda estigmatizador, porque acaba por desencadear a chamada desviação secundária e as carreiras criminais.

Para finalizar o entendimento, em síntese, praticado o ato inicial, uma nova relação advirá da reação social. A mais importante consequência é a drástica mudança na identidade pessoal do individuo (que tinha peran-

[31] Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Dados prisionais. Disponível em: www.cnj.jus.br/files/conteudo

[32] Shecaira, Sergio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: RT, 2004.p.291

[33] *Outsider*, segundo Shecaira, é a pessoa que não é mais aceita na sociedade, devido a ter sido rotulado pela conduta.

te a sociedade). Daí então surge um novo status. Para ser rotulado como um criminoso, basta cometer uma única infração criminal que isto será toda a sua referência perante a sociedade[34].

## 4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO USUÁRIO DE DROGAS

Ao limitar a vida privada e a intimidade de uma pessoa através do direito penal, o proibicionismo atua em esfera tutelada pela Constituição Federal, ou seja, é a Lei Maior que protege os direitos de personalidade dos indivíduos, deixando claro que há direitos que não podem sofrer interferência por parte do Estado[35].

Nessa linha de raciocínio, temos a esfera do pensamento, das convicções, das paixões e emoções como núcleo inviolável, como reserva de direitos do cidadão na qual o poder público não poderá interferir[36].

Baseando-se no princípio da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, temos a ideia de que nenhuma norma penal criminalizadora será legitima se interferir nas opções pessoais de cada indivíduo, bem como se impuser padrões de comportamento baseado em concepções morais. Assim, está garantida ao indivíduo a possibilidade de plena resolução sobre seus atos, desde que não afete bens jurídicos de terceiros[37].

Portanto, se a Constituição Federal – nossa Lei Maior – garante ao indivíduo que ele faça o que quiser (dentro do seu íntimo, sem interferir o íntimo de outra pessoa), pois permite que cada um conduza suas vontades, de maneira a gerenciar sua própria vida, uma legislação que visa afrontar esses direitos, atacando frontalmente as garantias constitucionais, sem dúvidas deveria ser desconsiderada. Pois, caso contrário, estaremos em conflito com os Princípios norteadores de um Estado Democrático.

Há ainda de ser levado em consideração o princípio constitucional da Ofensividade, onde o postulado da lesividade limita as proibições penais somente às ações que causem efeitos danosos a terceiros [38], ou seja,

---

[34] Shecaira, Sergio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p.260.

[35] Weigert, Mariana de Assis Brasil. **Uso de Drogas e Sistema Penal: entre o Proibicionismo e a Redução de Danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.79.

[36] Carvalho, Salo de. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.p.47.

[37] Carvalho, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.p.255-257.

[38] Weigert, Mariana de Assis Brasil. **Uso de Drogas e Sistema Penal: entre o Proibicionismo e a Redução de Danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.82.

temos mais uma afronta ao texto constitucional quando há a criminalização do uso de drogas, na maneira que se pode perfeitamente considerar tal conduta como mera ação íntima.

Em continuidade, necessário também demonstrar o princípio da igualdade, onde também parece haver afronta, pois, se há a criminalização para algumas substâncias (cocaína) e para outras não (álcool), ocorre um tratamento desigual, mesmo levando em consideração que ambas causem dependência.

Mais uma prova de que há uma influência moral por trás das decisões, pois se analisarmos ambas as substâncias, chegaremos à conclusão de que não há critérios para a imputação penal do uso de tão somente determinadas drogas.

No ordenamento brasileiro, possível entender que o princípio da igualdade possui três dimensões: (a) proibição do arbítrio; (b) proibição de discriminação – neste caso temos uma maior aproximação ao caso concreto do usuário de drogas, pois aqui há a vedação de proibição de discriminação que tenham por base as categorias subjetivas, e (c) obrigação de tratamento diferenciado com vistas às desigualdades[39].

Deste modo, diante da abrangência do principio da igualdade, não resta argumento que se fundamente no sentido da proibição de apenas um determinado tipo de droga. É o típico caso da bebida alcoólica, onde esta pode ser posta à mesa, ser oferecida através de canais midiáticos e vendidas em qualquer esquina, enquanto não se pode sequer transportar outros tipos de drogas, mesmo que seja para o consumo pessoal.

Diante dos apontamentos, percebemos a violação dos princípios constitucionais, de maneira que é aplicada uma legislação que visa à interferência no intimo do indivíduo, suprimindo as vontades e violando a vida privada, com fundamentos baseados na moral estabelecida por quem está no poder, criando rótulos na sociedade e, consequentemente, determinando o que deve ser feito na vida de cada um, tudo dentro de uma legalidade criada para que possam maquiar e legitimar suas intervenções.

Quando falarmos em respeito à vida privada e às demais garantias, falamos obrigatoriamente em liberdade, esta que deve(ria) ser posta sem-

[39] Sarlet, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.p.531.

pre em primeiro lugar, pois faz parte da dignidade da pessoa humana, tanto que foi posta em nossa Lei Maior. Porém, o que se tem visto é uma interpretação de forma tendenciosa e, como dito anteriormente, de forma maquiada para que se possa intervir e violar direitos.

Frisa-se a importância de um princípio constitucional, de modo a lembrarmos de sua posição no ordenamento. Assim, temos a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello[40]: 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. É 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 autor, 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 de um ordenamento jurídico.

Sendo assim, se um princípio tem uma posição privilegiada dentro de um ordenamento jurídico, bem como deve ser considerado como norteador do direito, não há compatibilidade entre a criminalização do usuário de drogas e o texto constitucional, pois este garante a liberdade de cada um, liberdade que faz parte do íntimo e da vida privada, enquanto aquele restringe, suprime, interfere e coage a realizar determinada conduta (seletiva).

## 5 CONCLUSÃO

Diante da pesquisa realizada acerca do direito à intimidade e à vida privada, mostrou-se fundamental a garantia desses direitos, de modo que estão consagrados em nossa constituição federal. E mais, o próprio constituinte assegurou o direito à indenização em caso de violação.

Criou-se então uma espécie de redoma em torno no individuo, permitiu-se o livre desenvolvimento físico e mental, não deixando dúvidas de que

40 Mello, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.p.959.

a ingerência jamais deverá ser a regra. Deste modo, o direito à intimidade e à vida privada diz respeito ao direito de não haver intromissão externa, de modo a estar presente o direito de controle da própria vida particular.

Com relação à autonomia da vontade, temos o direito implícito de tomar alguma decisão, agindo de acordo com seus próprios interesses, desde que seja na esfera do seu particular. Ou seja, nos crimes ou condutas em que não houver vítimas, bem como não afetem o bem jurídico de outras pessoas, não há de se falar em intromissão estatal.

Neste sentido, se o comportamento é praticado na esfera íntima do individuo, a qual não atinge a autonomia de outro alguém, qual seria o motivo relevante para que o Estado pudesse interferir? Como exemplo, possível citar a conduta de possuir drogas para consumo pessoal, pois a conduta não atinge a autonomia de mais ninguém.

Com relação ao direito ao próprio corpo, novamente poderemos adequar a conduta do uso de drogas, pois há um consentimento do usuário, da mesma forma que há um consentimento quando o indivíduo busca um pacote de cigarros ou uma garrafa de bebida alcoólica.

Deste modo, privar o indivíduo de suas prerrogativas e vontades seria o mesmo que aniquilar seus pensamentos, fazendo com que o mesmo seja forçado a realizar uma vontade ou seguir uma conduta de vontade externa, no caso, a do poder público.

Possível também identificar que quando não for respeitada a identidade do individuo, há uma modificação de sua personalidade, fazendo com que o mesmo seja tratado como um mero objeto de ingerências do Estado.

A política criminal adotada hoje, a qual criminaliza a posse de drogas para consumo próprio, em nada segue as diretrizes de sua criação, pois em vez de fornecer o tratamento adequado ao usuário, continuou criminalizando a conduta, sustentando o argumento de que o usuário financia o trafico ilícito.

Há uma clara seleção de conduta, na medida em que outros tipos de drogas são oferecidos e vendidos livremente, outras são censuradas sem qualquer argumento válido, ferindo então mais um princípio constitucional, dessa vez o princípio da igualdade. Provando-se então que as leis são impostas e criadas através de ideais moralistas.

No tocante à teoria do etiquetamento social, possível entender que é necessário levar em consideração o fator da criminalização do usuário por parte da sociedade, esta que, por sua vez, é constantemente influenciada a atribuir rótulos. Diante disso, notória é a devastação psíquica do indivíduo rotulado, fazendo com que ele se exclua da sociedade e contribuindo o ingresso na vida criminosa, visto não ser mais "aceito".

Diante da analise, conclui-se que a limitação dos direitos e garantias, a supressão de vontades de determinados grupos de pessoas e o etiquetamento criado pelo poder e disseminado pela sociedade, formam um conjunto de violações, de modo a prejudicar e promover a interferência no íntimo do ser humano, fazendo com que ele se submeta às vontades estranhas, ou então se exclua e procure subgrupos que o aceitem e o entendam. Ficando assim demonstrada a incompatibilidade de uma norma penal que visa somente selecionar suas vítimas.

## 6 REFERÊNCIAS


ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editores Malheiros, 2010.

BRASIL. **Ministério da Justiça**. Disponível em: https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatoriodo-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Dados prisionais**. Disponível em: www.cnj.jus.br/files/conteudo

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. **Os Direitos Humanos na Execução Penal e o Papel da Organização Dos Estados Americanos (OEA)**. Porto Alegre: Editora Nuria Fabris, 2014.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FILHO, Nestor Sampaio Penteado. **Manual Esquemático de Criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MILL, Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução de Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Editora Vozes. 1991.

RANGEL, Paulo; Bacia, Carlos Roberto. **Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2007

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SHECAIRA, Sergio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: RT, 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. **Uso de Drogas e Sistema Penal: entre o Proibicionismo e a Redução de Danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

# PELO DIREITO DE PARIR: A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

**Cristiane Achilles Guedes**[1]
**Luiza Nogueira Borges**[2]

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo conscientizar as mulheres sobre os seus direitos no pré-parto, parto e puerpério, bem como sobre as medidas que podem (e devem) ser adotadas caso venham a ser vítimas de violência obstétrica. Com isso, busca-se evitar que novos casos se repitam, além da responsabilização – civil e/ou penal – do profissional de saúde e/ou estabelecimento médico-hospitalar, assim como a reparação dos danos causados, sejam eles morais, materiais ou estéticos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mulher. Violência Obstétrica. Humanização. Parto Respeitoso. Empoderamento.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 A Violência Contra a Mulher e os Tratados Internacionais. 3 O Conceito Internacional De Violência Obstétrica. 3.1 As Formas De Violência Obstétrica. 4 A Parturiente Como Sujeito De Direitos. 4.1 Do Direito Ao Acompanhante (Lei Nº 11.108/2005). 4.2 Do Direito À Doula ("Lei Das Doulas"). 4.3 Do Direito À Informação. 4.4 Do Direito À Intimidade E Privacidade. 4.5 Do Direito Ao Atendimento Digno. 4.6 Do Direito Ao Atendimento Baseado Em Evidências Científicas. 4.7 Do Direito Ao Planejamento Familiar. 4.8 Do Direito À Vinculação A Uma Maternidade. 5 A Declaração Da Oms Para Prevenção E Eliminação De Abusos, Desrespeito E Maus-Tratos Durante O Parto Em Instituições De Saúde. 6 O Emblemático Caso De Adelir Carmem Lemos De Goés E O Projeto De Lei Nº 7633/2014. 7 Da Responsabilidade Civil No Caso De Violência Obstétrica. 8 Da Responsabilidade Penal Nos Casos De Violência Obstétrica. 9 Das Medidas A Serem Adotadas No Caso De Violência Obstétrica. 10 Considerações Finais. 11 Referências.

[1] Defensora Pública na Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

[2] Enfermeira Obstetra no Instituto Nascer – Belo Horizonte/MG. Bacharel em Enfermagem pela Pontifícia Universidade Católica de Belo Horizonte, Campus Coração Eucarístico. Especialização em Enfermagem Obstétrica pelo Centro Universitário UNA em parceria com o Hospital Sofia Feldman.

## 1 INTRODUÇÃO

O nascimento é, historicamente, um evento natural, representando um acontecimento muito importante na vida das mulheres; um momento único e especial, marcado pela transformação da mulher em seu novo papel: o de ser mãe (TEDESCO *et al*., 2004). As primeiras civilizações agregaram a esse acontecimento inúmeros significados culturais, que, com o passar dos anos, sofreram transformações (WOLFF, MOURA, 2004).

Segundo Wolff e Moura (2004), o parto foi, durante muito tempo, um evento privado, íntimo e feminino, uma forte experiência corporal e emocional que possibilitava às mulheres se subjetivarem e resgatarem sua individualidade, passando a ser vivido de maneira pública e institucionalizada ao se deslocar para as instituições de saúde. A mudança do parto doméstico, assistido por parteiras, para o parto hospitalar, conduzido por médicos, conferiu à assistência obstétrica novos significados. De evento fisiológico, feminino, familiar e social, o parto e o nascimento transformaram-se em um ato médico, no qual o risco de patologias e complicações se tornou a regra, e não a exceção.

Instaurou-se, assim, um modelo tecnocrático de assistência ao parto com as seguintes características: a) a eliminação da mulher como sujeito do parto, cabendo ao médico a autoridade, a responsabilidade e a condução ativa do processo; b) o não reconhecimento de situações nas quais o ambiente externo e o estado emocional da mulher atuam dificultando ou facilitando o trabalho de parto e o parto; c) a atuação intervencionista do médico; d) a supervalorização da utilização de tecnologias; e) a alienação da parturiente em relação ao profissional e f) o direcionamento do sistema obstétrico ao lucro (MAIA, 2010).

Para Maia (2010), a assistência ao parto e o nascimento no Brasil apresentam aspectos bastante próprios. O modelo tecnocrático hegemônico é responsável por resultados maternos e perinatais piores que os encontrados em outros países com igual ou, até mesmo, menores índices de desenvolvimento socioeconômico. Os dados oficiais revelam que as taxas de cesariana nos serviços privados são superiores a 80%, número sem correspondente em qualquer outro lugar do planeta. As taxas de mortalidade materna ainda são desproporcionalmente elevadas, considerando-se que, nas últimas décadas, houve melhoria de inúmeros outros indicadores de saúde das mulheres. Da mesma forma, a mortalidade neonatal precoce,

que reflete, em grande parte, a qualidade de assistência obstétrica, é o componente da mortalidade infantil que vem apresentando a menor queda nos últimos anos.

Embora as práticas violentas da assistência ao parto já estivessem em discussão no Brasil desde as décadas de 1980 e de 1990, especialmente promovidas pelo movimento em prol da humanização do parto no Brasil, foi apenas entre 2007 e 2010 que o termo "violência obstétrica" passou a ser utilizado no país, com seus conteúdos e circunstâncias associadas ainda permanecendo em grande invisibilidade e/ou sendo naturalizadas por grande parte das gestantes, profissionais da saúde, gestores e população em geral (SENA & TESSER, 2017).

O presente artigo busca dar visibilidade ao tema, evidenciando as diferentes dimensões da violência na assistência ao parto e ao nascimento, e desnaturalizando diversos procedimentos comuns na prática obstétrica. O objetivo é conscientizar as mulheres sobre os seus direitos no pré-parto, parto e puerpério, bem como as medidas que podem (e devem) ser adotadas caso venham a ser vítimas de violência obstétrica, evitando, assim, que novos casos se repitam.

O tema se mostra pertinente, tendo em vista pesquisa realizada, em 2010, pela Fundação Perseu Abramo, intitulada "Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado", na qual se constatou que uma em cada quatro mulheres brasileiras sofre violência no parto.

Ademais, a Declaração da Organização Mundial da Saúde (OMS) para 'Prevenção e Eliminação de Abusos, Desrespeito e Maus-tratos Durante o Parto em Instituições de Saúde', publicada em 2014, legitimou a violência obstétrica como um problema de saúde pública e incentivou a criação de ações inovadoras voltadas para visibilizar, prevenir e remediar essa forma de violência.

## 2 A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E OS TRATADOS INTERNACIONAIS

A Constituição Federal prevê a igualdade de direitos entre homens e mulheres. No entanto, as mulheres ainda sofrem diversos tipos de discriminações, sendo vítimas das mais variadas formas de violência. Tal cenário tem como pano de fundo a chamada 'cultura do machismo', tão fortemente enraizada na sociedade atual, dominada por valores que priorizam o masculino.

A partir dos anos de 1970, houve um crescimento significativo dos movimentos feministas que lutam pelo empoderamento da mulher e a igualdade de gênero. Como frutos desses movimentos, foram firmados diversos tratados internacionais como, por exemplo, a Convenção Para Eliminar Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, mais conhecida como Convenção de Belém do Pará (1994).

Segundo a Convenção de Belém do Pará, adotada em 1994 pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) e ratificada pelo Brasil em 1995, a violência contra a mulher é qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado[3].

A referida Convenção determinou que os Estados Partes se empenhassem em incorporar na legislação interna normas necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, promovendo, assim, a igualdade de gênero. O Estado brasileiro, dando cumprimento aos acordos internacionais previstos na Convenção de Belém do Pará, publicou, no dia 7 de agosto de 2006, a Lei nº 11.340, mais conhecida como Lei Maria da Penha. A Lei nº 11.340/2006 criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Um dos seus avanços foi a conceituação, em um rol não taxativo, das diversas formas de violências sofridas pelas mulheres, veja-se:

> Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
>
> I – **a violência física**, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;
>
> II – **a violência psicológica**, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de

[3] "Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada." (art. 1º da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher).

> ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;
>
> III – **a violência sexual**, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;
>
> IV – **a violência patrimonial**, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;
>
> V – **a violência moral**, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

No Brasil, não existe norma que tipifique o conceito de violência obstétrica. No entanto, países como Argentina e Venezuela a consideram como umas das formas de violência de gênero contra as mulheres, devendo ser prevenida, punida e erradicada.

## 3 O CONCEITO INTERNACIONAL DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

O conceito internacional de violência no parto define qualquer ato ou intervenção direcionada à parturiente ou ao seu bebê, praticado sem o consentimento explícito e informado da mulher e/ou em desrespeito à sua autonomia, integridade física e mental, aos seus sentimentos, opções e preferências (VENTURI *et al*., 2010).

A Venezuela foi o primeiro país latino-americano a adotar, por meio da lei de 2007, a expressão "violência obstétrica", como fruto de reivindicações de parte do movimento feminista local e do processo de reconhecimento institucional da violência contra a mulher como um problema social, político e público (SOUZA, 2013).

Na lei venezuelana, a violência obstétrica é definida em termos de apropriação do corpo e do processo reprodutivo feminino pelos profissio-

nais da saúde, podendo ser expressa por: tratamento desumanizado, uso abusivo de medicação e conversão do processo natural de nascimento em patologia, com consequente perda da autonomia feminina e impossibilidade de decidir livremente sobre seus corpos e sua sexualidade, o que impactaria negativamente na qualidade de vida da mulher, veja-se:

> Artículo 15. Formas de violencia. Se consideran formas de violencia de género en contra de las mujeres, las siguientes: […] 13. Violencia obstétrica: Es la apropiación del cuerpo y sexualidad reproductivos de las mujeres por personal de salud, que se expresa en un trato deshumanizador, en un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, trayendo consigo pérdida de autonomía y capacidad de decidir libremente sobre sus cuerpos y sexualidad, impactando negativamente en la calidad de vida de las mujeres. (Ley Orgánica Sobre el Derecho de Las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia)[4].

De acordo com D'Gregorio (2010), a violência obstétrica está presente nas seguintes práticas: proibir a mulher de ser acompanhada por seu parceiro ou outra pessoa de sua família ou círculo social; realizar qualquer procedimento sem prévia explicação do que é ou do motivo de estar sendo realizado; realizar qualquer procedimento sem anuência prévia da mulher; realizar procedimentos dolorosos ou constrangedores sem real necessidade, tais como: enema, tricotomia, permanência na posição litotômica, impedimento de movimentação, ausência de privacidade; tratar a mulher em trabalho de parto de maneira agressiva, rude, sem empatia, ou como alvo de piadas; separar o bebê saudável de sua mãe após o nascimento sem qualquer necessidade clínica justificável.

A violência obstétrica é expressa desde a negligência na assistência, discriminação social, violência verbal (tratamento grosseiro, ameaças, reprimendas, gritos, humilhação intencional) e violência física (incluindo a não utilização de medicação analgésica quando tecnicamente indicada), até o abuso sexual. Também o uso inadequado de tecnologias, de intervenções e de procedimentos desnecessários frente às evidências científicas, resultando numa cascata de intervenções com potenciais riscos e sequelas, pode ser considerado como práticas violentas (D'OLIVEIRA, 2002).

[4] "Formas de violência. Se consideram formas de violência de gênero contra as mulheres as seguintes (...) Violência obstétrica: É apropriação do corpo e processo reprodutivo das mulheres por profissionais de saúde, através do tratamento desumanizado, abuso de medicalização e patologização dos processos naturais, causando a perda da autonomia e capacidade de decidir livremente sobre seus corpos e sexualidade, impactando negativamente na vida das mulheres." (Lei Orgânica sobre o Direito das Mulheres a uma Vida Livre da Violência).

Segundo Diniz e D'Oliveira (1998), muitas mulheres atendidas nas maternidades brasileiras são desrespeitadas, submetidas a situações humilhantes, e isso é especialmente verdadeiro para mulheres em situações adicionais de vulnerabilidade e discriminação, como é o caso das mulheres negras, usuárias de drogas ou portadoras do vírus HIV. A assistência desrespeitosa e insegura ao nascimento vai além de ser uma má prática: representa uma forma de violência de gênero e de desrespeito aos direitos humanos.

### 3.1 AS FORMAS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

A violência obstétrica pode se manifestar de diversas formas, seja por meio da violência física, psicológica, sexual ou institucional.

A violência física ocorre por meio de ações que incidam sobre o corpo da mulher, causando dor ou dano físico, sem recomendação baseada em evidências científicas. Como exemplos, pode-se citar a aplicação da ocitocina sintética a fim de contrair artificialmente o útero; a privação da anestesia quando necessária e reivindicada pela mulher; os exames de toques indesejados e/ou realizados por diferentes pessoas; a ruptura artificial da bolsa sem o consentimento da mulher; a manobra de Kristeller, que ocorre quando o profissional de saúde pressiona a barriga da gestante, forçando-a para baixo; a episiotomia desnecessária, que consiste no corte feito na região do períneo, localizada entre a vagina e o ânus da mãe; a sutura da episiotomia maior que a necessária para fechar o corte a fim de estreitar a vagina e oferecer maior prazer sexual ao parceiro ("ponto do marido"); a imposição de cesárias sem a real indicação clínica, a privação de movimentos das gestantes durante o trabalho de parto; o não fornecimento de líquidos e alimentos à gestante; a privação de métodos naturais para alívio da dor, dentre diversos outros.

Por sua vez, a violência psicológica ocorre por meio de ações verbais ou comportamentais que causem na mulher sentimentos de inferioridade, diminuição da autoestima, vulnerabilidade, medo, insegurança ou instabilidade emocional. Como exemplos, pode-se citar todo tipo de humilhação, tortura psicológica, ameaças, chacotas e ofensas. Frases como: "Na hora de fazer, você gostou, né?"; "Reclama agora, mas ano que vem está aqui de novo!"; "Faz força, você é muito mole! Preguiçosa!"; "Você vai parir deitada porque você não é índia"; "Cala a boca e faz força direito! Você quer matar seu filho?!" são muito comuns, porém, não devem ser encaradas como nor-

mais ou aceitáveis. Todas as mulheres têm direito ao acolhimento respeitoso nos serviços de saúde, livre de qualquer discriminação ou violência.

Já a violência sexual ocorre por meio de ações que buscam controlar a sexualidade da mulher por meio do abuso de poder. Como exemplo, pode-se citar os contatos físicos forçados por meio dos exames de toques desnecessários que, muitas vezes, são realizados por diversas pessoas sem a devida apresentação e sem os esclarecimentos sobre a necessidade do exame; os comentários referentes à relação sexual durante o exame de toque: "Assim dói? O do seu marido não é maior?"; as laqueaduras (esterilização feminina) sem aviso prévio, sem esclarecimento e sem consentimento, dentre outros.

Por fim, a violência institucional ocorre por meio de ações ou formas de organização que dificultam ou impeçam o acesso das mulheres aos serviços, sejam eles de natureza pública ou privada, além do descumprimento da legislação vigente que assegura diversos direitos às parturientes. Como exemplo, pode-se citar a falta de vagas em hospitais e a omissão de encaminhamento adequado para outras instituições de saúde; a não permissão de entrada de um acompanhante escolhido livremente pela mulher; a cobrança de valores indevidos para a permissão de entrada do acompanhante, o impedimento de entrada das doulas para acompanhar o pré-parto, parto e puerpério, dentre outros.

## 4 A PARTURIENTE COMO SUJEITO DE DIREITOS

Diante desse cenário, iniciou-se um movimento contra a violência obstétrica no Brasil, derivado das crescentes críticas a respeito da assistência ao parto no país. Tal movimento busca a participação ativa da mulher, o seu empoderamento e o seu protagonismo durante o processo de parto, bem como a conscientização sobre os seus direitos durante a gestação, o parto e o pós-parto. Como frutos desses movimentos, foram reconhecidos diversos direitos à parturiente, que serão tratados a seguir.

### 4.1 DO DIREITO AO ACOMPANHANTE (LEI Nº 11.108/2005)

A Lei Federal nº 11.108, mais conhecida como Lei do Acompanhante, publicada no dia 7 de abril de 2005, garante à parturiente a presença de um acompanhante de sua livre escolha, durante todo o trabalho de pré-parto, parto e pós-parto, veja-se:

> Art. 19-J. Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato.
>
> § 1o O acompanhante de que trata o caput deste artigo será indicado pela parturiente.
>
> § 2º As ações destinadas a viabilizar o pleno exercício dos direitos de que trata este artigo constarão do regulamento da lei, a ser elaborado pelo órgão competente do Poder Executivo.
>
> Art. 19-L. (VETADO)
>
> Art. 2o Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Vale pontuar que o artigo 19-L da Lei do Acompanhante tinha a seguinte redação:

> O descumprimento do disposto no art. 19-J e em seu regulamento constitui crime de responsabilidade e sujeita o infrator diretamente responsável às penalidades previstas na legislação.

No entanto, foi vetado por violação ao artigo 85 da Constituição Federal, pois não se enquadrava em nenhuma das hipóteses constitucionais de crimes de responsabilidade. Ademais, violava o princípio da legalidade, eis que não definia com clareza a conduta a ser incriminada, nem tampouco o preceito secundário, descumprindo, assim, a garantia constitucional dos cidadãos de não serem punidos por crimes cuja descrição seja vaga e imprecisa e de não serem castigados com penas cuja espécie e quantidade não são determinadas previamente. Em razão do veto, a Lei nº 11.108/2005 deixou de prever as sanções cabíveis caso a mulher seja impedida de ter um acompanhante durante todo o trabalho de pré-parto, parto e pós-parto, o que, de certa forma, esvazia a eficácia do instrumento legal.

Para regulamentar essa lei, conforme determinação do parágrafo 2º, o Ministério da Saúde editou a Portaria nº 2.418, publicada no dia 2 de dezembro de 2005, que definiu como período de pós-parto imediato àquele compreendido nos dez dias posteriores ao parto e autorizou a cobrança das despesas do acompanhante, de acordo com a tabela do SUS, pelo gestor.

> Art. 1º Regulamentar, em conformidade com o art. 1º da Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005, a presença de acompanhante para mulheres em trabalho de parto, parto e pós-parto imediato nos hospitais públicos e conveniados com o Sistema Único de Saúde - SUS.
>
> § 1º Para efeito desta Portaria entende-se o pós-parto imediato como o período que abrange 10 dias após o parto, salvo intercorrências, a critério médico.
>
> § 2º Fica autorizada ao prestador de serviços a cobrança, de acordo com as tabelas do SUS, das despesas previstas com acompanhante no trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, cabendo ao gestor a devida formalização dessa autorização de cobrança na Autorização de Internação Hospitalar - AIH.
>
> § 3º No valor da diária de acompanhante, estão incluídos a acomodação adequada e o fornecimento das principais refeições.
>
> Art. 2º Os hospitais públicos e conveniados com o SUS têm prazo de 6 (seis) meses para tomar as providências necessárias ao atendimento do disposto nesta Portaria.
>
> Art. 3º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Por sua vez, a Resolução Normativa nº 387 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), publicada no dia 28 de outubro de 2015, considera ilegal a cobrança de despesas do acompanhante para planos de saúde que contemplem o atendimento hospitalar com obstetrícia.

> Art. 23. O Plano Hospitalar com Obstetrícia compreende toda a cobertura definida no artigo 22 desta Resolução, acrescida dos procedimentos relativos ao pré-natal, da assistência ao parto e puerpério, observadas as seguintes exigências:
>
> I – cobertura das despesas, incluindo paramentação, acomodação e alimentação, relativas ao acompanhante indicado pela mulher durante:
>
> a) pré-parto;
>
> b) parto; e
>
> c) pós–parto imediato, entendido como o período que abrange 10 dias após o parto, salvo intercorrências, a critério médico.

Apesar de estar em vigor desde 2005, o direito ao acompanhante vem sendo frequentemente desrespeitado pelas instituições e profissionais de saúde, que, não raras vezes, impedem ou dificultam a entrada do acompanhante nas salas de parto, caracterizando, assim, uma das formas de violência obstétrica (violência institucionalizada).

## 4.2 DO DIREITO À DOULA ("LEI DAS DOULAS")

Além da presença do acompanhante, vem crescendo o movimento feminista, que busca, entre outras demandas, garantir a presença de doulas durante o trabalho de pré-parto, parto e pós-parto. A palavra 'doula' tem origem grega e significa 'mulher que serve'. Refere-se à mulher sem experiência técnica na área da saúde, que orienta e assiste a parturiente no trabalho de parto e nos cuidados com o bebê. 'Doular' nada mais é do que uma mulher cuidar de outra que está parindo. Segundo Ruth Rodrigues Ferreira:

> A doula é uma profissional escolhida livremente pela gestante e capacitada para oferecer cuidado físico, psíquico e emocional à mulher especialmente durante o trabalho de parto e o parto, fazendo uso de meios não farmacológicos para alívio da dor, auxiliando na busca de posições que propiciem conforto e a evolução do trabalho de parto, cuidando da alimentação e hidratação da parturiente. Ela deve passar por uma formação certificada para atuar e seu ofício é, inclusive, previsto na Classificação Brasileira de Ocupação – CBO 3221-35. Sua atuação pode se dar desde a gestação até o pós-parto. Diversas pesquisas têm trazido evidências científicas sobre os benefícios da presença da doula no trabalho de parto, entre eles: maior chance de parto vaginal espontâneo, menor necessidade de analgesia farmacológica, menor índice de insatisfação no parto, trabalho de parto mais curto, menor índice de cirurgia cesariana ou uso de instrumentos no parto, e menores chances de bebês nascidos com condições difíceis de vitalidade[5].

O ofício das doulas é um dos mais antigos, assim como o das parteiras, existindo desde que o parto pertencia estritamente ao universo feminino e acontecia somente entre mulheres. Apesar de sua importância, é comum que sua presença seja impedida nos estabelecimentos de saúde. A justificativa apresentada por estas instituições é que a Lei nº 11.108/2005,

[5] Disponível em: <http://ataldapolitica.tk/index.php/2016/06/08/lei-das-doulas-mais-um-direito-ser-conquistado-pelas-mulheres-de-campinas/>. Acesso em: 30 mar. 2017.

mais conhecida como Lei do Acompanhante, permite que a mulher tenha apenas um único acompanhante durante o trabalho de parto. Portanto, não seria possível a presença do acompanhante e da doula, em conjunto, na sala de parto. No entanto, os papéis exercidos pelo acompanhante e pela doula são distintos e não podem ser confundidos. A doula tem um trabalho a ser realizado na atenção ao parto, oferecendo conforto, encorajamento, tranquilidade e suporte emocional e físico à parturiente. É o resgate de uma prática existente antes da institucionalização e medicalização da assistência ao parto, e que passa a ser incentivada agora com respaldo científico. Isso porque a presença de doulas vem reduzindo as intervenções e complicações obstétricas, bem como facilitando o vínculo entre mãe e bebê no pós-parto.

Em razão das dificuldades enfrentadas no acesso das doulas às instituições de saúde, alguns Estados e Municípios aprovaram as chamadas "Leis das Doulas", que regulamentam a presença de doulas nas referidas instituições, sejam elas públicas ou privadas. Tais leis consistem em inegável avanço na defesa dos direitos das mulheres, pois contribuem para o fim da violência obstétrica. Além disso, determinam que as instituições não podem realizar nenhuma cobrança adicional referente à presença da doula na sala de parto. Permitem, ainda, que as doulas entrem nos estabelecimentos de saúde com seus respectivos materiais de trabalhos, tais como bolas de fisioterapia, massageadores, bolsa de água quente, óleos para massagens, banqueta auxiliar para parto, bem como demais materiais considerados indispensáveis na assistência do período de trabalho de pré-parto, parto e pós-parto imediato.

Como exemplos de Estados e Municípios que já aprovaram a chamada 'Lei das Doulas', pode-se citar: Blumenau/SC (Lei Municipal nº 7.946/2014), João Pessoa/PB (Lei Municipal nº 907/2015), Santos/SP (Lei Municipal nº 3134/2015), Sorocaba/SP (Lei Municipal nº 11.128/2015), Distrito Federal (Lei Distrital nº 5.534/2015), Rondônia (Lei Estadual nº 3657/2015), Jundiaí/SP (Lei Municipal nº 8490/2015), Poços de Caldas/MG (Lei Municipal nº 9.065/2015), Rondonópolis/MT (Lei Municipal nº 8.228/2014), Amazonas (Lei Estadual nº 4072/2014), São Paulo/SP (Lei Municipal nº 16602/2016), Santa Catarina (Lei Estadual nº 16.869/2016), Belo Horizonte/Minas Gerais (Lei Municipal nº 10.914/2016), Pernambuco (Lei Estadual nº 15.880/2016), Teresinha/PI (Lei Municipal nº 4935/2016), Rio de Janeiro (Lei Estadual nº 7314/2016), Curitiba/PR (Lei Municipal nº 14.824/2016).

## 4.3 DO DIREITO À INFORMAÇÃO

O direito à informação está previsto no art. 5, inciso XIV, da Constituição Federal como um direito fundamental[6]. Envolve o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado. O direito de informar consiste na liberdade de transmitir informações a outrem, sem qualquer impedimento pelo Poder Público, pois a todos é concedido o direito à manifestação do pensamento, à criação, à expressão e à informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, sem qualquer restrição, observado o disposto na Constituição (art. 220, *caput*, CF[7]). Já o direito de se informar consiste no direito de todos ao acesso à informação. Portanto, é possível exigir a informação de quem a detém, desde que sejam respeitadas a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Por fim, o direito de ser informado nasce, sempre, do dever que alguém tem de informar.

Sobre o direito de ser informado, o Código de Ética Médica estabelece, no artigo 34, ser vedado ao médico "deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal." Portanto, os médicos possuem o dever legal de informar e, por consequência, o paciente possui o direito de ser informado.

Em razão do exposto, as parturientes possuem o direito de receber informações sobre o seu estado de saúde e sobre os procedimentos indicados, devendo o profissional de saúde explicar a finalidade de cada intervenção ou tratamento, assim como os riscos e as alternativas disponíveis. Com base nessas informações, a mulher tem o direito de recusar tratamentos ou procedimentos em seu corpo, o que se chama direito à recusa informada. A mulher gestante ou parturiente apenas pode decidir sobre algo se foi devidamente informada, do contrário ter-se-á um vício em sua vontade, uma violência.

Desta feita, se a gestante é submetida a uma cirurgia cesárea quando o parto normal era cientificamente possível e não ocorreu em virtude de um dado omitido ou adulterado por seu médico, é possível a responsabilização civil do profissional da saúde. Nesse sentido, o artigo 31 do Código de

[6] "É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional." (art. 5º, XIV, CF).

[7] "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição." (art. 220, *caput*, CF).

Ética dispõe ser vedado ao médico "decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte".

A violação ao dever de informação também pode ocorrer no parto normal. É muito comum a utilização de ocitocina sintética para acelerar as contrações sem o consentimento ou, até mesmo, sem o conhecimento da mulher. Ademais, não raras as vezes, é realizada a episiotomia, isto é, o corte da região do períneo, sem informar a mulher sobre sua real necessidade. Caso tais práticas sejam realizadas sem a informação e concordância da paciente, o médico deverá ser responsabilizado pelos eventuais danos físicos, morais e estéticos causados à gestante.

### 4.4 DO DIREITO À INTIMIDADE E PRIVACIDADE

Os direitos à intimidade e à privacidade também se inserem entre os direitos fundamentais[8]. No direito à privacidade estão abrangidos os direitos à intimidade, à honra e à imagem das pessoas. Portanto, privacidade é gênero, e intimidade é espécie.

Segundo José Afonso da Silva, a intimidade integra a esfera íntima da pessoa, os seus pensamentos, desejos e convicções, enquanto a vida privada significa o direito do indivíduo de ser e de viver a própria vida, relacionando-se com quem bem entender. A Carta Magna, ao proteger a vida privada, se refere à vida interior "como conjunto do modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver a própria vida", e não à vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas[9].

As gestantes possuem o direito à privacidade no parto e à confidencialidade das informações pessoais, assegurando, assim, o respeito aos seus valores éticos, culturais e religiosos. Portanto, é fundamental que seja garantido às mulheres o direito à intimidade, à privacidade e ao sigilo no atendimento pelos profissionais de saúde ao longo dos períodos de pré-parto, parto e pós-parto.

---

[8] "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação." (art. 5º, inciso X, CF).

[9] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 8ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1992. p. 205-206.

## 4.5 DO DIREITO AO ATENDIMENTO DIGNO

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil[10], constituindo em fundamento axiológico para todos os outros direitos fundamentais. A dignidade é essencialmente um atributo da pessoa humana pelo simples fato de alguém "ser humano", se tornando, automaticamente, merecedor de respeito e proteção, não importando sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição socioeconômica.

No dia 01 de junho de 2000, o Ministério da Saúde instituiu, por meio da publicação da Portaria nº 569/2000, o Programa de Humanização no Pré-Natal e Nascimento (PHPN), anunciando o paradigma da humanização como novo modelo de atenção à mulher durante o parto. Na cartilha de apresentação do PHPN, o Ministério da Saúde trouxe os seguintes objetivos e fundamentos do Programa:

> O objetivo primordial do Programa de Humanização no Pré-natal e Nascimento (PHPN) é assegurar a melhoria do acesso, da cobertura e da qualidade do acompanhamento pré-natal, da assistência ao parto e puerpério às gestantes e ao recém-nascido, na perspectiva dos direitos de cidadania.
>
> O Programa de Humanização no Pré-natal e Nascimento fundamenta-se nos preceitos de que a humanização da Assistência Obstétrica e Neonatal é condição primeira para o adequado acompanhamento do parto e do puerpério. *A humanização compreende pelo menos dois aspectos fundamentais. O primeiro diz respeito à convicção de que é dever das unidades de saúde receber com dignidade a mulher, seus familiares e o recém nascido. Isto requer atitude ética e solidária por parte dos profissionais de saúde e a organização da instituição de modo a criar um ambiente acolhedor e a instituir rotinas hospitalares que rompam com o tradicional isolamento imposto à mulher*. O outro se refere à adoção de medidas e procedimentos sabidamente benéficos para o acompanhamento do parto e do nascimento, evitando práticas intervencionistas desnecessárias, que embora tradicionalmente realizadas não beneficiam a mulher nem o recém nascido, e que com frequência acarretam maiores riscos para ambos[11].

[10] "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (…) a dignidade da pessoa humana." (art. 1º, inciso III, CF).

[11] Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/parto.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2017.

Dentre os princípios estruturantes do Programa está o direito que toda gestante possui ao acesso a atendimento digno e de qualidade no decorrer da gestação, parto e puerpério, bem como uma assistência ao parto e ao puerpério realizada de forma humanizada e segura. Busca-se, assim, reduzir as altas taxas de morbimortalidade materna, peri e neonatal registradas no país, bem como a melhoria do acesso, da cobertura e da qualidade do acompanhamento pré-natal, da assistência ao parto, puerpério e neonatal.

Desta feita, a humanização do parto e o atendimento digno, respeitoso e sem qualquer tipo de violência são direitos conquistados para que todas as mulheres sejam respeitadas no pré-natal, parto e pós-parto. A atenção humanizada é direito de toda mulher e dever de todo profissional de saúde.

## 4.6 DO DIREITO AO ATENDIMENTO BASEADO EM EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS

A Organização Mundial de Saúde (OMS) e o Ministério da Saúde não recomendam a realização de diversos procedimentos comuns na prática obstétrica, ante a ausência de evidências científicas quanto à sua segurança e efetividade. No entanto, as mulheres ainda continuam sendo submetidas a procedimentos dolorosos e potencialmente danosos sem que haja qualquer benefício para a sua saúde ou a de seus bebês. Muito pelo contrário, alguns desses procedimentos violam a integridade física e psicológica da mulher, caracterizando, assim, atos de violência obstétrica. Como exemplos, pode-se citar a episiotomia, a manobra de Kristeller, a aplicação de ocitocina sintética e a proibição de a mulher se movimentar livremente durante o trabalho de parto.

A episiotomia consiste no corte na região do períneo feito com a intenção de facilitar a saída do bebê, visando a reduzir a probabilidade de lacerações graves no períneo e minimizar o risco de trauma fetal, reduzindo a duração do período expulsivo. No entanto, não há evidências de que esses benefícios realmente aconteçam. Ademais, estudos demonstram que a episiotomia traz diversas consequências negativas para a vida sexual da mulher, pois pode ocasionar a dispareunia, ou seja, dor nas relações sexuais, interferindo na excitação sexual e no orgasmo da mulher.

A manobra de Kristeller consiste em pressionar a parte superior do útero para facilitar (e acelerar) a saída do bebê, o que pode causar lesões

graves, como deslocamento de placenta, fratura de costelas e traumas encefálicos. Essa prática é perigosa tanto para a mãe quanto para o bebê, e não há evidências científicas de sua utilidade.

A aplicação de soro com ocitocina sintética para acelerar o trabalho de parto é outro procedimento comum na prática obstétrica, mas que deve ser evitado. A ocitocina é um hormônio produzido naturalmente pelo corpo da mulher, preparando o feto para o parto, aumentando a resistência dos tecidos à falta de oxigênio e ao trauma do nascimento. No entanto, a aplicação de ocitocina sintética aumenta o risco de hemorragia pós-parto e as fortes dores causadas pela sua utilização acabam, muitas vezes, por desencadear mais intervenções, como o pedido de analgesia para superar as dores, a necessidade de um fórceps e até mesmo uma cesárea para abreviar o parto.

Ainda, é comum que, durante o trabalho de parto, a mulher seja colocada deitada de barriga para cima, sendo impedida de se movimentar livremente. No entanto, essa é a posição mais desconfortável para a mulher, além de dificultar o trabalho de parto, aumentando a intensidade da dor durante as contrações. As posições verticais, como ficar em pé, de cócoras, de quatro apoios ou deitada de lado facilitam o nascimento.

Esses procedimentos, apesar de rotineiros, são alguns exemplos de violência obstétrica que podem causar diversos danos às mulheres, sejam eles físicos, psicológicos ou estéticos, e aos bebês.

## 4.7 DO DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

A Constituição Federal e o Código Civil tratam sobre o direito ao planejamento familiar nos seguintes termos:

> Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (art. 226,§ 7º, CF)

> O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. (art. 1.565, § 2º, CC/02)

A Lei nº 9.263/96 veio regulamentar o parágrafo 7º do artigo 226 do texto constitucional, dispondo que o planejamento familiar consiste em um "conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal". Ademais, a referida lei prevê o atendimento pré-natal e a assistência ao parto, puerpério e neonato pelas instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos seus níveis.

Com base no princípio do planejamento familiar, a mulher tem o direito constitucionalmente consagrado de decidir, livre de qualquer coação ou discriminação, sobre se quer ou não ter filhos, o momento mais adequado de tê-los e quantos filhos deseja ter. Essas são decisões que competem à mulher, ao homem ou ao casal, sendo vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições públicas ou privadas. Nesse sentido, o artigo 10, §2º, da Lei nº 9.263/96 proíbe a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores. Inclusive, prevê pena de dois a oito anos de reclusão e multa caso a esterilização cirúrgica seja realizada em desacordo com a lei. Prevê, ainda, o aumento de um terço da pena caso a esterilização seja praticada durante os períodos de parto ou aborto, salvo em caso de risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por duas testemunhas (art. 15, § único, I, c/c art. 10, II, ambos da Lei 9.263/96).

Vale pontuar que a Lei Orgânica sobre o Direito das Mulheres a uma Vida Livre da Violência, vigente na Venezuela desde 2007, prevê expressamente em seu texto a esterilização forçada como sendo umas das formas de violência de gênero contra a mulher.

> Artículo 15. Formas de violencia. Se consideran formas de violencia de género en contra de las mujeres, las siguientes: […] 14.- Esterilización forzada: Se entiende por esterilización forzada, realizar o causar intencionalmente a la mujer, sin brindarle la debida información, sin su consentimiento voluntario e informado y sin que la misma haya tenido justificación, un tratamiento médico o quirúrgico u otro acto que tenga como resultado su esterilización o la privación de su capacidad biológica y reproductiva[12].

[12] "Artigo 15. Formas de violência. Consideram-se formas de violência de gênero contra a mulher as seguintes (…) 14 – Esterilização forçada: Se entende por esterilização forçada realizar ou causar intencionalmente à mulher, sem dar a devida informação, sem o seu consentimento voluntário e informado, e sem que haja justificação, um tratamento médico ou cirúrgico ou outro ato que tenha como resultado sua esterilização ou a privação de sua capacidade biológica e reprodutiva."

Assim, caso a mulher seja submetida à esterilização forçada, sem o seu consentimento, durante o parto, restará caracterizada a violência obstétrica, em razão da agressão à sua integridade física e ao cerceamento de seu direito de escolha e planejamento reprodutivo.

## 4.8 DO DIREITO À VINCULAÇÃO A UMA MATERNIDADE

A Lei nº 11.634, publicada no dia 27 de dezembro de 2007, dispõe sobre o direito da gestante ao conhecimento e à vinculação à maternidade onde receberá assistência no âmbito do Sistema Único de Saúde, nos seguintes termos:

> Art. 1º Toda gestante assistida pelo Sistema Único de Saúde - SUS tem direito ao conhecimento e à vinculação prévia à:
>
> I - maternidade na qual será realizado seu parto;
>
> II - maternidade na qual ela será atendida nos casos de intercorrência pré-natal.
>
> § 1º A vinculação da gestante à maternidade em que se realizará o parto e na qual será atendida nos casos de intercorrência é de responsabilidade do Sistema Único de Saúde e dar-se-á no ato de sua inscrição no programa de assistência pré-natal.
>
> § 2º A maternidade à qual se vinculará a gestante deverá ser comprovadamente apta a prestar a assistência necessária conforme a situação de risco gestacional, inclusive em situação de puerpério.
>
> Art. 2º O Sistema Único de Saúde analisará os requerimentos de transferência da gestante em caso de comprovada falta de aptidão técnica e pessoal da maternidade e cuidará da transferência segura da gestante.
>
> Art. 3º A execução desta Lei correrá por conta de recursos do orçamento da Seguridade Social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes suplementares.
>
> Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

As gestantes possuem, portanto, o direito de saber, desde o ato de inscrição no programa de assistência pré-natal, em qual maternidade realizará o parto e em qual maternidade será atendida nos casos de intercorrên-

cias. Assim, buscou-se acabar com a indefinição a respeito da maternidade até momentos antes do nascimento da criança, o que ocasionava total insegurança para os pais, demonstrando falta de planejamento e de organização dos serviços de saúde.

Em que pese a previsão legal, é comum a falta de vagas em hospitais e a omissão de encaminhamento adequado para outras instituições de saúde, o que ocasiona longas esperas de gestantes nos corredores de hospitais, colocando em risco a saúde da mãe e do bebê.

## 5 A DECLARAÇÃO DA OMS PARA PREVENÇÃO E ELIMINAÇÃO DE ABUSOS, DESRESPEITO E MAUS-TRATOS DURANTE O PARTO EM INSTITUIÇÕES DE SAÚ-DE

Em 2014, a Organização Mundial de Saúde (OMS) realizou uma pesquisa em trinta e quatro países, na qual foi constatada que as mulheres sofrem diversos tipos de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto nas instituições de saúde, sejam elas públicas ou privadas. Diante desse quadro, a OMS publicou a Declaração para Prevenção e Eliminação de Abusos, Desrespeito e Maus Tratos Durante o Trabalho de Parto em Instituições de Saúde, determinando a adoção de cinco medidas para evitar e eliminar os abusos contra as mulheres durante a assistência institucional ao parto.

Dentre elas, está o maior apoio dos governos e de parceiros do desenvolvimento social para a pesquisa e a ação contra o desrespeito e os maus tratos, bem como a produção de dados relativos a práticas respeitosas e desrespeitosas na assistência à saúde, com sistemas de responsabilização e com apoio significativo aos profissionais.

Nos últimos anos, pesquisas primárias e revisões desses estudos têm mostrado a relevância, a urgência e as lacunas no conhecimento de tema tão emergente. Um dos desafios atuais, portanto, consiste em desenvolver indicadores para o estudo da incidência da violência obstétrica, assim como recursos para a mensuração dos efeitos das intervenções. Essas medidas devem incluir o monitoramento da mudança das práticas, das rotinas e das ambiências (IFGO, 2015).

Outra medida que deve ser adotada, segundo a OMS, é a criação, o apoio e a manutenção de programas desenhados para melhorar a qualidade dos cuidados de saúde materna, com forte enfoque no cuidado respeitoso como componente essencial da qualidade da assistência. Nesse senti-

do, a implementação do Fórum Perinatal busca promover o diálogo entre os atores envolvidos na assistência perinatal, incluindo os gestores do SUS e do setor suplementar, os profissionais diretamente ligados à assistência, usuárias e grupos organizados, representações do controle social, aparelho formador, universidade, pesquisadores, Defensoria Pública, Ministério Público, conselhos profissionais, entre outros. A criação do Fórum Perinatal é uma vitória, diante da grande resistência ao diálogo e à mudança, e sua implementação e seu fortalecimento como arena de debate e de estabelecimento de pactos têm se mostrado muito potentes na produção de mudanças na assistência ao parto (LANSKY, 2010).

Ainda, segundo a OMS, devem ser adotadas medidas que enfatizem os direitos das mulheres a uma assistência digna e respeitosa durante toda a gravidez e o parto, bem como promover o envolvimento de todos os interessados, incluindo as mulheres, nos esforços para melhorar a qualidade da assistência e eliminar o desrespeito e as práticas abusivas.

É de extrema importância, portanto, visibilizar o problema e responsabilizar atores. Nessa esteira, várias instituições, dentre elas a Defensoria Pública e o Ministério Público, têm assumido a responsabilidade de enfrentar a cultura de desconhecimento dos direitos das mulheres nos serviços, compilando denúncias e convocando os responsáveis pelos serviços e pelo ensino para um diálogo sobre as mudanças necessárias. Tais iniciativas foram decisivas para promover um clima de reconhecimento dos direitos, até então inédito na sociedade brasileira.

## 6 O EMBLEMÁTICO CASO DE ADELIR CARMEM LEMOS DE GOÉS E O PROJETO DE LEI Nº 7633/2014

No Brasil, um dos casos mais emblemáticos de violência obstétrica ocorreu na cidade de Torres, no estado do Rio Grande do Sul, envolvendo a gaúcha Adelir Carmem Lemos de Goés. No dia 01 de abril de 2014, Adelir foi obrigada, por decisão judicial, a dar à luz por cesária.

Queixando-se de dores lombares, a mãe procurou o Hospital Nossa Senhora dos Navegantes, em Torres (RS), e, durante o atendimento, foi informada que, como a criança estava em posição pélvica (sentada) e ela já tinha feito duas cesarianas, precisava se submeter, de imediato, a mais um procedimento cirúrgico. Segundo a plantonista médica, se não o fizesse, haveria risco de romper a cicatriz, causando a morte dela e do bebê. No entanto, inexistem evidências científicas nesse sentido.

Adelir, sabendo que muitas mulheres, na mesma situação, tiveram seus filhos por parto normal, e que os exames realizados até ali não indicavam nenhum risco à sua vida e nem à de seu filho, assinou termo de responsabilidade e foi para casa. No entanto, foi surpreendida quando oficiais de justiça, acompanhados de policiais militares, foram até a sua residência para cumprir a ordem judicial expedida pela juíza titular da Vara Criminal de Torres, Liniane Mog da Silva, que determinou encaminhamento da gestante ao hospital local para realização de parto por meio de cirurgia cesariana. Adelir foi, então, levada à força ao hospital e submetida ao parto cirúrgico contra a sua vontade, tendo sido seu marido impedido de assistir ao nascimento de seu filho.

Após a cesária, que ocorreu sem que houvesse qualquer intercorrência que confirmasse prévio sofrimento fetal a justificar o nascimento pela cirurgia cesariana, houve o nascimento do bebê.

O caso teve enorme repercussão, tanto em âmbito nacional quanto internacional, reacendendo o debate do direito da mulher decidir a respeito do próprio parto.

Neste cenário, o Deputado Federal Jean Wyllys começou um movimento dentro da Câmara dos Deputados para fomentar a discussão sobre a temática, tendo sido realizada audiência pública na Comissão de Direitos Humanos e Minorias. Posteriormente, como desdobramento da audiência, foi protocolado, na Câmera dos Deputados, o Projeto de Lei nº 7633/2014, que dispõe sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal.

O referido projeto define a violência obstétrica e busca garantir o direito ao parto respeitoso e digno à gestante, conforme sua vontade, bem como o acompanhamento e a correta informação sobre os procedimentos e os seus direitos. Estabelece, ainda, os direitos do neonato, como, por exemplo, o nascimento digno e seguro, o contato com a mãe logo no primeiro momento de vida quando não houver impedimento médico, dentre outros.

## 7 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CASO DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

A responsabilidade civil tem como fundamento o fato de que ninguém pode lesar interesse ou direito de outrem. Caso haja lesão, haverá a obrigação de reparar o dano causado, seja ele proveniente de uma ação ou omissão. O Código Civil assim dispõe:

> Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (art. 186, CC/02)

> Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (art. 927, CC/02)

A doutrina divide a responsabilidade civil em subjetiva ou objetiva. A responsabilidade civil subjetiva ocorre quando o agente, por meio de uma conduta culposa lato sensu, lesa interesse ou direito de outrem. A culpa lato sensu engloba a culpa stricto sensu, que se caracteriza quando o agente causador do dano pratica o ato com negligência, imprudência ou imperícia, e o dolo, que é a vontade conscientemente dirigida à produção do resultado ilícito. Por sua vez, a responsabilidade civil objetiva prescinde da culpa lato sensu, isto é, o agente responderá pelo prejuízo causado independentemente de ter agido com culpa stricto sensu ou dolo. A responsabilidade será objetiva nos casos previstos em lei e quando a atividade for de risco, veja-se:

> Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (art. 927, parágrafo único, CC/02)

Pois bem, para que haja a responsabilidade civil, a doutrina elenca alguns pressupostos essenciais, quais sejam: a) conduta humana; b) nexo de causalidade e c) dano. A conduta humana é o ato da pessoa, seja ele omissivo ou comissivo, que gera dano a outrem. Já o nexo de causalidade é uma relação de causa e efeito entre a conduta e o dano, isto é, o liame que une a conduta do agente ao dano. Por sua vez, o dano é a lesão ou prejuízo sofrido. Pode ser material, moral ou estético. O dano material atinge a esfera patrimonial de alguém; o moral atinge os direitos da personalidade da vítima; e o estético produz uma alteração morfológica da pessoa natural, tendo como parâmetro a medicina estética. Conforme entendimento já pacificado pelo STJ, é possível a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral[13].

Vale pontuar que nos casos em que a responsabilidade for subjetiva é necessário que haja mais um pressuposto, qual seja, a culpa *lato sensu*,

[13] É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral." (Súmula 387, STJ).

que é dividida em culpa *stricto sensu* e dolo. Como visto, a culpa stricto sensu ocorre quando o causador do dano não tinha a intenção de provocá-lo, mas por imprudência, negligência ou imperícia causa o dano. O dolo, por sua vez, ocorre quando o agente tinha a intenção de causar o dano.

Há controvérsias na doutrina no caso de responsabilidade civil por erro médico. Em regra, a responsabilidade será subjetiva (art. 14, § 4°, CDC), eis que a obrigação do médico, na maioria das vezes, é de meio. No entanto, caso a obrigação seja de resultado, a responsabilidade será objetiva. A obrigação de meio ocorre quando o profissional não está obrigado a um resultado específico e determinado. Em outras palavras, há obrigação de meio quando a prestação exige que o agente empregue determinados meios na consecução de um resultado, sem obrigá-lo, contudo, a garanti-lo. Isso porque, muitas vezes, o resultado dependerá, além da técnica médica, de outros fatores, como a resposta do paciente à medicação, o tipo de doença, entre outros. Nesse caso, a responsabilidade é subjetiva. Por sua vez, haverá obrigação de resultado quando o médico assume o compromisso de obter determinado resultado, portanto, sua obrigação só será adimplida quando determinado resultado for alcançado. Ocorre, por exemplo, nas cirurgias plásticas embelezadoras, nas quais o médico promete determinado resultado. Aqui, a responsabilidade é objetiva, isto é, prescinde da culpa do agente.

A violência obstétrica pode ser cometida tanto pelos agentes de saúde no desempenho de atividade médico-hospitalar quanto pelos estabelecimentos de saúde. Para a apuração da responsabilidade civil dos médicos e enfermeiros, deve haver a verificação da culpa latu sensu, assim, só haverá responsabilização caso comprovados a negligência, a imprudência, a imperícia ou o dolo do profissional de saúde. Isso porque a obrigação é de meio. Já os estabelecimentos de saúde possuem responsabilidade civil objetiva, por força do art. 932, III, do Código Civil:

> Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
>
> III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

Ainda, a Constituição Federal, em seu artigo 37, parágrafo 6º, dispõe que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos atos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Portanto, os estabelecimentos privados, ao prestarem serviços de saúde, também responderão objetivamente.

> As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (art. 37, § 6º, CR/88)

O Egrégio Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul possui alguns julgados que reconhecem o direito de indenização da mulher vítima de violência obstétrica, especialmente nos casos em que a episiotomia é realizada de forma desnecessária e prejudicial à integridade física da mulher. Para tanto, deve estar comprovada a culpa do profissional de saúde que realizou tal procedimento, eis que a responsabilidade é subjetiva. Já o hospital responde objetivamente, veja-se:

> APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. PARTO NORMAL. FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. EPISIOTOMIA. LESÃO DO CANAL ANAL. FÍSTULA RETOVAGINAL. DANOS CARACTERIZADOS. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. INDEFERIMENTO. PREQUESTIONAMENTO. *1. Quanto aos atos comissivos, responde o nosocômio de forma objetiva pelos danos causados a terceiros. Inteligência do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. 2. O conjunto fático-probatório da demanda apontou que os danos suportados pela parte autora decorreram de falha no atendimento médico prestado pelo réu, que causou lesão no canal anal da paciente durante a realização de parto normal, razão pela qual justa e legal a condenação do nosocômio ao pagamento de indenização por danos morais e estéticos*. 3. A quantificação da indenização deve levar em conta o tempo de duração da ilicitude, a situação econômico/financeira e coletiva do ofensor e ofendido, a repercussão do fato ilícito na vida do ofendido, a existência ou não de outras circunstâncias em favor ou em desfavor do ofendido, dentre outros, razão pela qual o quantum indenizatório fixado vai mantido. 4. Os juros moratórios de 1% ao mês, por se tratar de responsabilidade civil contratual, devem incidir desde a data da citação, conforme artigos 405 e 406 do Código Civil e 161, §1º, do Código Tributário Nacional. 5. A justa remuneração do advogado vem ao encontro da sua indispensabilidade à administração da Justiça, conforme o art. 133 da CF e como tal há de ser considerada. Verba honorária mantida. 6. Ainda que em se tratando a ré de entidade filantrópica, sem fins lucrativos, para a concessão da Assistência Judiciária Gratuita faz-se necessária a comprovação nos autos das dificuldades financeiras em arcar com as custas judiciais e honorários advocatícios. Assistência Judiciária Gratuita não

> concedida. 7. PREQUESTIONAMENTO. O magistrado não está obrigado a esgotar exaustivamente todos os argumentos e normas legais invocadas pelas partes, quando o julgado houver sido proferido com substancial fundamentação. APELOS DESPROVIDOS. (Apelação Cível nº 70047647755, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 25/07/2012)

O Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) também possuem julgados que reconhecem o direito de indenização à mulher vítima de violência obstétrica. Nesse sentido:

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. *RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO-HOSPITALAR. PARTO QUE RESULTOU EM SEQUELAS AO MENOR. PARALISIA CEREBRAL. USO DE FÓRCEPS (MANOBRA DE KRISTELLER). NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. DANOS MORAIS.* REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. (AgRg no AREsp 628542/RJ, Ministro Relator Sérgio Kukina, Primeira Turma, STJ, julgamento realizado em 05/02/2015)

> RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – ELEMENTOS ESTRUTURAIS – PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – HOSPITAL PÚBLICO QUE INTEGRAVA, À ÉPOCA DO FATO GERADOR DO DEVER DE INDENIZAR, A ESTRUTURA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE – *RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA ESTATAL QUE DECORRE, NA ESPÉCIE, DA INFLIÇÃO DE DANOS CAUSADA A PACIENTE EM RAZÃO DE PRESTAÇÃO DEFICIENTE DE ATIVIDADE MÉDICO-HOSPITALAR DESENVOLVIDA EM HOSPITAL PÚBLICO – LESÃO ESFINCTERIANA OBSTÉTRICA GRAVE – FATO DANOSO PARA A OFENDIDA RESULTANTE DE EPISIOTOMIA REALIZADA DURANTE O PARTO – OMISSÃO DA EQUIPE DE PROFISSIONAIS DA SAÚDE, EM REFERIDO ESTABELECIMENTO HOSPITALAR, NO ACOMPANHAMENTO PÓS-CIRÚRGICO – DANOS MORAIS E MATERIAIS RECONHECIDOS – RESSARCIBILIDADE* – DOUTRINA – JURISPRUDÊNCIA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (AI 852237 AgR / RS, Relator(a): Min.CELSO DE MELLO. Julgamento: 25/06/2013. Órgão Julgador: Segunda Turma, STF)

Percebe-se, no entanto, que em nenhum dos julgados analisados foi utilizada a expressão 'violência obstétrica', o que demostra a falta de conhecimento dos agentes do sistema de justiça sobre a temática. Apesar da possibilidade de responsabilização, faz-se necessário que, de fato, a violên-

cia obstétrica seja reconhecida pelos agentes de justiça e seja mencionada nos julgados, pois os processos devem ser analisados em uma perspectiva de gênero.

## 8 DA RESPONSABILIDADE PENAL NOS CASOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Diferentemente de países como Argentina e Venezuela, no Brasil não existe uma norma que tipifique a conduta de violência obstétrica. Embora não haja lei específica, a violência obstétrica pode ser enquadrada em diversos tipos penais, como, por exemplo, constrangimento ilegal (art. 146, CP), ameaça (art. 147, CP), calúnia (art. 138, CP), difamação (art. 139, CP), injúria (art. 140), homicídio (art. 121, CP), lesão corporal (art. 129, CP) e maus tratos (art. 136, CP).

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul possui um julgado de 2013 no qual houve a condenação de um médico pela prática de homicídio culposo. Segundo o julgado, após a realização do parto com episiotomia, deixou o médico de fazer o procedimento de revisão do reto, o que propiciou a comunicação do conteúdo fecal com o canal vaginal, culminando em infecção generalizada e morte da vítima, veja-se:

> APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO. PARTO NORMAL COM EPISIOTOMIA. ART. 121, § 3º, DO CP. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO § 4º DO MESMO DISPOSITIVO LEGAL. (INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DE PROFISSÃO). PENA QUE NÃO MERECE REDIMENSIONAMENTO. *Demonstrado que o réu agiu com negligência, imprudência e imperícia, e que dita conduta levou a paciente a óbito, pois, após o parto com episiotomia, deixou de realizar procedimento de revisão do reto, o que propiciou a comunicação do conteúdo fecal com o canal vaginal, culminando com infecção generalizada, que evoluiu com a morte da vítima, mostra-se correta a sua condenação pela prática do delito de homicídio culposo. Aplicabilidade da causa de aumento de pena prevista no § 4º do art. 121 do CP, por inobservância de regra técnica de profissão*. Pena definitiva de dois anos de detenção, substituída por duas restritivas de direito, consistentes na prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, que se mostra adequada ao caso, não ensejando redimensionamento. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Crime nº 70053392767, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Julgado em 14/11/2013)

Quanto ao crime de lesão corporal, a doutrina afirma que a lesão pode ser de natureza leve (art. 129, caput, do CP), grave (art. 129, § 1º, CP) ou gravíssima (art. 129, § 2º, CP). O art. 129, § 1º, inciso V, diz ser lesão corporal de natureza grave caso resulte aceleração de parto. Acelerar o parto é antecipar o nascimento do bebê antes do termo final da gravidez. No entanto, a criança deve nascer com vida. Caso contrário, haverá aborto e a lesão será gravíssima (art. 129, § 2º, V, CP). Vale pontuar que em ambas as situações, para que seja configurado crime, deve haver a comprovação do nexo causal, por meio de perícia, entre a agressão e a expulsão.

Ainda, o Código Penal prevê uma agravante genérica caso o crime seja praticado contra mulher grávida (art. 61, II, "h", CP), em razão da situação de fragilidade em que se encontra, o que, além de facilitar a prática delitiva, demostra uma maior insensibilidade por parte do agente. Porém, para que incida essa agravante, é necessário que o agente tenha ciência da gravidez, isto é, precisa saber que a vítima está grávida. Caso contrário, haveria a responsabilização penal objetiva, que é vedada em nosso ordenamento jurídico.

Diante do exposto, percebe-se que, não obstante a inexistência de uma legislação específica que tipifique a violência obstétrica no Brasil, é possível que haja a responsabilização penal dos profissionais de saúde, com base nos tipos penais já existentes.

## 9 DAS MEDIDAS A SEREM ADOTADAS NO CASO DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Ainda não existem mecanismos próprios para identificar e notificar a violência obstétrica. Os serviços que funcionam atualmente não estão preparados para receber denúncias de violência no atendimento obstétrico. No entanto, as mulheres vítimas desse tipo de violência não podem ficar silentes. É importante que sejam tomadas medidas para evitar que outros casos se repitam.

Uma das medidas cabíveis é o acesso ao sistema de justiça para buscar a reparação dos danos sofridos, sejam eles físicos, morais ou estéticos, bem como eventual responsabilização criminal do profissional de saúde. É de extrema importância que os casos de violência obstétrica cheguem ao Judiciário, incentivando, assim, a discussão jurídica sobre o tema. Conforme pesquisa realizada em 2010 pela Fundação Perseu Abramo, uma em

cada quatro mulheres sofre algum tipo de violência no atendimento ao parto. No entanto, são raros os casos que chegam até o Judiciário, o que colabora para que esse problema continue sendo "invisível" para a sociedade. Caso a mulher não tenha condições de contratar um advogado, deverá procurar a Defensoria Pública para obter assistência jurídica gratuita, independentemente se usou o serviço público ou privado.

Além de medidas judiciais, a mulher vítima de violência obstétrica deverá realizar denúncias nos respectivos Conselhos de Classes. O Conselho Federal de Medicina possui a Resolução nº 1.931/09 (Código de Ética Médica), que trata, no Capítulo III, da responsabilidade profissional, dispondo ser vedado ao médico "praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País" (artigo 14). Já no Capítulo IV, traz uma regulamentação destinada à proteção dos Direitos Humanos e diz ser vedado ao médico "deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte" (artigo 22), bem como "deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo" (artigo 24). Mais adiante, no Capítulo V, que trata da relação com pacientes e familiares, veda ao médico "desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte" (artigo 31). Portanto, caso a parturiente seja submetida a atos médicos desnecessários e/ou não autorizados, restará caracterizada a violência obstétrica, sendo de extrema importância a denúncia no respectivo Conselho de Classe para buscar a responsabilização administrativa do profissional de saúde.

Outra opção é denunciar os casos de violência obstétrica na Central de Atendimento à Mulher em Situação de Violência - Ligue 180, que consiste em um serviço nacional e gratuito oferecido, desde 2005, pela Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República. A Central funciona 24 horas, todos os dias da semana, inclusive finais de semanas e feriados e tem como objetivo receber denúncias de violência, reclamações sobre os serviços da rede de atendimento à mulher e orientar as mulheres sobre seus direitos, encaminhando-as para outros serviços quando necessário.

Também poderá ser feita denúncia no Ministério da Saúde, por meio do Disque Saúde 136, para que sejam apuradas eventuais irregularidades no atendimento por entidades públicas ou privadas. O Disque Saúde fun-

ciona 24 horas com atendimento eletrônico, de segunda a sexta-feira, das 7h às 22h, e aos sábados e domingos, das 8h às 18h. A ligação é gratuita e pode ser originada de telefones fixos, públicos ou celulares, de qualquer local do país[14].

Nos casos de atendimento particular ou atendimento realizado por meio de plano de saúde, a mulher vítima de violência obstétrica também deverá acionar o Programa de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON).

Poderá, ainda, oferecer denúncia no Ministério Público exigindo que sejam tomadas as devidas providências, com a devida responsabilização das instituições e dos profissionais de saúde.

## 10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do cenário obstétrico brasileiro atual, constata-se que a violência obstétrica constitui um problema de saúde pública complexo e multifatorial, de crescente importância e grande repercus-são sobre a saúde de mães e recém-nascidos. A prevenção e a superação dessa forma de violência demanda o engajamento de todos os envolvidos com a assistência, por exigir a necessária coragem para a incorporação de abordagens inovadoras.

Ademais, é preciso mudar a formação acadêmica dos profissionais de saúde, resgatando va-lores como o protagonismo, a individualidade, a privacidade e a autonomia da mulher. Com isso, busca-se a promoção de partos saudáveis e a eliminação de intervenções desnecessárias, utilizando-se de outras comprovadamente mais benéficas.

O modelo de humanização do parto pressupõe que segurança não é sinônimo de intervenção e tecnologia. Ao contrário, pressupõe a mínima utilização de intervenções no processo fisiológico de nascimento, de forma a ressignificar o parto como uma experiência corporal e emocional, possibili-tando às mulheres se subjetivarem e resgatarem sua individualidade.

## 11 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2016**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de To-

[14] Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/sgep/fale-com-o-ministerio-da-saude>. Acesso em: 30 mar. 2017.

das as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília (DF); 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 01 abr. 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.108 de 07 de abril de 2005**. Altera a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Brasília (DF); 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm>. Acesso em: 01 abr. 2017.

BRASIL. **Portaria nº 2.418 de 02 de dezembro de 2005** da Organização Mundial de Saúde (OMS). Regulamenta, em conformidade com o art. 1º da Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005, a presença de acompanhante para mulheres em trabalho de parto, parto e pós-parto imediato nos hospitais públicos e conveniados com o Sistema Único de Saúde – SUS. Brasília (DF), 2005. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2005/prt2418_02_12_2005.html>. Acesso em: 01 abr. 2017.

BRASIL. **Portaria nº 569 de 01 de junho de 2000** da Organização Mundial de Saúde (OMS). Institui o Programa de Humanização no pré-natal e nascimento, no âmbito do Sistema Único de Saúde. Brasília(DF); 2000. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2000/prt0569_01_06_2000_rep.html>. Acesso em: 01 abr. 2017.

BRASIL. **Programa Humanização do Parto**. Humanização no Pré-Natal e Nascimento do Ministério da Saúde. Brasília (DF); 2002. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/parto.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2017.

BRASIL. **Resolução nº 1931 do Conselho Federal de Medicina 2009**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>. Acesso em: 01 abr. 2017.

BRASIL. **Resolução Normativa nº 387 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) de 28 de outubro de 2015**. Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contrata-

dos a partir de 1º de janeiro de 1999; fixa as diretrizes de atenção à saúde; revoga as Resoluções Normativas – RN nº 338, de 21 de outubro de 2013, RN nº 349, de 9 de maio de 2014; e da outras providências. Brasília (DF); 2015. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzExMA==> Acesso em: 01 abr. 2017.

D'GREGORIO RP. Obstetric violence: a new legal term introduced in Venezuela. **Int J Gynaecol Obstet**, 111(3):201-2, 2010.

D'OLIVEIRA AFPL, DINIZ SG, SCHRAIBER LB. Violence against women in health-care institutions: an emerging problem. **Lancet**, 359(9318):1681-5, 2002.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Conversando sobre Violência Obstétrica**; 2015. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/34/documentos/cartilhas/Cartilha_VO.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2017.

DINIZ SG, D'OLIVEIRA AF. Gender violence and reproductive health. **Int J Gynaecol Obstet**, 63 Suppl 1: S33-42, 1998.

International Federation of Gynecology and Obstetrics. International Confederation of Midwives. White Ribbon Alliance. International Pediatric Association. World Health Organization. Mother"baby friendly birthing facilities. **Int J Gynecol Obstet**, 128(2):95-99, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.1016/j.ijgo.2014.10.013>.

LANSKY S. Gestão da qualidade e da integralidade do cuidado em saúde para a mulher e a criança no SUS-BH/: a experiência da comissão perinatal. **Rev Tempus Actas Saúde Coletiva**, 4(4): 191-9, 2010.

GALLO RBS , SANTANA LS, MARCOLLIN AC, FERREIRA CHJ, DUARTE A, QUINTANA SM. Recursos não farmacológicos no trabalho de parto: protocolo assistencial. **Femina**, 39(1):41-8. 2. 2011.

MAIA MB. **Humanização do parto**: política pública, comportamento organizacional e ethos profissional. Rio de Janeiro: Fiocruz; 2010.

OEA. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher; 1994. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em: 01 abr. 2017.

SOUZA SA. Leis de combate a violência contra a mulher na América Latina: uma breve abordagem histórica [Internet]. In: **Anais do 27º Simpósio Na-**

**cional de História**; 2013; Natal. Natal: Associação Nacional de História; 2013 [citado 1 mar. 2017]. Disponível em: <http://www.snh2013.anpuh.org/resources/anais/27/1371348947_ARQUIVO_ TextoAnpuhNatalSuellen.pdf>.

TEDESCO RP, MAIA NLF,MATHIAS L, BENEZ AL, CASTRO VCL, BOURROUL GM, *et al*. Fatores determinantes para as expectativas de primigestas acerca da via de parto. **Rev Bras Ginecol Obstet**. 26(10): 791-8, nov.-dez. 2004.

VASCONCELOS, S. D. D. **Dominação e autonomia**: os elementos básicos da enfermagem obstétrica. 2001. 161p. Dissertação (Mestrado em Enfermagem) – Escola de Enfermagem Anna Nery. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2001.

VELOSO, Roberto Carvalho; SERRA, Maiane Cibele de Mesquita Serra. **Reflexos da Responsabilidade Civil e Penal nos Casos de Violência Obstétrica**. Revista de Gênero, Sexualidade e Direito; 2016. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/revistagsd/article/view/1048>. Acesso em: 28 mar. 2017.

VENEZUELA. **Ley Orgánica Sobre el Derecho de Las Mujeres a Una Vida Libre de Violência**, 2007. Disponível em: <http://oig.cepal.org/sites/default/files/2014_ven_feminicidio_ley_organica_sobre_derecho_de_mujeres_a_una_vida_libre_de_violencia_25_11_14-1.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2017.

VENTURI W, BOKANY V, DIAS G, ALBA D, ROSAS W, FIGUEIREDO N. **Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado**. Fundação Perseu Abramo e SESC [Internet]. 2010 [citado 2013 mar 21]. Disponível em: <http://novo.fpabramo.org.br/sites/default/files/pesquisaintegra_0.pdf>.

WOLFF, L. R.; MOURA, M. A. V. A institucionalização do parto e a humanização da assistência: revisão de literatura. **Escola Anna Nery Revista de Enfermagem**, v. 8, n. 2, p. 279-285, ago. 2004.

# BREVES APONTAMENTOS SOBRE A RESOLUÇÃO 225 DO CNJ: A JUSTIÇA RESTAURATIVA SOB O ENFOQUE DO PODER JUDICIÁRIO

**Ana Carolina Mezzalira**[1]

**RESUMO:** Este trabalho pretende analisar a Resolução 225 do Conselho Nacional de Justiça, a qual dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no Poder Judiciário, trazendo diretrizes para a implementação e difusão da prática restaurativa. A Justiça Restaurativa ganha força no século XXI na medida em que a Justiça Tradicional parece não estar conseguindo, por si só, atingir o objetivo de reduzir a violência com a punição estatal. A Resolução do CNJ reforça a importância de utilizarmos a Justiça Restaurativa como forma de solucionar os nossos conflitos cotidianos, retomando o diálogo e a ideia de responsabilização. A Defensoria Pública exerce papel fundamental para a efetividade do Princípio do amplo acesso à Justiça, estabelecendo, nesse ponto, relação intrínseca com a Justiça Restaurativa, na medida em que ambas pretendem alcançar uma real prestação jurisdicional e uma verdadeira solução dos conflitos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Resolução CNJ. Justiça Restaurativa. Poder Judiciário. Responsabilização.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 A Resolução do CNJ e seus Aspectos Legais. 3 O Fenômeno da Justiça Restaurativa. 4 A Resolução e suas Diretrizes. 5 O papel da Defensoria Pública no âmbito da Justiça Restaurativa. 6 Conclusão. 7 Referências Bibliográficas

## 1 INTRODUÇÃO

Após recomendações da Organização das Nações Unidas (ONU) para que a temática da Justiça Restaurativa fosse incorporada à legislação dos países, o Conselho Nacional de Justiça elaborou a Resolução 225 de 31 de maio de 2016, pretendendo que esse documento normativo seja um norte para aqueles que desejam aplicar a Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário.

[1] Pós graduada em Direito Penal e Processo Penal pelo IDC, Técnica Superior Penitenciária - Advogada da Superintendência dos Serviços Penitenciários do RS (SUSEPE). Já publicou artigos científicos em periódicos e Anais de Congressos.

A Resolução nº 225 dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no Poder Judiciário, contendo diretrizes para a implementação e difusão da prática da JR. A Resolução é resultado de uma minuta desenvolvida por um grupo de trabalho instituído pelo presidente do CNJ no ano de 2016, ministro Ricardo Lewandowski.

O Grupo de Trabalho responsável pela elaboração da minuta que posteriormente deu origem à Resolução contou com a participação de juízes auxiliares da Presidência do CNJ e de magistrados de diversas regiões brasileiras que já vinham implementando esta prática (2016, s.p).

Segundo Ricardo Lewandowski:

> Trata-se de importante marco normativo para o Poder Judiciário que, ao difundir a aplicação coordenada e qualificada dos procedimentos restaurativos em todo o território nacional, assume relevo decisivo para a mudança do atual panorama de nosso sistema de Justiça criminal e infantojuvenil, além de consubstanciar-se como meio de concretização de princípios e direitos constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, o acesso à Justiça e o exercício da cidadania, com vistas à pacificação social (2016, s.p.).

Porém, a Justiça Restaurativa não vem à tona neste momento em vão. Ela ganha força no século XXI na medida em que a Justiça Tradicional parece não estar conseguindo, por si só, atingir o objetivo de reduzir a violência e os índices de reincidência com a punição penal estatal. O tratamento penal oferecido hoje nas prisões do país não produz os resultados esperados, apesar dos esforços com ações isoladas na perspectiva de garantia de direitos.

Em tempos de criminalidade exacerbada e valores éticos colocados constantemente em xeque, a sociedade permanece insatisfeita e questiona se as punições e o tratamento penal podem transformar o indivíduo que pratica crimes e adequar o seu comportamento às normas vigentes.

O que vemos diariamente são notícias estampadas na mídia sobre o aumento do delito e da violência, assim como a superlotação carcerária. Por isso, parece necessário repensar a responsabilidade do Estado, tendo em mente a possibilidade de admitir alternativas ao cárcere, refletindo sobre o sistema penal, inclusive modificando-o.

Segundo Ílison Dias dos Santos (2016, s.p.):

> Tais movimentos deslegitimadores do Direito Penal tradicional, no todo ou em parte, vêm descambando em uma tendência de política criminal que enxerga o fenômeno jurídico-penal de modo distinto, tomando como ponto de partida as críticas à alta seletividade do sistema penal por fatores socioeconômicos (especialmente nos países chamados periféricos); ou ainda pelas contribuições dos plurais movimentos de reivindicação do papel da vítima no campo penal, já que até então ela, tradicionalmente, havia sofrido uma espécie de "neutralização"

Assim, faz-se importante compreender o fenômeno da Justiça Restaurativa em um contexto social complexo e de que forma a Resolução de 2016 pode auxiliar na implementação de uma nova forma de responsabilização em nosso país.

## 2 A RESOLUÇÃO DO CNJ E SEUS ASPECTOS LEGAIS

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi introduzido na Constituição Federal de 1988 por meio de uma Emenda Constitucional de 2004, trazendo diversas Reformas ao Poder Judiciário. Foi implementado para exercer o controle externo do Poder Judiciário, nos termos do Art. 103 da Constituição Federal: "Compete ao Conselho [...]: I – zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências" (BRASIL, 2013).

É na atribuição de "expedir atos regulamentares" que as Resoluções do CNJ tomam forma. Porém, as resoluções não possuem força de Lei, pois não passam pelo procedimento junto ao Poder Legislativo, tratando-se apenas de uma orientação, de um documento legal onde constam diretrizes para implementação e difusão da prática da Justiça Restaurativa nos Tribunais de Justiça do País.

Portanto, a Resolução 225 do CNJ não possui aplicação obrigatória pelos juízes e Tribunais. Apesar disso, inquestionável é a sua relevância para a difusão e conhecimento da prática restaurativa em nosso país.

Veja-se que, segundo avaliação do CNJ no ano de 2016, "a Justiça Restaurativa foi implementada e vem sendo executada há mais de dez anos no país, mas, atualmente, apenas seis dos 27 Tribunais de Justiça (TJs) possuem normatizações a respeito, seja por meio de resoluções ou de portarias" (2016, s.p.).

Assim, a Resolução, em que pese sua limitada força normativa, tem como nobre função contemplar diferentes metodologias de implementação de práticas restaurativas, além de difundir ainda mais o tema dentro do Poder Judiciário e junto à sociedade.

## 3 O FENÔMENO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Justiça Restaurativa é um processo relativamente novo no Brasil, mas muito antigo nas comunidades tribais, as quais se organizavam em grandes círculos para discutir e resolver os seus conflitos. Essa prática também era bastante comum nas famílias mais antigas, quando, nas grandes cozinhas das casas, todos se sentavam ao redor da mesa para conversar sobre os seus problemas. Essa prática milenar conseguia resolver os conflitos internos através do dialogo respeitoso e da autorresponsabilização.

Em obra organizada pelo CNJ, intitulada "Justiça Restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225" (2016, s.p.), leciona-se que:

> [...] estimamos que o resgate da circularidade dos povos ancestrais, entre eles os indígenas, para enfrentamento dos conflitos contemporâneos, pode também consistir em possibilidade para o resgate das relações historicamente rompidas pela negligência dos "povos civilizados".

No Brasil, a Justiça Restaurativa teve seu primeiro surgimento teórico na década de 90, quando o tema passou a ser atraente para os pesquisadores como uma possível alternativa ao sistema penal tradicional. Porém, vários outros países já introduziram a Justiça Restaurativa em sua legislação, como Nova Zelândia, Canadá, Austrália, África do Sul, Reino Unido, Estados Unidos e Argentina.

Inclusive, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 7006/200622, que visa incluir na justiça criminal brasileira procedimentos de justiça restaurativa, alterando o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Na Justiça Restaurativa a questão central, diferente da Justiça Tradicional - que versa preponderantemente sobre os culpados -, envolve aquele que foi prejudicado pela conduta, valorizando a autonomia das pessoas e o diálogo entre elas.

Assim, a proposta restaurativa é de inclusão e responsabilidade social. Promove-se o conceito de responsabilidade ativa ao fortalecer as pessoas e as comunidades para que assumam o papel de pacificar seus próprios conflitos.

O objetivo da Justiça Restaurativa é possibilitar que cada um, por meio das suas próprias ferramentas internas, possa ser capaz de resolver as suas questões e os conflitos gerados por meio da sua conduta ou de outrem. Segundo Kay Pranis e Carolyn Boyes, "nós acreditamos que cada um tem um eu que é bom, sábio, poderoso e sempre presente. [...] nós nos referimos a isto como "o eu verdadeiro" que está em cada um" (2011, p. 22).

Propõe-se, portanto, o diálogo para que se consiga transformar a experiência de violência numa experiência de vida, da qual se extraiam os ensinamentos que permitam a reparação do dano produzido através da consciência, da repercussão e transcendência dos atos.

Segundo Ílison Dias dos Santos (2016, s.p):

> A Justiça Restaurativa, por seu turno, está centrada neste campo teórico de busca de uma nova prática penal. É compreendida como um novo paradigma no direito penal de garantias, que tem em conta os postulados de minimalismo do mesmo, diminuindo assim sua seletividade ante o infrator, também merecedor de atenção por parte da Justiça Restaurativa. Ela se distingue profundamente do modelo atual de justiça criminal, primordialmente porque "na filosofia restaurativa o crime é uma atitude contra as pessoas e contra as relações". A vítima sai de uma posição de quase completo esquecimento para um papel destacável na resolução de conflitos jurídico-penais, já que para a Justiça Restaurativa, antes que penal, o conflito é social e, fundamentalmente, intersubjetivo. Por tanto, a vítima, vista como imediatamente afetada pela conduta transgressora do "infrator" à lei penal, tem o direito de participar com voz e escuta desse processo dialogado que se constitui através do chamado "encontro restaurativo" entre vítima-infrator-comunidade, materializado em suas ferramentas restaurativas.

## 4 A RESOLUÇÃO E SUAS DIRETRIZES

De pronto, destaca-se que a Resolução do CNJ levou em consideração para sua elaboração algumas questões importantes e que nortearam todo o texto normativo:

I. Recomendações da ONU para fins de implantação da Justiça Restaurativa nos estados membros, expressas nas Resoluções 1999/26, 2000/14 e 2002/12;

II. Efetivação do Princípio do Acesso à Justiça previsto no art. 5º da CF, com objetivo de obter-se uma efetiva solução aos conflitos;

III. A complexidade dos fenômenos do conflito e da violência;

IV. Necessidade de busca por um conceito uniforme de Justiça Restaurativa;

V. Necessidade de aprimoramento do Poder Judiciário;

VI. Possibilidade de homologação dos acordos de JR nos termos previstos pela Lei do Juizado Especial Criminal (Lei 9.099/95).

Na busca dessas diretrizes basilares, ponto bastante relevante trazido pela Resolução, foi a definição e unificação de um conceito sobre Justiça Restaurativa no seu art. 1º:

> Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma: I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos; II – as práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras; III – as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro.

Segundo Marcelo Salmaso (2016, s.p), foi de fundamental importância "manter o entendimento da Justiça Restaurativa, não como uma técnica de solução de conflito, mas como uma verdadeira mudança dos paradigmas de convivência [...] de forma a envolver todos os integrantes da sociedade como sujeitos protagonistas da transformação rumo a uma sociedade mais justa e humana".

Na lógica de definir conceitos, a Resolução trouxe no §1º do Art. 1º a definição e o esclarecimento sobre alguns conceitos comumente usados nas práticas restaurativas, quais sejam: Prática restaurativa, procedimento restaurativo, caso, sessão restaurativa e enfoque restaurativo.

> § 1º Para efeitos desta Resolução, considera-se: I – **Prática Restaurativa**: forma diferenciada de tratar as situações citadas no caput e incisos deste artigo; II – **Procedimento Restaurativo**: conjunto de atividades e etapas a serem promovidas objetivando a composição das situações a que se refere o caput deste artigo; III – **Caso**: quaisquer das situações elencadas no caput deste artigo, apresentadas para solução por intermédio de práticas restaurativas; IV – **Sessão Restaurativa**: todo e qualquer encontro, inclusive os preparatórios ou de acompanhamento, entre as pessoas diretamente envolvidas nos fatos a que se refere o caput deste artigo; V – **Enfoque Restaurativo**: abordagem diferenciada das situações descritas no caput deste artigo, ou dos contextos a elas relacionados, compreendendo os seguintes elementos: a) participação dos envolvidos, das famílias e das comunidades; b) atenção às necessidades legítimas da vítima e do ofensor; c) reparação dos danos sofridos; d) compartilhamento de responsabilidades e obrigações entre ofensor, vítima, famílias e comunidade para superação das causas e consequências do ocorrido.

O parágrafo 2º da Resolução enfatiza que a prática restaurativa não pretende excluir ou extinguir os procedimentos da Justiça Tradicional, mas, pelo contrário, atuar de forma alternativa e concorrente: "A aplicação de procedimento restaurativo pode ocorrer de forma alternativa ou concorrente com o processo convencional, devendo suas implicações ser consideradas, caso a caso, à luz do correspondente sistema processual e objetivando sempre as melhores soluções para as partes envolvidas e a comunidade" (BRASIL, 2016).

Segundo lecionam os autores da Resolução:

> Uma das condições fundamentais para que ocorra a prática restaurativa, de acordo com o texto da resolução, é o consentimento livre e espontâneo dos participantes, que têm o direito de solicitar orientação jurídica em qualquer estágio do procedimento. Caso não seja obtido êxito na prática restaurativa, o processo judicial pode ser retomado na fase em que foi suspenso, ficando proibida a utilização desse insucesso como fator para a majoração de eventual sanção penal. Também é vedada a utilização de qualquer informação obtida no âmbito da Justiça Restaurativa como prova processual" (2016, s.p).

O *caput* do art. 2º consagra os Princípios norteadores da Justiça Restaurativa: a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade.

Em que pese a Resolução não tenha pretendido esgotar os princípios informativos da JR, trouxe alguns de extrema relevância para a prática restaurativa, os quais devem permear todo o procedimento ou sessão que pretenda utilizar-se da Justiça Restaurativa como método de obtenção da paz.

Faz-se importante a leitura dos § 1º, 2º e 3º do art. 2º da Resolução, onde mais uma vez se reitera a importância da voluntariedade, do consentimento e da concorrência com o procedimento tradicional.

> §1º: Para que o conflito seja trabalhado no âmbito da Justiça Restaurativa, é necessário que as partes reconheçam, ainda que em ambiente confidencial, incomunicável com a instrução penal, como verdadeiros os fatos essenciais, sem que isso implique admissão de culpa em eventual retorno do conflito ao processo judicial; §2º: É condição fundamental para que ocorra a prática restaurativa, o prévio consentimento, livre e espontâneo, de todos os seus participantes, assegurada a retratação a qualquer tempo, até a homologação do procedimento restaurativo; §3º: Os participantes devem ser informados sobre o procedimento e sobre as possíveis consequências de sua participação,bem como do seu direito de solicitar orientação jurídica em qualquer estágio do procedimento.

Em seguida, o art. 5º leciona sobre a importância de os Tribunais de Justiça dos Estados membros implementarem programas de Justiça Restaurativa, com a participação de magistrados e equipe técnica competente.

Como não poderia deixar de ser, a Resolução do CNJ traz alguns contornos sobre o procedimento a ser adotado para que a prática restaurativa possa ser incluída em âmbito judicial.

> Art. 7º. Para fins de atendimento restaurativo judicial das situações de que trata o caput do art. 1º desta Resolução, poderão ser encaminhados procedimentos e processos judiciais, em qualquer fase de sua tramitação, pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública, das partes, dos seus Advogados e dos Setores Técnicos de Psicologia e Serviço Social. Parágrafo único. A autoridade policial poderá sugerir, no Termo Circunstanciado ou no relatório do Inquérito Policial, o encaminhamento do conflito ao procedimento restaurativo (BRASIL, 2016).

Portanto, todos os atores envolvidos com o procedimento judicial estão autorizados a encaminhar situações de conflito para a prática restaurativa, inclusive o juízo, mesmo sem provocação de nenhuma das partes. Até mesmo a autoridade policial, ao se deparar com um termo circunstanciado ou inquérito policial que envolve uma situação conflitiva, poderá sugerir a Justiça Restaurativa para solução daquele imbróglio, o que confirma o caráter extrajudicial do procedimento restaurativo.

E a corroborar tal entendimento, o art. 12 assim estabelece: "Quando os procedimentos restaurativos ocorrerem antes da judicialização dos conflitos, fica facultado às partes diretamente interessadas submeterem os acordos e os planos de ação à homologação pelos magistrados responsáveis pela Justiça Restaurativa, na forma da lei".

Ponto que chama a atenção é a possibilidade de aplicação da JR também nas hipóteses em que já houver ocorrido a condenação criminal do indivíduo:

> A Justiça Restaurativa é uma alternativa ao processo penal, mas sem perder de vista que as suas práticas qualificam, de forma mais humana, a pena e as alternativas penais. Em assim sendo, é possível realizar o processo circular após a condenação, para o cumprimento da medida ou da pena, ou, ainda, para reintegração do egresso na sociedade (2016, s.p.).

O art. 8º da Resolução estabelece diretrizes para a realização dos procedimentos restaurativos, sendo estes "sessões coordenadas, realizadas com a participação dos envolvidos de forma voluntária, das famílias,

juntamente com a Rede de Garantia de Direito local e com a participação da comunidade para que, a partir da solução obtida, possa ser evitada a recidiva do fato danoso, vedada qualquer forma de coação ou a emissão de intimação judicial para as sessões.".

Mais uma vez o documento normativo preocupa-se em asseverar sobre a importância dos princípios da Justiça Restaurativa nos procedimentos restaurativos, ao estabelecer no §1º:

> O facilitador restaurativo coordenará os trabalhos de escuta e diálogo entre os envolvidos, por meio da utilização de métodos consensuais na forma autocompositiva de resolução de conflitos, próprias da Justiça Restaurativa, devendo ressaltar durante os procedimentos restaurativos: I – o sigilo, a confidencialidade e a voluntariedade da sessão; II – o entendimento das causas que contribuíram para o conflito; III – as consequências que o conflito gerou e ainda poderá gerar; IV – o valor social da norma violada pelo conflito.

Por fim, a Resolução atenta-se à formação e qualificação dos facilitadores que atuarão nos procedimentos restaurativos, exigindo destes cursos de capacitação e aperfeiçoamento:

> Art. 13. Somente serão admitidos, para o desenvolvimento dos trabalhos restaurativos ocorridos no âmbito do Poder Judiciário, facilitadores previamente capacitados, ou em formação, nos termos do Capítulo VI, desta Resolução. Parágrafo único. Os facilitadores deverão submeter-se a curso de aperfeiçoamento permanente, realizado na forma do Capítulo VI, o qual tomará por base o que declinado pelos participantes das sessões restaurativas, ao final destas, em formulários próprios.

Portanto, fica claro que qualquer indivíduo pode tornar-se um facilitador em JR, não havendo exigência de algum curso superior específico, muito menos um cargo público. O que se exige, isso sim, é a qualificação necessária, o que poderá ser obtida por meio de cursos que devem ser postos à disposição pelo CNJ e pelos Tribunais de Justiça, conforme consagrado pela própria Resolução.

A importância da qualificação do profissional facilitador baseia-se no fato de que é ele o responsável por fazer valer os princípios da JR nas sessões e procedimentos restaurativos, evitando deturpações e afrontas à Resolução.

## 5 O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Conforme estabelece o art. 134 da CF[2], a Defensoria Pública exerce no Estado Democrático de Direito papel fundamental para a efetividade do Princípio do amplo acesso à Justiça prevista no art. 5º da Carta Magna, estabelecendo, nesse ponto, relação intrínseca com a Justiça Restaurativa, na medida em que ambas pretendem alcançar uma real prestação jurisdicional e uma verdadeira solução dos conflitos.

Nesse sentido, a Instituição assinou no ano passado, juntamente com o Governo do Estado, Tribunal de Justiça, Assembleia Legislativa, Ministério Público e Procuradoria Geral do Estado o Protocolo de Cooperação interpoderes para uma Política de Estado de Justiça Restaurativa e de Construção da Paz no RS. No documento, objetiva-se "ações colaborativas entre os Poderes do Estado, visando ao desenvolvimento colaborativo de uma política de Estado para a Justiça Restaurativa e da Construção da Paz no Rio Grande do Sul" (RS, 2016).

O Termo de Cooperação possui validade de três anos e nesse período foram estabelecidas cláusulas que preveem etapas de Implementação da Política de Estado, com a propositura de programas de fomento, sugestões e reuniões envolvendo a temática.

Assim, é possível verificar que a Defensoria Pública do RS já está envolvida no desafio de implementar a Justiça Restaurativa junto aos procedimentos extrajudiciais, administrativos e judiciais, visando a pacificação dos conflitos e a efetiva paz social, missão primordial de todos os profissionais envolvidos com as demandas que chegam ao Poder Judiciário.

## 6 CONCLUSÃO

A Justiça Restaurativa pode ser objeto de diversas metodologias de aplicação, sendo possível escolher a que melhor se enquadre no caso concreto. A Resolução do CNJ não trouxe nenhuma metodologia especial ou manifestou-se pela escolha de uma em detrimento de outra, mas apenas reforçou a importância de utilizarmos a Justiça Restaurativa como forma de solucionar os nossos conflitos cotidianos, retomando o diálogo e a ideia de responsabilização, ao contrário da punição tradicional.

[2] "A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal".

E para aqueles que desacreditam em um novo modelo de pacificação social e de uma forma diferente de enfrentamento da criminalidade nesse novo século, importante reflexão é feita pelo Ministro Ricardo Lewandowski (2016, s.p) quando da assinatura da Resolução:

> Não nego que essa missão restaurativa seja trabalhosa e difícil, demandando tempo, empenho e a assunção, por parte dos Poderes Públicos e de toda a sociedade, da responsabilidade pela solução dos males. Todavia, dessa forma, restituindo à sociedade parcela do poder que é seu, aquele de fazer justiça, em parceria com o Sistema Judicial e dentro da lógica dos valores e princípios restaurativos, mostra-se possível resolver os problemas relativos à violência e à criminalidade, formando pessoas conscientes de seus direitos e deveres, e, assim, construirmos uma sociedade justa, voltada para a paz. Muitas vezes, ouço as pessoas dizendo que a Justiça Restaurativa não passa de um sonho, uma utopia inatingível. Todavia, onde foi implementada, como na Nova Zelândia, na Austrália, nos Estados Unidos da América, no Canadá e em países da América Latina, bem como em algumas localidades do Brasil, a Justiça Restaurativa vem se mostrando apta a garantir novos caminhos de futuro às pessoas, voltados à cidadania e à paz, em um sem número de situações de conflito com a lei, sem prejuízo de promover reais mudanças nas formas de convívio, que levam à construção de uma estru- tura social mais humana. Mas, a pergunta a ser feita por cada um de nós, de forma a promover a reflexão, é a seguinte: o que é realizado há tanto tempo, ou seja, responder à transgressão com uma punição, vem se mostrando capaz de debelar a atual situação de violência que observamos em nossa sociedade? A Justiça Restaurativa impõe um longo e árduo trabalho, que implica o envolvimento dos mais diversos segmentos da sociedade, do Poder Público, das instituições e das pessoas que formam a comunidade, e, para além, propõe uma tomada de consciência consistente na desconstrução de ideias que, de há muito, vêm sendo construídas, repetidas e solidificadas na formação de cada indivíduo e nas estruturas sociais, como o individualismo, o consumismo, o utilitarismo, a hierarquia e a exclusão. Portanto, algum tempo ainda será necessário até que os novos paradigmas voltados à responsabilidade, à igualdade, ao diálogo, à inclusão e à fraternidade se solidifiquem a ponto de as pessoas compreenderem que é possível à sociedade se reconstruir sobre novas bases, e que os conflitos podem ser vistos como um campo privilegiado para a reflexão, para a assunção de responsabilidades e para a própria evolução social, a fim de que, assim, se desapeguem do paradigma punitivo. De qualquer forma, para

que toda essa transformação ocorra, de forma a não mais nos valermos de soluções paliativas e temporárias, que tratam a violência com mais violência, e, assim, efetivamente colocarmos fim à violência e à desumanidade que permeiam as relações interpessoais na socieda de, existe uma mudança, superior e anterior a todas as demais, que deve ocorrer como condição primordial, que é aquela que se dá no coração e na alma de cada um de nós, para que não aceitemos qualquer forma de violência e muito menos a praticuemos, pois, como já ensinou Mahatma Gandhi: "Nós devemos ser a mudança que desejamos ver no mundo".

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Resolução nº 225 de maio de 2016**. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2289>. Acesso em 13 de fevereiro de 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Aprovada resolução para difundir a justiça restaurativa no poder judiciário**. Disponível em < http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82457-aprovada-resolucao-para-difundir-a-justica-restaurativa-no-poder-judiciario-2>. Disponível em 31 de maio de 2016. Acesso em 18 de novembro de 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. J**ustiça Restaurativa**: Horizontes a partir da Resolução CNJ 225. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/08/4d6370b2cd6b7ee42814ec39946f9b67.pdf>/. Acesso em 17 de novembro de 2016.

ESTADO DE DIREITO. **Justiça Restaurativa**: um novo modelo de política criminal. Disponível em <www.estadodedireito.com.br>. Disponível em 19 set. 2016. Acesso em 18 de novembro de 2016.

PRANIS, kay; BOYES, Carolyn. **Guia de Práticas Circulares: no coração da esperança**. Porto Alegre : Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas. 2011. 280 p.

RIO GRANDE DO SUL. **Protocolo de Cooperação para uma Política de Estado de Justiça Restaurativa e de Construção da Paz no RS**. Acesso em 15 out. 2016. Disponível em www.asssembleialegislativa.rs.gov.br.

# DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO EXTRA-PODER E INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

**Ludmila Indalencio Naspolini**[1]

**RESUMO:** O presente artigo visa a analisar a Defensoria Pública como Instituição Extra-Poder na Constituição Federal sob o enfoque de seu papel na efetivação dos direitos humanos. Para tanto, pretende-se examinar os contornos atuais da instituição, trazendo a lume as principais discussões sobre sua natureza jurídica e sobre sua autonomia, bem como destacando os principais desafios por ela enfrentados na atualidade. Na sequência, adentra-se ao tema propriamente dito, passando-se à abordagem de seus novos paradigmas, consubstanciados na necessidade do reconhecimento e consolidação como Instituição Extra-Poder encarregada da promoção dos direitos humanos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Defensoria Pública. Instituição Extra-Poder. Direitos Humanos.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Contornos Atuais da Defensoria Pública. 2.1 Natureza Jurídica. 2.2 Autonomia. 3 Novos Paradigmas da Defensoria Pública. 3.1 Defensoria Pública como Instituição Extra-Poder. 3.2 Defensoria Pública como Instrumento de Efetivação de Direitos Humanos. 4 Considerações Finais. 5 Referências Bibliográficas.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe-se a analisar a Defensoria Pública brasileira como Instituição Extra-Poder, ou seja, desvinculada dos Três Poderes tradicionais reconhecidos na Constituição Federal. O objetivo é examinar sua natureza jurídica a partir da missão outorgada pela Carta Magna, com enfoque em seu papel de instrumento de efetivação de direitos humanos.

O desenvolvimento de qualquer tema relativo à Defensoria Pública passa, necessariamente, pela problemática do acesso à justiça. Na clássica obra "Acesso à Justiça", Mauro Cappelletti e Bryan Garth já sinalizavam a

[1] Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC.

assistência judiciária aos pobres e a defesa dos direitos difusos como alguns dos instrumentos hábeis a contornar os obstáculos existentes para a efetivação da justiça[2].

Na Constituição Federal de 1988, essas propostas apresentadas pelos autores materializam funções outorgadas à Defensoria Pública nos termos do seu artigo 134. O mesmo dispositivo estabelece os contornos constitucionais da instituição, tendo a Emenda Constitucional n°. 80 de 2014 passado a assegurar expressamente sua autonomia funcional e administrativa, além da financeira por intermédio da prerrogativa de iniciativa de sua proposta orçamentária.

Embora tenha origens remotas, sendo datada já das Ordenações Filipinas sancionadas em 1595, a prestação de um serviço de atendimento jurídico aos necessitados somente tem previsão legislativa a partir de 1948, com a edição da Lei n°. 146 do Estado do Rio de Janeiro, que conferia ao Ministério Público essa missão. Antes disso, esse múnus era exercido exclusivamente por advogados nomeados pelo Estado, nos moldes da atual advocacia dativa.

Somente com a Constituição Federal de 1934 que a Defensoria passou a ter status constitucional. Atendendo ao comando constitucional, em 1935, o Estado de São Paulo instituiu o primeiro serviço governamental de assistência judiciária do Brasil, criado sob a forma de órgão, nos termos previstos pela Constituição.

A regulamentação constitucional da assistência judiciária aos necessitados oscilou durante os anos, caracterizando-se, por vezes, até pela ausência de previsão. Tal fator foi decisivo para a heterogeneidade da Defensoria Pública brasileira e dos modelos de assistência adotados. Assim, durante muitos anos, conviveram na Federação Estados que optaram pela implantação de órgãos estatais específicos encarregados dessa função com outros adotantes da chamada advocacia dativa.

Com a criação, em 2012, da Defensoria Pública do Estado do Paraná, todos os Estados da Federação restaram contemplados com a Instituição. Contudo, problemáticas como as constantes interferências perpetradas pelo Poder Executivo e as sistemáticas violações às suas garantias institucionais ainda compreendem relevantes desafios enfrentados pela Defensoria Pública.

[2] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

O presente artigo visa a analisar a Defensoria Pública sob o aspecto de seus contornos atuais e dos novos paradigmas que vêm sendo delineados a partir do enfrentamento dos obstáculos citados. A proposta é refletir sobre a natureza jurídica da Defensoria Pública no Brasil a partir das funções constitucionais que lhes são outorgadas, reconhecendo-a como Instituição Extra-Poder, haja vista o relevante papel que desempenha como instrumento de efetivação de direitos humanos.

## 2 CONTORNOS ATUAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

A definição dos contornos atuais da Defensoria Pública no Brasil passa pelo estudo de sua natureza jurídica e da sua mais importante garantia constitucional: a autonomia. Tais temas guardam estreita relação: a depender da natureza jurídica do ente estatal, maior será sua autonomia, e a depender do grau de autonomia a ele conferido, diversa poderá ser a natureza jurídica a ele atribuída.

### 2.1 NATUREZA JURÍDICA

Determinar a natureza jurídica de um instituto significa analisar fundamentalmente sua essência, identificando pontos de afinidade ou similitude que ele possui com uma grande categoria jurídica, de modo a permitir sua adequada classificação dentro do universo das figuras existentes no Direito. Nesse sentido, delimitar a natureza jurídica da Defensoria Pública passa, necessariamente, pelo exame de seus caracteres mais relevantes e peculiares, definindo um norte para seu enquadramento numa categoria jurídica maior.

No Direito Administrativo, várias teorias foram desenvolvidas voltadas a explicar a manifestação de vontade das pessoas jurídicas de direito público. Para a Teoria da Representação, o agente público seria um representante da vontade estatal designado por lei, sendo, portanto, equiparado a um tutor do Estado. Contudo, a teoria atualmente aceita pela doutrina majoritária brasileira é a Teoria do Órgão, pela qual o Estado manifesta sua vontade por intermédio de seus órgãos, de modo que, quando seus agentes, pessoas naturais que o compõem, externalizam sua vontade, é como se o próprio Estado o estivesse fazendo, havendo uma substituição da representação pela imputação[3].

[3] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27ª. Edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 300.

Seguindo as premissas da Teoria do Órgão, a Lei n°. 9.784/99, que regula o processo administrativo na esfera federal, positivou os conceitos de órgão e entidade. Nos termos desse diploma, ambos seriam unidades de atuação, contudo, o órgão seria parte integrante da Administração, ao passo que a entidade seria independente, já que dotada de personalidade jurídica. Assim, o órgão não manifestaria sua própria vontade, mas sim a vontade da pessoa jurídica à qual se encontra necessariamente vinculado, então a verdadeira detentora da personalidade jurídica.

A fixação desses conceitos é ainda mais relevante quando do estudo da Defensoria Pública, haja vista a Constituição Federal não ostentar uma definição expressa acerca de sua natureza jurídica nos termos atualmente empregados pelo Direito Administrativo. No mesmo sentido a necessidade de delimitar um retrospecto histórico da Defensoria, juntamente com a garantia da assistência judiciária gratuita, tarefa que facilita a compreensão das modificações sofridas no entendimento de sua natureza jurídica.

No Brasil, a primeira legislação voltada à regulamentação de uma assistência jurídica aos necessitados foi o Decreto n°. 2.357 de 1897, que estruturou a Assistência Jurídica do Distrito Federal. A Assistência era então composta por uma Comissão Central, com um presidente indicado pelo Ministro da Justiça, e por Comissões Seccionais, compostas de advogados indicados pela Comissão Central.

Como é possível perceber, nas suas origens mais remotas, a Defensoria surge como um serviço prestado pelo Estado, vinculada ao Poder Executivo. A lei não atribuiu sequer natureza de órgão público a essa incipiente assistência, e, na qualidade de serviço, é incontestável a dependência que existia em relação ao Executivo.

A primeira previsão constitucional da Defensoria Pública veio com a Constituição Federal de 1934. O texto constitucional da época foi taxativo, obrigando a União e os Estados a oferecer assistência judiciária aos necessitados, serviço a ser oferecido por intermédio da criação de órgãos especiais encarregados desse múnus, além da isenção de emolumentos, custas, taxas e selos[4]. A opção feita pelo constituinte de 34 foi, portanto, inequívo-

[4] Art. 113 da Constituição Federal de 1934: A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

ca: o serviço estatal de assistência jurídica gratuita seria desempenhado por um órgão.

As Constituições seguintes, de 1937 e 1946, refletiram flagrante retrocesso na consolidação de um ente estatal voltado à assistência judiciária dos menos favorecidos. A primeira não previa sequer o direito à assistência, enquanto a segunda, embora contendo tal previsão, silenciou a respeito de qual órgão seria responsável pela efetivação do direito.

Por seu turno, a Constituição de 1967 voltou a assegurar o direito à assistência jurídica, definida como órgão de Estado incumbido da postulação e da defesa em todas as instâncias dos direitos dos juridicamente necessitados[5]. Reafirmou-se a tradicional opção pela figura do órgão, definição que se manteve com a EC n°. 01/1969.

No entanto, a Defensoria Pública, nos atuais moldes em que concebida, somente tomou forma a partir da Constituição Federal de 1988. Antes da atual Carta Magna, as constituições limitavam-se ou a prever o direito à assistência judiciária gratuita sem designar o ente estatal responsável pela efetivação desse direito ou, quando designavam, atribuíam ao ente a natureza jurídica de órgão.

Com o advento da Constituição de 88, restou assegurada, em seu artigo 5°., inciso LXXIV, a assistência jurídica integral e gratuita como direito fundamental. Além disso, em seu artigo 134, foi designada expressamente a Defensoria Pública como ente governamental responsável pelo desempenho dessa prestação estatal, definindo-a, após a alteração empreendida pela EC n°. 80/14, como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado.

A norma constitucional não designa mais um órgão como responsável pela assistência, mas também não fixa de forma expressa a natureza jurídica da Defensoria Pública, não nos termos dos conceitos tradicionais de Direito Administrativo, utilizando o vocábulo "instituição" para referir-se a ela. Essa lacuna, aliada ao histórico da instituição – de órgão vinculado ao Poder Executivo –, corrobora para a manutenção da controvérsia acerca de sua natureza jurídica, polêmica a ser afastada mediante a análise mais apurada de suas características.

[5] MORAES, Humberto Peña de; SILVA, José Fontenelle Teixeira da. **Assistência Judiciária. Sua Gênese, Sua História e a Função Protetiva do Estado**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984, pág. 110.

Nas constituições passadas, considerados os caracteres até então atribuídos ao ente estatal responsável pela assistência judiciária gratuita, era inquestionável o enquadramento dessa incipiente Defensoria no conceito de órgão. No geral, as normas constitucionais foram expressas nesse sentido, a assistência jurídica era concebida como um serviço estatal prestado por intermédio do Poder Executivo, Poder ao qual a instituição se encontrava vinculada, e, principalmente, não havia previsão constitucional de autonomia.

Todavia, foram substanciais as mudanças verificadas a partir da Carta de 88. Ao organizar os Poderes do Estado no Título IV da Constituição, o constituinte originário inovou para além das descentralizações tradicionais da tripartição clássica consagrada por Montesquieu. Além do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, o constituinte formalizou a criação de um quarto complexo orgânico, intitulado "Funções Essenciais à Justiça", no qual foram alocados o Ministério Público, a Advocacia Pública, a Advocacia Privada e a Defensoria Pública[6].

Embora o Capítulo IV venha inserido no Título referente à Organização dos Poderes, juntamente com os Três Poderes Clássicos, essa fragmentação denota, em verdade, a opção do legislador constituinte em não subordinar a Defensoria – do mesmo modo que os demais entes ali dispostos – a nenhum dos Poderes. Não havendo, portanto, referibilidade em relação a nenhum dos Poderes, vai se enfraquecendo o entendimento de que se trataria de um órgão.

Não obstante esse grande avanço perpetrado pela Constituição de 88, ainda assim a falta de previsão constitucional da autonomia da Defensoria ainda representava um argumento àqueles que defendiam sua vinculação ao Executivo sob o formato de um de seus órgãos. Assegurada somente a partir da EC n°. 45/04, a autonomia da instituição foi consagrada abrangendo a autonomia funcional, administrativa e financeira, prerrogativa que fortaleceu ainda mais os argumentos contrários à Defensoria órgão.

Nesse aspecto, merece destaque a autonomia financeira, consagrada no artigo 134, § 2°, da Constituição sob a forma de iniciativa de sua lei orçamentária. Antes da EC n°. 45/04, o orçamento da Defensoria era vinculado ao orçamento do Executivo, responsável, então, pela palavra final sobre os gastos de ambos. Logo, embora inexistente previsão constitucional

---

6 FRANKLIN, Roger Alves da Silva; ESTEVES, Diogo. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública:** de acordo com a Emenda Constitucional 74/2013. Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 30.

expressa de submissão da Defensoria ao Executivo, na prática, o que se verificava era uma dependência financeira com reflexos em vários setores da instituição.

Assim, essas múltiplas facetas da autonomia consolidada a partir da EC n°. 45/04 não deixam margem para o enquadramento da Defensoria Pública na tradicional acepção de órgão veiculada pelo Direito Administrativo. Não cabe na moldura de órgão uma instituição dotada de tantas prerrogativas.

Outro avanço que merece destaque diz respeito às alterações introduzidas pela EC n°. 80/14, que modificou o Capítulo IV, anteriormente citado, relativo às Funções Essenciais à Justiça. A Defensoria Pública foi retirada da Seção III, que até então dividia com a Advocacia Privada, e passou a ocupar uma Seção própria, fato que lhe conferiu uma independência ainda maior, corroborando para a reforçar a tese aqui esposada.

Não obstante todos esses argumentos, o Supremo Tribunal Federal –STF –, até o início de 2017, não havia se manifestado expressamente sobre a natureza jurídica da Defensoria Pública. Nas oportunidades em que a matéria poderia ter sido examinada, a Corte Suprema optou pela análise tangencial do tema, focando na autonomia da instituição frente ao Poder Executivo, mas, ainda assim, confirmando o entendimento por ora defendido[7-8].

Cabe pontuar, por fim, que, do ponto de vista lógico, entender a Defensoria Pública como um órgão vinculado ao Poder Executivo contraria, primordialmente, a razão de ser da instituição. São recorrentes, na realidade da Defensoria, situações em que o litígio em questão traz num de seus polos um ente estatal. Dessa forma, é necessário pressupor a autonomia da Defensoria, sob pena de inviabilizar o propósito para o qual foi criada.

Toda a argumentação apresentada revela que a visão tradicional da Defensoria Pública como órgão vinculado ao Poder Executivo se encontra ultrapassada. A inovação legislativa trazida a partir da Carta de 1988, juntamente com as modificações sofridas até a atualidade, demandam uma releitura da natureza jurídica dessa instituição. E é imperativo que essa reflexão tenha como ponto de partida a análise de sua função constitucional, ou seja, do fator que motivou sua criação.

---

[7] Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n°. 3.569, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2007, publicado em 11/05/2007.

[8] Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n°. 4.056, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 07/03/2012, publicado em 30/03/2012.

Nesse sentido, embora as Funções Essenciais à Justiça não possam ser consideradas um quarto Poder, fica evidente que a esse quarto complexo orgânico foi atribuído o exercício de uma quarta função política: a função essencial de provedoria da justiça perante os demais Poderes do Estado. Além disso, é indispensável destacar a nomenclatura utilizada pelo constituinte originário: as funções não foram denominadas como "auxiliares" da Justiça, mas sim como "essenciais" à Justiça, manifestando, portanto, sua imprescindibilidade ao Estado Democrático de Direito[9].

Todas essas ponderações vão ao encontro da proposta de uma abordagem mais moderna da natureza jurídica da Defensoria Pública, que leva em conta, precipuamente, suas funções constitucionais. Nesse contexto, é possível afirmar que, como uma estrutura originária diretamente da Constituição e representativa da função de provedoria de justiça, a Defensoria acaba por se fixar num enquadramento *sui generis* extra-poder, apresentando natureza jurídica de Instituição Extra-Poder[10].

Definida a natureza jurídica da Defensoria Pública, passa-se à análise do segundo tema a compor o substrato teórico para o posterior estudo dos novos paradigmas da Defensoria Pública. Na qualidade de prerrogativa constitucional mais relevante conferida à Instituição, a autonomia ganha tópico exclusivo a seguir no qual se pretende examiná-la.

## 2.2 AUTONOMIA

Analisar a autonomia da Defensoria Pública é revisitar constantemente o exame de sua natureza jurídica. Conforme abordado no tópico anterior, as temáticas são diretamente relacionadas: a depender da natureza jurídica atribuída à instituição, maior ou menor será seu grau de autonomia, sendo que o contrário também é verdadeiro, pois o grau de autonomia é fator determinante na definição de sua natureza jurídica.

É possível afirmar que a Defensoria Pública já nasce dotada de autonomia desde a redação original da Carta de 1988, haja vista não estar subordinada a nenhum dos Três Poderes. Não obstante, a ausência de previsão expressa conferindo essa prerrogativa à instituição e a vinculação de

[9] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A Defensoria Pública na Construção do Estado de Justiça**, Revista de Direito da Defensoria Pública, Rio de Janeiro, 1995, ano VI, n.7, pág. 22.

[10] Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves da Silva, em sua obra Princípios Institucionais da Defensoria Pública (pág. 176), partindo das mesmas premissas, designam a Defensoria Pública como "Instituição Primária do Estado Democrático de Direito contemporâneo".

seu orçamento às contas do Executivo sustentavam, para parcela da doutrina, a tese de que a Defensoria seria mero órgão do Poder Executivo.

Somente a partir de 2004, pela EC n°. 45, foi outorgada, de forma expressa, autonomia à Defensoria Pública. Ao artigo 134 foi introduzido o parágrafo segundo, que conferiu às Defensorias Estaduais autonomia funcional, administrativa e financeira, essa última na forma de iniciativa de sua proposta orçamentária[11]. Posteriormente, com a EC n°. 74/13, essas autonomias foram estendidas às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal[12].

Mesmo diante da inequívoca redação, ainda assim a autonomia da Defensoria Pública é objeto de controvérsias. A diferenciação existente em relação à independência do Ministério Público, as reiteradas intervenções sofridas na prática pela instituição e as legislações estaduais que violam a Constituição Federal ao se omitirem as adaptações necessárias às previsões da EC n°. 80/14 constituem fatores que contribuem para a manutenção da polêmica atinente ao tema a ser examinado no presente tópico.

No que tange à autonomia expressa pela EC n°. 45/04, a autonomia funcional garante à Defensoria plena liberdade de atuação no exercício de suas funções institucionais, estando seus membros submetidos apenas aos limites impostos pela Constituição e pela lei. A instituição, portanto, fica imune a qualquer influência externa no exercício de sua atividade finalística, ou seja, é livre para atuar em face de quaisquer agentes, órgãos ou instituições, de caráter público ou privado, sempre que se fizer necessário[13].

A autonomia financeira se materializa na prerrogativa conferida à Defensoria de elaborar sua proposta de lei orçamentária dentro dos limites da lei de diretrizes orçamentárias, além da garantia de repasse dos recursos correspondentes às suas dotações orçamentárias em duodécimos. Nesse sentido, cabe à Defensoria delimitar os recursos financeiros necessários para a consecução de suas finalidades sem depender do Poder Executivo, tal qual acontecia anteriormente à EC n°. 45/04.

---

11 Art. 134 CF 88 (...) § 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

12 Art. 134 CF 88 (...) § 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 74, de 2013).

13 FAY, Ricardo Soriano; FAVRETO, Rogerio. **A Defensoria Pública e os honorários sucumbenciais em prol da defesa dos direitos fundamentais - A superação do Enunciado n°. 421 do STJ**. Revista Fórum Administrativo, Belo Horizonte, ano 16, n. 179, p. 65-76, jan. 2016, p. 69.

Já a autonomia administrativa permite à Defensoria Pública praticar, de forma independente, sem qualquer interferência dos demais Poderes, seus próprios atos de gestão. Assim, é permitido à instituição adquirir bens, contratar serviços, definir a lotação e a distribuição dos membros da carreira e dos servidores, entre outras faculdades reunidas sob o signo da gestão administrativa, financeira e de pessoal[14].

A autonomia legislativa, conforme já mencionado, diz respeito à possibilidade de apresentação de projeto de lei que veicule interesses exclusivos da instituição diretamente ao Poder Legislativo, sem necessidade de intermediação do Poder Executivo. Quanto a essa faculdade, um dos pontos que acaba se mostrando bastante relevante diz respeito à proposta de lei relativa à criação de cargos e serviços auxiliares da instituição, ao lado da fixação de sua política remuneratória, questões que ainda suscitam dúvidas.

A Constituição Federal define tanto o Ministério Público quanto a Defensoria Pública como funções essenciais à justiça, assim, em tese, caberia à Lei Maior atribuir a ambos idêntico tratamento quanto à sua independência. No entanto, não é o que se observa na prática, sendo tal comparativo o ponto de partida para o exame do tema.

Desde seu texto original, a Constituição de 1988 já outorgava expressamente ao Ministério Público autonomia funcional, administrativa e financeira, conferidas à Defensoria Pública somente com a EC n°. 45/04. Do mesmo modo verificou-se em relação à iniciativa de lei para criação de seus cargos e serviços auxiliares e fixação da respectiva política remuneratória, assegurada ao Ministério Público desde 1988, e, para a Defensoria, de forma expressa, somente a partir da EC n°. 80/14[15].

Algumas constituições estaduais, a exemplo da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, foram sendo modificadas já a partir da EC n°. 45/04, consignando a prerrogativa de proposta de lei à Defensoria de maneira explícita[16]. Não obstante, a maioria dos Estados optou por não espe-

[14] FAY, Ricardo Soriano; FAVRETO, Rogerio, op. cit., p. 69.

[15] Art. 127 CF 88 (...) § 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

[16] Art. 121 Constituição do Estado do Rio Grande do Sul (...) § 1.º À Defensoria Pública é assegurada autonomia funcional, administrativa e orçamentária, cabendo-lhe, na forma de lei complementar: (...) III - propor à Assembleia Legislativa a criação e a extinção de seus cargos e serviços auxiliares, bem como a fixação dos vencimentos de seus membros e servidores.

cificar essa garantia em suas Constituições, ampliando ainda mais o debate sobre os limites da autonomia administrativa, se abrangeria ou não a iniciativa de lei para criação de cargos e definição de política remuneratória.

Em 2007, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre o tema na Ação Direta de Inconstitucionalidade n°. 3.569, de Pernambuco. No julgado, o entendimento adotado pelo Tribunal foi de que a autonomia administrativa não abrangeria a prerrogativa para propositura de lei sobre cargos e salários. Segundo o Ministro Sepúlveda Pertence, não obstante a autonomia administrativa inserida no texto constitucional pela EC n°. 45/04, a iniciativa de lei para criação de cargos e serviços auxiliares, bem como a fixação de política remuneratória, teria permanecido sob a competência do Executivo, visto que entendimento contrário violaria o art. 61, § 1°., da Constituição Federal[17].

Posteriormente, com o advento da EC n°. 80/14, foi incluído o parágrafo quarto ao artigo 134, que determina a aplicação, no que couber, do disposto nos artigos 93 e 96, inciso II, da Constituição Federal, também à Defensoria Pública[18]. O artigo 96, inciso II, confere ao Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores e Tribunais de Justiça a iniciativa de projeto de lei para criação de seus cargos e serviços auxiliares e para definição de sua política remuneratória. Dessa maneira, fazendo as adaptações devidas à Defensoria, seu órgão máximo, o Defensor Geral, passou a ter, a partir dessa emenda, a mesma competência.

Mesmo diante da taxatividade da Constituição Federal, muitos Estados ainda permanecem silentes quanto à promoção das adaptações devidas em suas respectivas Constituições. E essa inércia legislativa funciona como subterfúgio para que muitos Estados da Federação mantenham nas mãos do Executivo a iniciativa de lei para criação de cargos e fixação de subsídios.

Em verdade, é possível afirmar que essa postura omissiva por parte dos Estados já remonta à própria EC n°. 45/04, visto que, de fato, a autonomia administrativa da Defensoria foi consagrada a partir dessa emenda e, inegavelmente, abarca a deliberação para criação de cargos e respectiva política remuneratória. Nesses termos, é permitido afirmar que os Estados

[17] Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n°. 3.569, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2007, publicado em 11/05/2007.

[18] Art. 134 CF 88 (...) § 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014).

que mantiveram essa iniciativa de lei vinculada ao Executivo, desde a EC n°. 45 já incorrem em violação à Constituição.

Sob esse ângulo, aprofundando-se na análise da evolução dessas normas constitucionais, e, principalmente, percebendo-se a necessidade de se instituir um texto de lei cada vez mais claro e expresso, fica evidente a dificuldade enfrentada pela Defensoria para, de fato, usufruir da autonomia que a Constituição Federal lhe assegura. É curioso observar que, às alterações legislativas tornando mais inequívoca sua autonomia seguem-se argumentações com manifesto intuito de justificar e perpetuar a intervenção do Executivo, numa clara tentativa de enfraquecer a independência então alcançada.

É inquestionável a repercussão dessa interferência no cotidiano da Defensoria. A dependência em relação ao Executivo para o encaminhamento de determinadas propostas legislativas, por exemplo, pode ser utilizada pelo Chefe desse Poder para exercer pressão sobre o Defensor Público-Geral a fim de que a instituição não adentre em determinadas matérias sensíveis à Administração Pública[19]. E não é necessário um grande exercício de imaginação para visualizar no plano fático esse cenário, bastando lembrar a forte atuação da Defensoria nas ações ajuizadas contra o Estado buscando o fornecimento gratuito de medicamentos à população carente.

É curioso observar, nesse contexto, que essa ingerência do Executivo é justamente possível no espaço deixado pela legislação que regulamenta a Defensoria, que ainda se apresenta demasiadamente heterogênea e que, em alguns Estados, viola frontalmente as garantias mais básicas da instituição asseguradas pela Constituição Federal. O resultado desse ciclo que se retroalimenta é uma Defensoria Pública enfraquecida em um de seus atributos mais importantes, que é a autonomia, influenciando diretamente na capacidade de a instituição atender as demandas para as quais foi criada.

A consolidação da autonomia da Defensoria Pública é o primeiro passo para que se possa concretizar o desígnio do constituinte originário quando da concepção dessa instituição. Somente com o fortalecimento desse atributo é possível conferir à Defensoria uma estrutura mais moderna e mais afinada com o objetivo de oferecer amplo acesso à justiça à população carente.

[19] FRANKLIN, Roger Alves da Silva; ESTEVES, Diogo. *Op. cit*., p. 43.

Nesse sentido é a proposta de estudo dos próximos tópicos do presente artigo. Gozando de autonomia plena, a Defensoria Pública está apta a se estabilizar como uma instituição extra-poder, afastando qualquer dúvida ainda remanescente sobre sua independência em relação a todos os Três Poderes, podendo, assim, firmar-se como uma das mais importantes estruturas estatais garantidoras da efetivação dos direitos humanos.

## 3 NOVOS PARADIGMAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Analisadas sua natureza jurídica e sua autonomia, restam delimitados os contornos atuais da Defensoria Pública. Pontuadas essas premissas, parte-se para o exame dos novos paradigmas da instituição, representados, para o presente estudo, no reconhecimento e consolidação da Defensoria Pública como Instituição Extra-Poder e como instrumento de efetivação de direitos humanos.

### 3.1 DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTITUIÇÃO EXTRA-PODER

Delineado o cenário em que atualmente se insere a Defensoria Pública, o presente artigo avança, propondo-se a abordar as perspectivas futuras da instituição. Para tanto, a Defensoria será examinada em seu aspecto orgânico como estrutura extra-poder, caracterização que melhor se coaduna com a natureza jurídica de Instituição Extra-Poder e que confere a ela maior aptidão ao desempenho das funções outorgadas pela Constituição Federal.

Conforme já pontuado, os principais obstáculos enfrentados pela Defensoria Pública estão representados na interferência externa, principalmente por parte do Poder Executivo, e na violação às garantias institucionais asseguradas pela Constituição Federal. Assim, é possível reuni-los sob o signo da ingerência sofrida pela instituição sobre sua autonomia.

Ao encontro dessas problemáticas, tem-se que qualquer solução possível converge, necessariamente, no reconhecimento e na consolidação da Defensoria Pública como uma verdadeira instituição extra-poder. Essa natureza jurídica, por sua vez, tem como fundamento constitucional a função precípua da Defensoria de promover o amplo acesso à justiça à população carente.

Dessas proposições é possível extrair duas importantes premissas. A primeira é de que a consolidação da Defensoria como instituição extra-po-

der não demanda uma quebra de paradigma legislativo, haja vista essa natureza jurídica fundamentar-se na sua função institucional, papel delimitado desde a redação originária da Constituição Federal. A segunda de que, ao demarcar a função da Defensoria, já fica evidente a impossibilidade de atribuir-lhe natureza jurídica diversa de instituição extra-poder, visto que é justamente a inexistência de vínculo com os Três Poderes que a permite cumprir seu papel na ordem jurídica.

Não se trata da necessidade de quebra de um paradigma legislativo, tendo em vista a Constituição Federal ter concebido a Defensoria, desde seu texto originário, como uma instituição desvinculada dos Três Poderes expressamente consignados. A Defensoria nasce, ao lado do Ministério Público, compondo um quarto complexo orgânico, intitulado "Funções Essenciais à Justiça", o qual, embora não configure um Poder propriamente dito, foi incumbido da função essencial de provedoria da Justiça[20].

A regulamentação originária da Defensoria, mesmo concisa, em sua essência já se mostrava suficiente para assegurar a maioria das garantias constitucionais atualmente consagradas, conferindo, assim, seus contornos de instituição extra-poder. As alterações implementadas no texto constitucional, inclusive, estão mais próximas de um enfrentamento às interferências sofridas pela instituição, do que propriamente a consagração, ampliação ou especificação de garantias.

Ainda sob essa perspectiva, é possível refletir sobre uma proposta mais moderna acerca do enquadramento da Defensoria Pública na estrutura do Estado. Essa releitura parte da premissa de que o Poder Estatal representa uma unidade, admitindo-se a divisibilidade de suas manifestações apenas por meio das funções a serem por ele desempenhadas. Nesse sentido, o conceito orgânico de poder, marcado pela divisão do Poder Estatal em órgãos diversos, cederia espaço para o conceito funcional de poder, cuja característica primordial é entender o Poder como uno em sua essência – resultado de uma concentração sócio-política –, mas divisível em seu exercício – produto de uma descentralização juspolítica[21].

Essa mudança de enfoque exerce importante papel na consolidação da Defensoria Pública como instituição extra-poder, tendo em vista que, ao romper com a divisão tradicional do Poder Estatal, desobriga que a cada

[20] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; Op. cit., p. 22.

[21] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; Op. cit., p. 22.

função estatal corresponda um dos Três Poderes da concepção tradicional de Montesquieu. Nessa perspectiva, o critério de segmentação do Poder Estatal passa a ser suas próprias funções, abrindo espaço para estruturação de complexos orgânicos diversos, incumbidos de encargos também estatais, mas que, em virtude de suas peculiaridades, demandam desvinculação dos complexos tradicionalmente admitidos.

A necessidade de se levantar a tese da Defensoria como uma instituição extra-poder acontece nesse hiato da prevalência da abordagem orgânica que ainda se verifica. O objetivo principal desse entendimento é garantir à Defensoria plena autonomia frente aos Poderes clássicos expressamente instituídos no texto constitucional. Assim, pacificada a divisão fundada no critério funcional, considerada a unidade do Poder Estatal, essa segmentação em funções já seria suficiente para impedir a interferência de um complexo orgânico no outro, independente de identificação orgânica no texto constitucional, dispensando até a qualificação "extra-poder".

Cumpre apontar ainda que, embora não se verifique na Constituição de 1988 uma opção expressa por uma dessas duas abordagens, no Título IV, referente à Organização dos Poderes, a Carta Magna emprega o vocábulo "Poderes" nos Capítulos de I a III, coexistindo com a expressão "Funções" no Capítulo IV. Ou seja, mesmo que não se aplique à totalidade das funções estatais, há funções que se exercem fora dos complexos orgânicos intitulados Poderes e que compõem a Organização do Estado.

Nesse ponto fica evidente que a legislação que ampara a Defensoria se mostra acertadamente estruturada: desde sua origem, a Constituição Federal emprega o critério funcional para separar Defensoria Pública, Ministério Público e Advocacia das demais funções estatais, fato comprovado pelo título sob o qual se reúnem – "Funções Essenciais à Justiça". Ou seja, em tendo designado a Defensoria pela função por ela exercida, do silêncio em não alocá-la em nenhum dos Três Poderes conclui-se por sua característica de instituição extra-poder desde a redação originária da atual Constituição.

Esse caráter extra-poder, conforme já pontuado, além disso, vem sendo fortalecido tanto por intermédio da legislação, quanto da jurisprudência. As Emendas Constitucionais n°. 45/04, 74/13, 80/14 e as alterações implementadas na Lei Complementar n°. 80/94 pela Lei Complementar n°. 132/09 ampliaram e consolidaram a autonomia da Defensoria Pública, reforçando esse entendimento.

E, embora não tenha se manifestado expressamente acerca da natureza jurídica da Defensoria, o Supremo Tribunal Federal, em reiteradas decisões sobre o tema, vem acompanhando essa evolução, posicionando-se pela autonomia da instituição frente aos demais Poderes. No geral, as matérias submetidas a julgamento dizem respeito a leis estaduais que se propunham a submeter a Defensoria ao Executivo estadual, tendo sido declaradas inconstitucionais por afrontarem a garantia da autonomia da instituição insculpida no artigo 134, § 2º., da Constituição Federal.[22-23-24]

Dentre as decisões mencionadas, merece destaque a Ação Direta de Inconstitucionalidade n°. 3.569, de Pernambuco, julgada em 2007. A própria ementa do julgado é expressa em enfatizar que a norma consagrada no artigo 134, § 2º., da Constituição Federal, que confere autonomia à Defensoria Pública, materializa norma autoaplicável e de eficácia plena, haja vista a Defensoria ser um instrumento de efetivação de direitos humanos[25].

Segundo o Supremo, portanto, a autonomia da Defensoria seria atributo derivado da função a ela outorgada pelo constituinte. Nesse sentido, a estrutura extra-poder da Defensoria tem por fundamento constitucional a função outorgada pelo constituinte originário de promover o acesso à justiça à população carente, materializando importante instrumento de efetivação de direitos humanos.

O Supremo parte de uma abordagem eminentemente funcional, da qual lança mão para inserir a Defensoria Pública entre os entes cuja base legal é o texto constitucional e para justificar a independência deles em relação aos Poderes expressamente consagrados. Fica evidenciado, portanto, que, como complexo orgânico, a Defensoria tem sua existência condicionada à função delimitada pelo constituinte originário, ou seja, a função não apenas precede sua estrutura, como a justifica e fundamenta.

Assim, antes de existir como um complexo orgânico, materializado numa instituição extra-poder, a Defensoria Pública existe como ente responsável pela promoção da justiça, isto é, como instrumento de efetivação

[22] Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n°. 3.569, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2007, publicado em 11/05/2007.

[23] Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n°. 4.056, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 07/03/2012, publicado em 30/03/2012.

[24] Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - Medida Cautelar n°. 307, Rel. Min. Dias Toffoli, tribunal Pleno, julgado em 19/12/2013, publicado em 27/03/2014.

[25] Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n°. 3.569, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2007, publicado em 11/05/2007.

de direitos humanos. E essa precedência da função em relação à estrutura sinaliza que o reconhecimento e a consolidação da Defensoria como instituição extra-poder ultrapassa a análise de questões orgânicas, remetendo-se à necessidade de valorização da função desempenhada pela instituição na efetivação de direitos humanos, assunto que será objeto de estudo do tópico a seguir.

## 3.2 DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Os principais obstáculos enfrentados pela Defensoria na atualidade compreendem a ingerência perpetrada por parte dos Poderes tradicionais e a violação às suas garantias institucionais. A delimitação dessas problemáticas permite concluir que as soluções para esses entraves passam, necessariamente, pelo reconhecimento e consolidação da Defensoria Pública como instituição extra-poder.

Em se tratando do combate à interferência de um Poder sobre um ente de matriz constitucional, a viabilização desse processo somente é possível a partir da intervenção do Poder Judiciário, na pessoa de sua Corte Suprema, responsável por ditar a palavra final sobre a Constituição. E o fundamento constitucional para a vedação a essa intromissão se remete ao papel desempenhado pela Defensoria na consolidação do Estado Democrático, qual seja a promoção do acesso à justiça à população pobre, função que a destaca como instrumento de efetivação de direitos humanos.

A criação de qualquer ente estatal tem como objetivo a satisfação de uma necessidade da população. A estrutura orgânica desse ente, portanto, é constituída de forma a torná-lo apto à melhor execução de suas tarefas. Ou seja, o ente estatal e o complexo orgânico que ele materializa existem pela única razão de desempenhar a função outorgada pela lei ou pela Constituição, que é a sua razão de ser.

Em relação à Defensoria Pública, esse destaque de sua função é ainda mais especial. Isso porque, em suas origens mais remotas, a Defensoria vinha inserida no corpo do Estado sob a forma de serviço assistencial prestado pela Administração, não havendo previsão sequer de órgão próprio incumbido desse mister[26].

[26] FRANKLIN, Roger Alves da Silva; ESTEVES, Diogo. Op. cit., p. 22.

Essa ênfase pode ser observada também quando da sua incorporação à Carta de 88, tendo o constituinte originário optado por designá-la entre as "Funções Essenciais à Justiça". Já nessa previsão constante da redação originária da Carta é possível vislumbrar a Defensoria como instrumento de efetivação de direitos humanos.

A abordagem da Defensoria Pública a partir de sua função de guardiã de direitos humanos vai ao encontro de uma perspectiva mais moderna da instituição, com destaque para o seu papel diante dos novos paradigmas de Direito Internacional. O conceito de cidadania vem sofrendo mudanças substanciais nos últimos anos, expandindo-se e permitindo ao cidadão titularizar não apenas direitos privados e públicos, passando a englobar também inúmeros interesses difusos e coletivos. Nesse quadro de reformulação do conceito de cidadania, a defesa técnica dos interesses vai deixando de ser meramente auxiliar, passando a se tornar imprescindível[27].

A defesa técnica se reveste de essencialidade na medida em que representa o desdobramento do princípio da igualdade tanto entre as partes em juízo, quanto perante o Poder Público. A chamada "paridade de armas" da Teoria do Processo somente é efetivamente possível quando todos os litigantes estão tecnicamente assistidos.

É nesse contexto de promoção do direito fundamental igualdade que o múnus desempenhado pela Defensoria configura uma função essencial à justiça. Não se trata, portanto, de uma função auxiliar ou dispensável, mas de um verdadeira função essencial, tão imprescindível à existência do Estado Democrático de Direito quanto qualquer uma das demais do mesmo Título IV, submetendo-se, portanto, ao mesmo princípio da harmonia e independência entre as manifestações de Poder do Estado[28].

Por fim, cabe destacar que o vocábulo "Justiça" contido na expressão "Funções Essenciais à Justiça" merece ser entendido para além do sentido orgânico que ela carrega, ou seja, para além da função jurisdicional operacionalizada pelo Poder Judiciário. A "Justiça", nesse caso, deve abarcar todas as manifestações do poder estatal, referindo-se à realização da justiça como valor equidade que Estado Democrático de Direito se compromete a promover e resguardar[29].

---

27 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 20.

28 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 20.

29 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 20.

Ainda no que tange aos trabalhos desenvolvidos pela Defensoria Pública como uma instituição extra-poder voltada à efetivação de direitos humanos, esse papel ganha destaque ainda maior quando vislumbrado no plano internacional. O Brasil é signatário de inúmeros Tratados Internacionais de Direitos Humanos, por intermédio dos quais assume diversos compromissos para promoção dessa categoria de direitos.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, amplamente conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, assinada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, vigente no plano internacional a partir de 1978, materializa o documento mais relevante sobre o tema. No plano legislativo interno, esse tratado representou as bases para o reconhecimento da Defensoria Pública como instituição voltada à promoção dos direitos humanos, tendo sido incorporada ao ordenamento brasileiro por intermédio Decreto n°. 678 de 6 de novembro de 1992.

A Convenção estipula uma série de garantias judiciais como expressão dos direitos humanos que os países signatários se obrigam a assegurar. Em previsão que se relaciona diretamente à Defensoria Pública, é possível mencionar seu artigo 8, item 2, alínea "e", que estabelece que toda pessoa tem o direito irrenunciável de, durante o processo, ser assistida por um defensor proporcionado pelo Estado[30].

Nesse contexto, fica evidente a relevância da Defensoria Pública na efetivação dos direitos humanos, ademais, vale lembrar, porque aos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos foi conferida a hierarquia de norma supralegal. A Defensoria trata-se, na feliz expressão empregada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, de um "direito a ter direitos"[31], sobressaindo-se, nesse aspecto, seu caráter de instrumental frente à implementação dos direitos humanos.

O compromisso de assegurar certos direitos gera, por consequência, a necessidade de garantir mecanismos que permitam seu exercício pleno. Nesse contexto, foi assinado, em 1998, o Protocolo de San Salvador – Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Maté-

[30] Artigo 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Garantias Judiciais (...) 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei.

[31] Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios n°. 598.612, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 15/06/2009, publicado em 22/07/2009.

ria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Esse acordo foi incorporado ao ordenamento pátrio pelo Decreto n°. 3.321, em 1999, e, nos seus termos, ao lado dos demais países signatários, o Brasil se obrigou a adotar as medidas legislativas necessárias para se atingir a plena efetividade dos direitos nela reconhecidos.

Os compromissos internacionais assumidos por intermédio desses Tratados revelam a importância em se reconhecer e consolidar a Defensoria Pública como instrumento de efetivação dos direitos humanos através de seu fortalecimento como instituição extra-poder. Mais do que isso, a consolidação da autonomia da Defensoria, em verdade, dá efetividade ao conteúdo normativo veiculado nos referidos acordos internacionais, fundamentando, também no plano internacional, o compromisso do Brasil em promover o acesso à justiça aos necessitados como expressão de seu comprometimento com a promoção dos direitos humanos.

Esses acordos internacionais refletiram também no plano legislativo interno, produzindo profundas alterações nas normas regulamentadoras da Defensoria Pública. A primeira mudança se operou na Lei Complementar n°. 80 de 1994, a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, alterada pela Lei Complementar n°. 132 em 2009. Seu artigo 1º, que antes repetia a redação original do artigo 134 da Constituição Federal, que se limitava a definir a Defensoria como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, passou a ostentar uma redação mais abrangente, caracterizando-a como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados. Assim, no plano legislativo interno, a Defensoria passou a ostentar o status expresso de instrumento de concretização de direitos humanos.

Não obstante essa previsão expressa ter alcançado status constitucional somente em 2014, no ano de 2007, o Supremo Tribunal Federal já a empregava como argumento para justificar a inconstitucionalidade de norma que violava a autonomia da Defensoria Pública de Pernambuco. Na já mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade n°. 3.569, de Pernambuco, o Tribunal fixou o entendimento de que a norma insculpida no artigo 134, § 2º., da Constituição Federal, que assegura a autonomia das Defensorias Estaduais, configura norma autoaplicável e de eficácia plena, tendo em vista a Defensoria Pública caracterizar instrumento de efetivação de direi-

tos humanos[32]. O mesmo argumento foi novamente utilizado em 2012, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n°. 3.965, de Minas Gerais, para proclamar a inconstitucionalidade de lei mineira que visava à incorporação da Defensoria Pública estadual ao Poder Executivo do Estado[33].

Cabe lembrar que, em 2016, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n°. 5296, do Distrito Federal, o Supremo sinalizou seu posicionamento pela autonomia plena da Defensoria, que, portanto, englobaria a iniciativa de lei para criação de cargos e fixação de política remuneratória. Na ação foi questionada a constitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 134 da CF, inserido pela EC n°. 74/13, que estende a autonomia das Defensorias Estaduais à Defensoria Pública da União e que então teria respaldado a concessão de auxílio-moradia aos Defensores Públicos da União. Não obstante a decisão tenha sido proferida em sede cautelar, vale ressaltar que a maioria dos Ministros, inclusive a Relatora Ministra Rosa Weber, manifestou-se pela constitucionalidade do dispositivo, corroborando com o entendimento por ora defendido[34].

Posteriormente, em 2014, por intermédio da Emenda Constitucional n°. 80, a redação do artigo 1º. da Lei Complementar 80/1994 já alterada foi reproduzida no artigo 134 da Constituição Federal. Assim, a Defensoria Pública passou a figurar como instrumento de promoção de direitos humanos também no plano constitucional.

Vale citar, por fim, que, no mesmo ano de 2014, foi aprovada, no âmbito da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, a Resolução nº 2.821 (XLIV-O/14). A normativa em questão teve por objeto a fixação de compromissos para o fortalecimento da autonomia e da estrutura da Defensoria Pública Oficial, consolidando sua atuação na garantia do acesso à justiça, indo ao encontro da regulamentação já vigente.

Não obstante a congruência do arcabouço legislativo sobre o qual repousa, concatenado aos compromissos assumidos pelo Brasil na ordem internacional, a Defensoria Pública ainda é objeto de constantes violações em sua autonomia. Tal afirmativa é comprovada pelas ações que ainda tra-

[32] Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n°. 3.569, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2007, publicado em 11/05/2007.

[33] Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n°. 3.965, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 07/03/2012, publicado em 30/03/2012.

[34] Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n°. 5.296 - Medida Cautelar, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 18/05/2016, publicado em 11/11/2016.

mitam no STF nas quais se discute a constitucionalidade das emendas que tornaram a autonomia uma garantia expressa da instituição[35-36].

O posicionamento da Corte Suprema tem sido reiterado no reconhecimento da constitucionalidade das normas que conferem autonomia à Defensoria, e os argumentos que o justificam e que vêm ganhando maior destaque relacionam-se à sua função de promoção dos direitos humanos. Nessa perspectiva, a jurisprudência da Corte Constitucional vem firmando entendimento que vai ao encontro da tese advogada no presente estudo: a autonomia da Defensoria Pública constitui atributo orgânico intrínseco à sua estrutura, haja vista qualificá-la como instituição extra-poder e sua ausência determinar a impossibilidade de exercício do seu múnus constitucional que, por sua vez, constitui o fundamento constitucional da própria instituição e que a qualifica como instrumento essencial na efetivação dos direitos humanos.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo da Defensoria Pública passa, necessariamente, pela abordagem de sua posição na estrutura do Estado e de seu múnus constitucional. A razão de ser da própria instituição e, por conseguinte, de sua estrutura se assenta na função que motivou sua criação.

Em sua redação original, a Constituição Federal atribuía à Defensoria a tarefa de promover o acesso à justiça aos necessitados. Passadas algumas emendas ao seu texto, a par desse papel, coube à Defensoria um múnus ainda mais abrangente, consubstanciado na promoção dos direitos humanos.

Não obstante a relevância desse papel na qualidade de sustentáculo do Estado Democrático de Direito, a Defensoria Pública ainda enfrenta diversos obstáculos na realização de seu mister. As principais dificuldades dizem respeito à interferência perpetrada pelos demais Poderes, precipuamente pelo Poder Executivo, e à violação de suas garantias institucionais consagradas no texto constitucional.

A inexistência de previsão constitucional expressa fixando sua natureza jurídica e a consequente tentativa de enquadrá-la compulsoriamente

[35] Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n°. 5.296 - Medida Cautelar, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 18/05/2016, publicado em 11/11/2016.

[36] Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n°. 4.282, Rel. Min. Rosa Weber, pendente de julgamento em 04/12/2017.

em um dos Poderes da divisão tradicional de Montesquieu constituem terreno fértil para manobras que deixam transparecer um fim maior que é enfraquecer a autonomia da Defensoria e, consequentemente, a própria instituição. Partindo dessas premissas, o presente estudo se propôs a analisar por qual caminho passam as soluções para esses entraves.

Examinada a legislação que regulamenta a instituição, fica evidente que a questão não se põe na necessidade de constituir a Defensoria Pública como uma instituição extra-poder. Toda a autonomia e independência passíveis de serem conferidas à Defensoria já se encontram consagradas na Constituição Federal e, inclusive, nos Tratados Internacionais relativos ao tema aos quais o Brasil manifestou adesão.

A solução vai, portanto, além, passando pelo reconhecimento e pela consolidação da Defensoria Pública como instituição extra-poder. Nesse sentido, em se observando que a problemática diz essencialmente sobre a interferência de Poderes constitucionalmente fixados em ente também dotado de respaldo direto na Constituição, fica evidente que a resposta imediata se encontra no socorro advindo do Poder Judiciário.

Nesse contexto, é imprescindível repensar a clássica divisão orgânica dos Três Poderes e, ao mesmo tempo, a possível superação do enfoque orgânico que fundamenta a segmentação das manifestações do poder estatal. Partindo-se para um enfoque funcional, o Poder estatal pode ser visto como uno, fragmentando-se em funções, em detrimento da divisão em complexos orgânicos de outrora. Assim, fica permitido o reconhecimento no plano constitucional das funções de provedoria de justiça como independentes das atribuições usuais reunidas nas figuras dos Poderes Tradicionais.

Somente com essa mudança de enfoque é possível conferir à Defensoria a autonomia que a instituição requer e a importância que ela de fato possui. Isto porque esse nova perspectiva permite que as atenções sejam redirecionadas para o fundamento constitucional da instituição, que é a promoção dos direitos fundamentais mais básicos.

A partir dessa reformulação de abordagem, a Defensoria ganha espaço para se consolidar como uma instituição extra-poder, podendo exercer sua autonomia de forma plena. E, como consequência, estará habilitada ao exercício do sua mais importante missão na estrutura do Estado Democrático de Direito, que é ser instrumento de efetivação de direitos humanos.

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


ALEXANDRE, Ana Cláudia da Silva. **A Defensoria Pública e sua autonomia Constitucional**. Disponível em <http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/impressao?materia=14613>. Acesso em 3 de setembro de 2016.

ALMEIDA, Renato Franco de. Comentários à Jurisprudência - Inconstitucionalidade de Lei Estadual que confere atribuições à Defensoria Pública - ADI n°. 3.022-1/2004. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n°.8, p. 567-576, jan. 2007.

ALVES, Cleber Francisco. PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à Justiça em preto e branco: retratos institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Defensoria Pública**. 5ª. Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito**. Barueri: Manole, 2007.

BORGE, Felipe Dezorzi. **Defensoria Pública: uma breve história**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2480, 16 abr. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14699>. Acesso em 3 de setembro de 2016.

BORGES, NETTO, André L. **A autonomia financeira da defensoria pública estadual e sua iniciativa reservada para projetos de leis**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI12748,41046A+autonomia+financeira+da+defensoria+publica+estadual+e+sua>. Acesso em 6 de setembro de 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira. **Acesso à Justiça: Defensoria e Reforma do Judiciário**. Cidadania e justiça. Rio de Janeiro, Associação dos magistrados brasileiros, 1999. n.7, p.51-54.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30ª. Edição. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Acesso à Justiça: Defensoria Pública e Reforma do Judiciário. **Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro, Associação dos Magistrados Brasileiros, 1999. n.7, p. 51-54.

CARVALHO, Leandro Coelho de. As atribuições da Defensoria Pública sob a ótica do acesso à ordem jurídica justa. **Revista de Processo**, São Paulo, v.33, n.156, p. 204-224, fev. 2008.

COSTA, Nelson Nery. **Manual do Defensor Público**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

DEVISATE, Rogério dos Reis. Categorização: Um ensaio sobre a defensoria publica. **Revista de Direito da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro, Defensoria Pública Geral, v. 19, p. 365-376, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª. Edição. São Paulo: Atlas, 2014.

FAY, Ricardo Soriano; FAVRETO, Rogério. A Defensoria Pública e os honorários sucumbenciais em prol da defesa dos direitos fundamentais - A superação do enunciado nº 421 do STJ. **Fórum Administrativo: Direito Público**, Belo Horizonte, v. 16, n.179, p. 65-76, jan. 2016.

FRANKLIN, Roger Alves da Silva; ESTEVES, Diogo. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**: de acordo com a Emenda Constitucional 74/2013. Rio de Janeiro, Forense, 2014.

GALLIEZ, Paulo César Ribeiro. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

JUNKES, Sérgio Luiz. **Defensoria Pública e o Princípio da Justiça Social**, Curitiba: Juruá, 2005.

JUNKES, Sérgio Luiz. A defensoria pública no Brasil: aspectos funcionais e estruturais. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v.9, n.16, p. 143-159, jul. 2003.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; REIS, Gustavo Augusto Soares. **O Novo Desenho Constitucional da Defensoria Pública**: autonomia. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 920, junho/2012, p. 449-465.

MAFFINI, Rafael da Cás. **Elementos de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTEIRO, Fagner César Lobo. **Breves considerações acerca do papel da defensoria pública na evolução do acesso à Justiça**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 78, jul 2010. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8033&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 3 de setembro de 2016.

MORAES, Guilherme Peña de. **Instituições da Defensoria Pública**, São Paulo: Malheiros, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Funções Essenciais à Justiça**. In: Tratado de Direito Constitucional. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Defensoria Pública na Construção do Estado de Justiça. **Revista de Direito da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro, Procuradoria-Geral da Defensoria Pública, 1995. n.7, p. 15-41.

NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. A Nova Defensoria Pública e o Direito Fundamental de Acesso à Justiça em uma Neo-Hermenêutica da Hipossuficiência. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre , n. 70, p. 25-44, mar. /abr. 2011.

OLIVEIRA, Maria Beatriz Bogado Bastos de. A Defensoria Pública como Garantia de Acesso à Justiça. **Revista de Direito da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro, defensoria publica geral,; v. 16, p. 316-362. 2000.

PASSADORE, Bruno de Almeida. **Autonomia da Defensoria e Súmula n°. 421**: breves considerações. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-set-13/tribuna-defensoria-autonomia-defensoria-sumula-421-stj-breves-consideracoes>. Acesso em 13 de setembro de 2016.

PRADO, Larissa Pilar. A Defensoria Pública como Instrumento de Efetivação de Direitos Humanos: Comentários ao Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n°. 599.620 - Maranhão - de 27/10/2009. **Revista da AJURIS**: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre , v. 38, n. 123, p. 369-382, set. 2011.

RAGAZZI, José Luiz; DA SILVA, Renato Tavares. A Defensoria Pública como Instrumento de Promoção dos Direitos Humanos - Uma Leitura Inicial da EC 80/2014. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**: São Paulo v. 22, n. 88, p. 197-207, jul./set. 2014.

ROCHA, Paulo Osório Gomes. Concretização de direitos fundamentais na perspectiva jurídico-constitucional da defensoria pública: um caminho ainda a ser trilhado. **Direito Público Porto Alegre**, n. 17, p. 141-161, jul./set. 2007.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª. Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Paulo Maycon Costa da. Defensoria Pública Estadual: não incidência do parágrafo único do artigo 22 da Lei de Responsabilidade Fiscal. **Revista da AJURIS**: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre , v. 37, n. 117, p. 297-309, mar. 2010.

SOUSA, José Augusto Garcia de. Solidarismo Jurídico, acesso a justiça e funções atípicas da Defensoria Pública: A aplicação do método instrumentalista na busca de um perfil institucional adequado. **Revista de Direito da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro, defensoria publica geral, v. 19, p. 215-258. 2004.

SOUZA, Francisco Bastos Viana de. O Defensor Público como Agente Político do Estado. **Revista de Direito da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro, Procuradoria-Geral da Defensoria Pública, 1997. v.11, p.49-52.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder**: uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Editora Memória Jurídica, 2002.

VELOSO, Zeno; SALGADO, Gustavo Vaz (coord.). **Reforma do Judiciário Comentada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

# O MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE MULHERES NA COMARCA DE PORTO ALEGRE

**Vanessa Chiari Gonçalves**[1]
**Ceres Danckwardt**[2]

**RESUMO:** O uso da prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica, no âmbito da execução penal, está previsto na legislação brasileira tanto para indivíduos condenados que cumprem pena no regime semiaberto e estejam em situação de saída temporária, como para aqueles que cumprem pena no regime aberto. Diante das precárias condições das prisões brasileiras e da ausência de vagas no regime semiaberto, o juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre, decidiu estender a prisão domiciliar, com tornozeleira eletrônica, para alguns indivíduos que cumprem pena no regime semiaberto. Desse modo, foi realizada uma pesquisa de campo que consistiu no acompanhamento, pelo período de um ano, de 28 de outubro de 2015 a 01 de novembro de 2016, das 92 mulheres que cumpriam pena em prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica, na referida Comarca. Mapearam-se os tipos de delitos praticados, a primariedade ou não das condenadas e as eventuais ocorrências durante o período de acompanhamento. Conclui-se que o monitoramento eletrônico, quando bem aplicado, pode ser um importante instrumento no combate à reincidência penal e na busca pela reintegração familiar e social das condenadas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Encarceramento Feminino. Monitoramento Eletrônico. Reincidência. Reintegração Social. Superlotação Carcerária.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 O Monitoramento Eletrônico e o Encarceramento em Massa de Mulheres no Brasil. 3 A Experiência do Monitoramento Eletrônico para Condenadas no Regime Semiaberto em Porto Alegre. 4 Conclusão. 5 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Michel Foucault, em sua clássica obra Vigiar e Punir, destaca as principais formas de adestramento dos corpos e das mentes no espaço do cár-

[1] Doutora em Direito pela UFPR, Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS, Professora Adjunta de Direito Penal e Criminologia da UFRGS e advogada.

[2] Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS e advogada.

cere: a vigilância hierárquica, a sanção normalizadora e o exame. Nesse contexto, o modelo Panóptico, inspirado na penitenciária em formado circular, idealizada por Jeremias Bentham, representaria a arquitetura adequada para que esses três instrumentos disciplinares fossem implementados. Ocorre que, aos problemas apontados pelo autor no decorrer da obra mencionada, somaram-se muitos outros. Isso ocorreu porque desde o surgimento e da expansão da pena privativa de liberdade, ainda no século XIX, a superlotação despontou de maneira evidente como um empecilho ao objetivo de controle estatal dos condenados[3].

Na atualidade, os indivíduos encarcerados, amontoados e sem proteção do Estado nas penitenciárias brasileiras, são disciplinados por facções criminosas, que os exploram economicamente e os absorvem como mãos de obra para o tráfico de drogas. Os mecanismos de adestramento são aplicados conforme as normas da facção, que admite a pena de morte para os delatores, os devedores e os indisciplinados, dentro da lógica do grupo criminoso que está no comando.

A presença de facções criminosas nas penitenciárias ou nas unidades prisionais femininas também consiste numa realidade, mas sua atuação é menos sentida pelas mulheres presas do que é percebida pelos homens. O fato é que os efeitos nocivos do encarceramento exigem uma tomada de posição da sociedade, dos governos e dos operadores do Direito, no sentido de se pensar em alternativas ao aprisionamento de pessoas, em condições flagrantemente violadoras da dignidade humana e nada utilitárias para a pacificação das relações sociais dos egressos do sistema prisional.

É nesse contexto que surge o monitoramento eletrônico. Tal instrumento foi incorporado na Lei de Execuções Penais - LEP (Lei 7210/84) em 2010, por meio da Lei 12.258/10. Assim, o artigo 146-B da LEP determinou a possibilidade de adoção do monitoramente eletrônico, na fase de execução, em dois casos: 1) concessão de saída temporária para presos ou para presas do regime semiaberto e 2) concessão de prisão domiciliar.

No entanto, a Vara de Execuções da Comarca de Porto Alegre começou a determinar a prisão domiciliar, com tornozeleira eletrônica, para condenados e condenadas do regime semiaberto, em virtude da superlotação carcerária. Essa posição de vanguarda vem sofrendo uma forte resistência do Ministério Público Estadual e de setores do Poder Judiciário, que enten-

[3] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 20.ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 150.

dem tratar-se de um benefício injustificado. Esse entendimento persiste apesar do flagrante excesso de presos e de presas e da ausência comprovada de vagas no sistema prisional.

Nesse sentido, essa pesquisa pretende problematizar os efeitos da adoção do monitoramento eletrônico como alternativa ao encarceramento das mulheres que cumprem pena no regime semiaberto, na Comarca de Porto Alegre. Para isso, realizar-se-á uma pesquisa de campo, mediante o acompanhamento dos processos de execução penal de todas as mulheres em situação de monitoramento eletrônico (tornozeleiras) durante o período de 28 de outubro de 2015 a 01 de novembro de 2016. Os números dos referidos processos serão obtidos junto à Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre. Haverá o acompanhamento de um total de 92 mulheres com tornozeleira eletrônica no Município. A análise dos elementos obtidos levará em consideração o tipo de delito praticado, a primariedade ou a condição de reincidência das mulheres e o regime inicial de cumprimento de pena determinado na sentença penal condenatória. Com base nessas categorizações, verificar-se-á o andamento dos processos de execução pelo período de tempo definido na pesquisa, ou seja, um ano, para saber se haverá acusação da prática de novos delitos com regressão de regime, perda da condição de monitorada eletronicamente ou, ainda, fugas.

É importante referir que a iniciativa do trabalho foi da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, que, por meio do seu Centro de Estudos, de Capacitação e de Aperfeiçoamento (CECADEP), entrou em contato com a pesquisadora coordenadora do Núcleo de Pesquisas em direito Penal e Criminologia da UFRGS CNPq, solicitando o desenvolvimento de uma pesquisa sobre a temática. A Defensoria, ao lado da juíza Patrícia Fraga Martins, da Vara de Execução Criminal de Porto Alegre, forneceu os números dos processos de execução acompanhados pelas pesquisadoras.

## 2 O MONITORAMENTO ELETRÔNICO E O ENCARCERAMENTO EM MASSA DE MULHERES NO BRASIL

Com o intuito declarado de reduzir a população carcerária brasileira sem a contrapartida da diminuição da vigilância sobre o apenado[4], o monitoramento eletrônico é inserido na legislação penal por intermédio da Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010. Essa norma altera a Lei de Execuções

[4] CAPEZ, Fernando. **Monitoramento Eletrônico de Condenados**: Aspectos Gerais da Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010.

Penais. O diploma é resultado do Projeto de Lei nº 1288/2007, bem como de diversos debates no Congresso Nacional, que ocorriam desde 2001, época em que se intensificava a preocupação acerca da superlotação dos presídios e da consequente falência do sistema prisional.

Em uma perspectiva global, a primeira utilização do monitoramento eletrônico no sistema penal já se dera há 15 anos, tendo sido idealizada e implementada pelo juiz Jack Love, na cidade de Albuquerque, New México, nos Estados Unidos. A incorporação das tornozeleiras marca a adoção das criações da revolução científico-tecnológica pelo sistema penal, com a entrada do poder punitivo de controle na era digital[5]. Assim, desde a sua consolidação, na década de 1980, a monitoração eletrônica aplicada ao universo prisional torna-se uma efetiva realidade na execução penal, no controle das diferentes etapas do sistema progressivo de cumprimento da pena e/ou da tutela cautelar em diversos países.

São desenvolvidas, basicamente, três maneiras principais de monitoramento eletrônico: a detenção, a restrição e a vigilância. A detenção constitui a forma mais usual de aplicação do monitoramento e é utilizada para assegurar que o indivíduo permaneça em certos locais determinados pelo juiz – geralmente, o seu domicílio e o local de trabalho, se houver. Já a restrição consiste no estabelecimento de áreas de circulação vedadas, podendo o apenado frequentar todos os outros espaços, com exceção daqueles que lhe são proibidos. A vigilância, por sua vez, não restringe espaços de circulação, mas permite que o indivíduo tenha sua localização sempre rastreada pelas autoridades[6]. Ressalta-se que a detenção é o meio de monitoramento de todas as apenadas observadas na presente pesquisa.

No Brasil, a política de monitoramento encontra-se implementada em 17 estados da Federação, por meio da tecnologia GPS, que funciona através da utilização de tornozeleira, pelo apenado, durante o tempo em que durar a medida imposta. A tornozeleira emite sinais contínuos, de forma a permitir que se ateste a presença do monitorado no território designado, ou seja, na área de inclusão, assim como verifica se ele se mantém afastado da área de exclusão (área não permitida para a circulação)[7].

---

[5] KARAM, Maria Lúcia. **Monitoramento eletrônico**: a sociedade do controle. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 170, jan. 2007.

[6] BLACK, Math; SMITH, Russel G. **Electronic Monitoring in the Criminal Justice System**. Disponível em: http://www.aic.gov.au/publications/current%20series/tandi/241-260/tandi254.html Acesso em: 16/11/16.

[7] BRASIL. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, Governo Federal. **A Implementação da Política de Monitoração Eletrônica de Pessoas no Brasil**. Brasília, 2015. p. 24.

Por meio da análise da Lei nº 12.258, constata-se que a alteração legislativa de 2010 insere na LEP o artigo 146-B, que passa a prever que o juiz pode definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando: (1) autorizar a saída temporária no regime semiaberto; e (2) determinar a prisão domiciliar. Em seguida, a Lei 12.403/11 inclui o monitoramento eletrônico como medida cautelar diversa da prisão.

Há de se observar que as hipóteses autorizadas pela legislação penal brasileira abarcam, sobretudo, aqueles que já se encontram fora do estabelecimento prisional. A previsão legal é no sentido de que o monitoramento seja utilizado para o controle dos apenados que já tinham direito à saída temporária ou à prisão domiciliar sem essa forma de vigilância adicional. Dessa forma, tem-se que o foco da legislação que regulamenta o uso da tornozeleira eletrônica representa a ampliação do controle sobre o condenado e o aprofundamento do rigor da pena. O monitoramento eletrônico não fora pensado como alternativa à política de encarceramento em massa. A única exceção a essa tendência se verifica na modalidade de medida cautelar e, nessa hipótese, a monitoração vem sendo subutilizada no país[8]. Por essas razões, a medida não poderia mostrar-se eficaz na resolução do problema que visa a solucionar a superlotação carcerária.

Nesse sentido, em que pese a enorme população carcerária[9], que conferiu ao Brasil o título de quarto país no mundo com maior número de presos, o encarceramento em massa vem aumentando constantemente e não tem gerado qualquer impacto positivo sobre os indicadores de violência urbana. Enquanto os Estados Unidos, a China e a Rússia, que apresentam, respectivamente, as três maiores populações carcerárias do mundo, vêm reduzindo sua taxa de aprisionamento nos últimos anos[10], o Brasil segue atuando na contramão da tendência mundial. Houve um aumento em 33% de sua taxa de aprisionamento em apenas cinco anos, de forma a alcançar a média de quase 300 pessoas presas para cada cem mil habitantes.

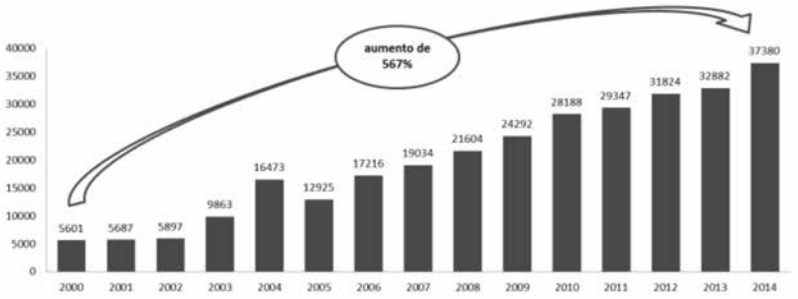
O encarceramento feminino, por sua vez, também vem crescendo, e em maiores porcentagens do que o masculino. A população absoluta de mulheres no sistema penitenciário cresceu 567% entre os anos 2000 e 2014,

[8] Somente 8,42% dos monitorados no Brasil destinam-se à substituição da prisão cautelar. Fonte: DEPEN. Vide *op. cit.* p. 36.

[9] A população carcerária do Brasil é de 607.731 pessoas, segundo o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen. Vide Informativo Rede Justiça Criminal. **Os Números da Justiça Criminal do Brasil**. nº 8, jan. 2016. p. 2.

[10] De 2008 a 2013, os Estados Unidos reduziram em 8% a taxa de aprisionamento; a China, em 9%; e a Rússia, em 24%. Vide *op. cit.*

chegando ao número de 37.380 mulheres; enquanto a população de homens aprisionados aumentou "apenas" 220% no mesmo período, de acordo com a tendência geral de aumento do encarceramento no Brasil.



Fonte: Ministério da Justiça - a partir de 2005, dados do Infopen/MJ.

Dessa forma, se em 2000, as mulheres representavam 3,2% da população carcerária brasileira, em 2014 elas passaram a representar 6,4% desse total. Só no Rio Grande do Sul, a população carcerária feminina cresceu em 41% entre os anos de 2007 a 2014[11].

Esse crescimento do encarceramento feminino de forma tão desproporcional ocorre no contexto da ampliação do espaço conquistado pelas mulheres no mercado de trabalho, nos últimos anos, e da aquisição de independência financeira e comportamental. Com o incentivo de outras mulheres, que, aos poucos, passaram a conquistar maior autonomia, e, em consequência do autoempoderamento construído pelos movimentos feministas, um número cada vez maior de mulheres deixa de permanecer no espaço doméstico e passa a ocupar outros espaços, tais como ambientes políticos, de trabalho e de diálogo. Nesse processo, que ainda tem muito a avançar, paulatinamente, vem sendo abandonada a ideia de que a mulher que opta pela maternidade, deve ocupar-se quase que integralmente do cuidado dos filhos. O papel feminino passou a ser reconstruído em cenários muito diferentes.

Nesse progresso, a mulher de hoje não só deseja como precisa trabalhar para sustentar a si e à sua família, sozinha ou juntamente com seu companheiro(a). A necessidade de assegurar a sobrevivência dos filhos por meio de uma vaga no mercado de trabalho é, ainda, mais frequente entre

[11] Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen mulheres – junho 2014.

as mulheres mais pobres. Considerando que essa camada da população é mais vulnerável à seletividade do sistema de justiça criminal, é natural que o envolvimento de mulheres com os crimes mais perseguidos pelo Estado seja ampliado. Assim, o número de mulheres relacionadas à prática de delitos de furto, de roubo e, principalmente, com o tráfico de drogas aumentou significativamente.

Essa seletividade se agrava como resultado do fenômeno da feminização da pobreza, isto é, da formação de "núcleos familiares empobrecidos nos quais a mulher é a principal garante da sobrevivência". É importante ressaltar, entretanto, que, numa sociedade patriarcal, como a brasileira, os mecanismos de controle social informal, tais como a família, a escola, as religiões, atuam de forma mais severa em relação às meninas e às mulheres do que em relação aos homens. Esse fato explica, parcialmente, a menor representatividade das mulheres em relação aos homens no sistema prisional[12]. Por outro lado, esclarece a significativa marca do estigma sobre as mulheres condenadas pela prática de delitos.

É evidente, também, a correlação entre a altíssima repressão ao uso e ao comércio de drogas e o crescimento do encarceramento feminino. Proporcionalmente, mais mulheres são presas por tráfico de drogas do que homens. Na América Latina, mulheres negras, pardas e de origem indígena, principalmente com baixa escolaridade, chefes de família e sem acesso ao mercado formal de trabalho, encontram-se inseridas no comércio de pequenas quantidades de droga como estratégia de complementação de renda e sustento de filhos e familiares. Em regra, a inserção nesse mercado dá-se de modo subalterno e sem vinculação aos altos níveis hierárquicos de tomada de decisão ou de controle financeiro das organizações criminosas. Entretanto, a seletividade penal, também, no que concerne às drogas, volta-se, sobretudo, aos indivíduos que desempenham funções de pouca relevância, com baixa remuneração e de fácil substituição no mercado das drogas: exatamente a posição ocupada pela maioria das mulheres[13].

Ao mesmo tempo em que aumenta a população carcerária feminina, as mulheres selecionadas pelo sistema penal são aquelas que mais sofrem os danos de uma política que converte grande parte da questão social em

[12] SPOSATO, Karina Batista. **Mulher e Cárcere**: Uma Perspectiva Criminológica, p. 251-253. In: REALE JR., Miguel e outra. (Coord) Mulher e Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

[13] LIMA, Raquel da Cruz, FONSECA, Anderson Lobo, e BRAGA, Felipe Eduardo Lázaro. **O Silêncio Eloquente sobre as Mulheres no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. In Os Números da Justiça Criminal do Brasil, nº 08, jan. 2016.

questão criminal, uma vez que elas são recrutadas de classes populares, ostentando perfis de exclusão e de alta vulnerabilidade social[14].

A significativa participação de mulheres no crime de tráfico de drogas demonstra essa vulnerabilidade, pois essa atividade permite que as mulheres trabalhem em casa acumulando as tarefas de mãe e de dona de casa. Além disso, vários estudos apontam a presença feminina no tráfico em condições subalternas, como a venda direta aos consumidores (parte mais visível do negócio), o transporte de drogas para países de fronteiras e a relação afetiva ou familiar com traficantes homens[15].

Da mesma forma, as mulheres também sofrem as graves violações de direitos humanos, decorrentes da superlotação carcerária, a exemplo da Penitenciária Feminina de S'Antana (SP), onde, após a inauguração em 2005, com capacidade de 1200 vagas, encontravam-se, já em 2006, 2800 presas, dentre as quais apenas 62 estavam inscritas para atividades educativas, havendo apenas um professor. Além disso, são as presas mulheres que sofrem com a ausência de adaptação das penitenciárias para abrigá-las: muitos estabelecimentos prisionais não fornecem absorventes e não contam com maternidades. Seguindo o exemplo do estabelecimento prisional supracitado, para o atendimento de todas as 2800 presas, estava disponível tão somente um médico, sendo que nenhuma presa fora atendida em mutirões de saúde para mulher e nem em campanhas de vacinação, além de não contar com local adequado para visitação dos filhos[16].

Percebe-se, assim, que, se o encarceramento em geral é extremamente nocivo para a saúde física e psíquica de qualquer indivíduo, nos estabelecimentos prisionais brasileiros, a situação das mulheres é ainda mais grave. Por essa razão, todas as formas de controle social formal que funcionem como alternativas à reclusão tradicional devem ser incentivadas.

É nesse contexto que a Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre, com o intuito de combater a superlotação carcerária, começou a determinar a prisão domiciliar, com tornozeleira eletrônica, para as mulheres que cumprem pena no regime semiaberto. É sobre essa experiência específica que falaremos a seguir.

---

[14] EDITORIAL: mulheres encarceradas e a banalização da barbárie. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 15, nº 182, pp. 1-2, jan. 2008.

[15] SPOSATO, Karyna Batista. **Mulher e Cárcere**: Uma perspectiva criminológica, p. 259.

[16] MARTINS, Dora. **Mulheres encarceradas e a CIDH**. Juízes para a democracia, São Paulo, v. 11, n. 40, p. 10-11, dez./fev. 2006/2007.

## 3 A EXPERIÊNCIA DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO PARA CONDENADAS NO REGIME SEMIABERTO EM PORTO ALEGRE

A pesquisa que realizamos teve como ponto de partida a situação das mulheres encarceradas, e o instituto do monitoramento eletrônico como alternativa ao aprisionamento de mulheres que cumprem pena no regime semiaberto. Durante a pesquisa, são acompanhadas todas as mulheres monitoradas por meio de tornozeleira eletrônica, cumprindo pena em regime semiaberto na Vara das Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre (RS), no período de tempo de um ano, mais precisamente de 28 de outubro de 2015 a 01 de novembro de 2016.

Tal pesquisa de campo encontra motivação na necessidade de se investigar a utilidade da adoção do monitoramento eletrônico em prisão domiciliar como alternativa ao cumprimento da pena em colônia agrícola ou industrial conforme previsão legal. Isso porque as decisões da Vara de Execuções Criminais de Porto Alegre, determinando o uso de tornozeleiras eletrônicas para as condenadas do regime semiaberto, passam a ser objeto de recursos do Ministério Público, inconformado com aquilo que considera benesses injustificáveis para as apenadas.

Em análise, um total de 92 processos de execução criminal, nos quais mulheres condenadas e cumprindo pena no regime semiaberto, receberam decisão no sentido do cumprimento dessa pena em prisão domiciliar com monitoramento por meio do uso de tornozeleira eletrônica.

A fim de se traçar um perfil das mulheres com monitoramento eletrônico, na Comarca de Porto Alegre, classificaram-se os tipos penais infringidos, a primariedade ou não das condenadas, o regime inicial de cumprimento da pena e o resultado do acompanhamento dos processos pelo período de um ano.

No tocante ao tipo de delito praticado, observa-se que a maioria das mulheres cumpria pena por tráfico de drogas, num percentual de 56,52% dos casos. Dessas condenadas por tráfico de drogas, ao todo 52 mulheres, apenas 6 são reincidentes. Todas as demais são primárias.

Em segundo lugar em representatividade, desponta o delito de roubo, representando 15,21% dos casos. Dentre essas 14 mulheres condenadas por roubo, apenas uma é reincidente. Em terceiro lugar, encontraram-se condenações por homicídios: ao todo, 7 mulheres com tornozeleira eletrônica foram condenadas por esse delito, representando 7,6% do total de delitos.

Quatro mulheres foram condenadas por crimes sexuais, estupro de vulnerável ou atentado violento ao pudor. Todas elas rés primárias. Por fim, 3 mulheres foram condenadas por associação para o tráfico. Todas elas, primárias. Finalmente, as 8 mulheres restantes praticaram crimes diferentes entre si, a maioria envolvida em crimes patrimoniais.

No que tange ao resultado do acompanhamento dos processos, realizado no decorrer do período de um ano, verifica-se que das 92 mulheres monitoradas, apenas 7 apresentaram ocorrências negativas, o que representa 7,6% do total. Duas condenadas por tráfico de drogas, que são primárias, fugiram e permaneceram na condição de foragidas. Outras 2 condenadas por tráfico de drogas, também primárias, fugiram e foram recapturadas, tendo uma delas permanecido com a tornozeleira, após o registro de fuga, e a outra regredido para o regime fechado. As outras 3 mulheres (uma delas condenada por tráfico e as demais por roubo), todas primárias, regrediram para o regime fechado em virtude da soma de nova condenação por crime praticado antes do início do cumprimento da pena com tornozeleira eletrônica.

Observa-se, assim, que o índice de reincidência, dentre as monitoradas eletronicamente, é inexpressivo. Essa constatação indica que o cumprimento da pena em prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica representa um importante aliado do Estado no controle da criminalidade. Além disso, trata-se de um importante mecanismo de reintegração social dessas mulheres, quando aplicado como alternativa ao encarceramento no regime semiaberto.

É importante esclarecer que, em se tratando de monitoramento eletrônico, a fuga pode representar três situações diferentes: a saída da apenada do espaço geográfico em que é permitido o seu deslocamento; a destruição da tornozeleira eletrônica e a perda de carga da bateria da tornozeleira. Sempre que a Central de Monitoramento, que é responsável por fazer o acompanhamento das monitoradas, recebe esse aviso, liga para a apenada a fim de saber se houve algum tipo de problema justificável.

Por certo, ainda há muito a ser aperfeiçoado na política de monitoramento eletrônico. A título de exemplo, pôde-se observar que, como o aparelho emite sinal GPS, como um celular, a sua simples descarga de bateria, muitas vezes, é considerada pelas autoridades como fuga, o que gera uma desnecessária situação de constrangimento da apenada, além de dificultar o trabalho das autoridades. No entanto, verificou-se que a utilização do monitoramento eletrônico tende a acrescentar benefícios incomensuráveis à execução penal brasileira.

Diversas vezes, o instituto é criticado tanto por abolicionistas como por punitivistas. Há quem diga que a utilização de tornozeleira eletrônica se traduz em ilegítima intervenção no corpo do indivíduo condenado e em desautorizada invasão da sua privacidade, transformando o seu antes inviolável lar em uma quase-prisão, em uma filial da instituição total por excelência. Além disso, há o argumento dos críticos da sociedade de controle, que sustentam que a explosão de tecnologias viabilizadoras de ampliada vigilância, combinada com a debilitação das normas protetoras da privacidade e a desmedida expansão do poder punitivo, aproxima Estados democráticos do totalitarismo[17].

Acredita-se, entretanto, que o resultado é diametralmente oposto ao supracitado, ou seja, considera-se que o monitoramento afasta o indivíduo da instituição total e de seus efeitos intrinsecamente arrasadores. O uso desvirtuado da tecnologia, evidentemente, não poderá ser abusivo, devendo ser limitado pela legislação, cujo papel, nesse ínterim, é o de garantir o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo monitorado. De qualquer forma, está-se a instituir uma alternativa ao cárcere, que é mais benéfica se a ele comparado.

A instituição total, gênero da qual o cárcere é espécie, segundo Erving Goffman, traduz-se no fechamento e no afastamento do indivíduo do mundo social. Por meio da imposição de práticas que visam a docilizar o aprisionado, como a utilização do mesmo vestuário, a execução da mesma rotina, a ingestão da mesma comida, sem qualquer ingerência do indivíduo sobre a própria vida e sobre o próprio destino, passam a cumprir regras de forma mecânica. Manifesta-se o inegável efeito político da instituição total: a perda da identidade humana e a chamada "mortificação do eu"[18].

Não se pode desprezar o fato de que o rastreamento eletrônico fora concebido como alternativa à pena privativa de liberdade. Nesse sentido, não se deve permitir que os defeitos do sistema de monitoramento acabem, paradoxalmente, legitimando o encarceramento tradicional. Quando bem aplicado, o monitoramento constitui uma medida alternativa e viável à pena privativa de liberdade nas instituições totais, podendo humanizar a execução criminal.

---

[17] KARAM, Maria Lúcia. **Monitoramento eletrônico**: a sociedade do controle. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 170, jan. 2007.

[18] GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. São Paulo: Perspectiva, 1961.

Por fim, aqueles que acreditam ser o monitoramento por demais benéfico aos condenados a outro regime de pena, que não o aberto (tendo em vista que a lei estrita só prevê a utilização do instituto neste regime), se não aceitam o seu uso em decorrência do princípio da dignidade humana, que o verifiquem sob uma perspectiva utilitarista. A pesquisa, realizada demonstra o ínfimo percentual de reincidência entre as mulheres monitoradas eletronicamente. O não-envolvimento da apenada com o sistema carcerário tradicional reduz drasticamente a possibilidade de o indivíduo reincidir, tendo em vista o abandono da maioria das instituições prisionais pelo Estado, que não contam com atividades educativas e de formação, incapazes de alcançar o fim declarado de reintegrar socialmente.

Com efeito, enquanto a política criminal estiver atrelada ao encarceramento e encerrada num pensamento baseado no senso comum e não em critérios de ciência, o sistema prisional permanecerá superlotado e, consequentemente, sem possibilidades de promover qualquer tipo de reintegração das egressas. O encarceramento em massa como principal medida de atuação do sistema penal, por si só, não cumpre sua proposta de prevenção especial positiva, pois se funda na ideia paradoxal de ressocializar o condenado isolando-o completamente da sociedade. Segundo Nuno Caiado, o Brasil precisa introduzir na sua administração a probation, designação que caracteriza a cultura e o modo de execução de penas e medidas com caráter substitutivo e alternativo à prisão, opção que não exclui a pena privativa de liberdade, mas limita o sistema penal como resposta aos criminosos de risco elevado[19].

Nesse sentido, a reforma da política criminal passaria por um leque de medidas alternativas à prisão, dentre as quais se situariam: o monitoramento eletrônico como alternativa à prisão cautelar e o monitoramento eletrônico de condenados de risco baixo e médio-baixo.

No entanto, para que se solucione o problema da superlotação e das violações de direitos humanos existentes no sistema carcerário brasileiro, é imprescindível que as alternativas à prisão sejam efetivamente alternativas, e não sistemas adicionais, apêndices ou válvulas de escape do insolvente modelo carcerário. Tais penas alternativas deveriam constituir-se, pois, em possibilidades reais de minimizar a dor do encarceramento, estabelecendo radical ruptura com o modelo punitivo tradicional[20].

19 CAIADO, Nuno. **A urgência das penas alternativas à prisão efetivas no Brasil**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 19, n. 227, p. 6-7, out. 2011.

20 CARVALHO, Salo de. **Substitutivos Penais na Era do Grande Encarceramento**. In: GAUER, Ruth Maria Chittó **(Org). Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. pp. 146-171.

Ademais, se o Estado não assegura condições materiais mínimas para o cumprimento da pena privativa de liberdade, com direito à integridade física e psicológica daqueles a ele submetidos, deve garantir a execução criminal de outras formas. A imposição de medidas alternativas, seguindo-se critérios fundados na menor gravidade do crime ou no tempo de pena restante, é medida a ser aplicada urgentemente[21].

É inegável que toda pena, por definição, terá um caráter aflitivo. Esse aspecto é inerente a qualquer punição, e o sistema de monitoramento não almeja extirpar essas características, mas, sim, minimizar o sofrimento decorrente de uma condenação penal. Isso porque as restrições à liberdade e ao patrimônio, determinadas pela pena privativa de liberdade tradicional, são mais onerosas e severas do que a restrição à liberdade individual e ao direito de privacidade, acarretadas pelo uso da tornozeleira eletrônica em prisão domiciliar, no caso de condenadas do regime semiaberto[22].

## 4 CONCLUSÃO

O monitoramento eletrônico pode representar um avanço expressivo no atual sistema de justiça criminal se for utilizado como alternativa ao encarceramento. A substituição do cumprimento da pena em regime semiaberto, em colônia agrícola ou industrial, e em regime aberto, em casa de albergado, pela prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica, é medida de extrema relevância por diversas razões.

As condições estruturais dos estabelecimentos prisionais brasileiros são degradantes. Um ambiente com excesso de pessoas, que não assegura nem mesmo os direitos básicos contidos na Lei de Execuções Penais. Não há oferta de atividades laborativas para a maioria da massa carcerária, que acaba refém de facções criminosas. Esse contexto não contribui para a reintegração social dos egressos e das egressas do sistema prisional. Ao contrário, transforma meros infratores da norma penal em criminosos profissionais, aliciados pelas organizações que controlam o tráfico de drogas.

Além disso, a pesquisa de campo, realizada na Comarca de Porto Alegre, tendo como público-alvo as mulheres condenadas, que cumprem pena

[21] KARAM. Maria Lúcia. **A Privação da Liberdade**: o violento, danoso, doloroso e inútil sofrimento da pena. Escritos sobre a Liberdade. v. 7. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 22.

[22] VIANNA, Túlio. **Do Rastreamento Eletrônico como Alternativa à Pena de Prisão**. Disponível em: https://vetustup.files.wordpress.com/2013/05/do-rastreamento-eletronico-como-alterantiva-a-pena-de-prisao-tc3balio-l-vianna.pdf. Acesso em 20/11/2016.

no regime semiaberto e que receberam a substituição desse regime por prisão domiciliar com monitoramento eletrônico, mostrou-se extremamente positiva por diversas razões.

Inicialmente, verificou-se que o monitoramento em prisão domiciliar é um importante fator de redução da reincidência. Das 92 mulheres, cujos processos de execução foram acompanhados durante o período de um ano da pesquisa, apenas 3 fugiram sem justificar a fuga (saída do espaço geográfico determinado para circulação ou destruição da tornozeleira). Não houve registro da prática de novos delitos para as 89 mulheres restantes. Isso demonstra o quanto essa modalidade de cumprimento da pena é eficiente.

No cumprimento da pena em prisão domiciliar, as mulheres podem manter ou resgatar os vínculos com os seus filhos e com os demais membros da família, contribuindo para o sustento material e psicológico da unidade familiar. Além disso, o monitoramento eletrônico consiste numa espécie de salvo-conduto para que as pessoas, antes vinculadas com a prática do tráfico de drogas e de crimes patrimoniais, possam ficar afastadas dessas atividades ilícitas sem que venham sofrer pressões por parte das organizações criminosas. Assim, é um fator de redução da reincidência para aquelas mulheres que conseguem encontrar novas atividades laborativas, dentro do mercado de trabalho formal ou informal.

## 5 BIBLIOGRAFIA


BLACK, Math; SMITH, Russel G. **Electronic Monitoring in the Criminal Justice System**. Disponível em: http://www.aic.gov.au/publications/current%20series/tandi/241-260/tandi254.html Acesso em: 16/11/16.

BRASIL. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, Governo Federal. **A Implementação da Política de Monitoração Eletrônica de Pessoas no Brasil**. Brasília, 2015. p. 24.

CAIADO, Nuno. **A urgência das penas alternativas à prisão efectivas no Brasil**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 19, n. 227, p. 6-7, out. 2011.

CAPEZ, Fernando. **Monitoramento Eletrônico de Condenados**: Aspectos Gerais da Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010. Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal, v. 11, n. 65, p. 62-63, dez/jan. 2011.

CARVALHO, Salo de. **Substitutivos Penais na Era do Grande Encarceramento**. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. pp. 146-171.

EDITORIAL: **mulheres encarceradas e a banalização da barbárie**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 15, nº 182, pp. 1-2, jan. 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 20.ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. São Paulo: Perspectiva, 1961.

KARAM. Maria Lúcia. **A Privação da Liberdade**: o violento, danoso, doloroso e inútil sofrimento da pena. Escritos sobre a Liberdade. v. 7. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 22.

KARAM, Maria Lúcia. **Monitoramento eletrônico**: a sociedade do controle. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 170, jan. 2007.

LIMA, Raquel da Cruz, FONSECA, Anderson Lobo, e BRAGA, Felipe Eduardo Lázaro. **O silêncio eloquente sobre as mulheres no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. In Os Números da Justiça Criminal do Brasil, nº 08, jan. 2016.

MARTINS, Dora. **Mulheres encarceradas e a CIDH**. Juízes para a democracia, São Paulo, v. 11, n. 40, p. 10-11, dez./fev. 2006/2007.

Rede Justiça Criminal. **Os Números da Justiça Criminal do Brasil**. nº 8, jan. 2016. p. 2.

SPOSATO, Karina Batista. **Mulher e Cárcere**: Uma Perspectiva Criminológica, p. 251-253. In: REALE JR., Miguel e outra. (Coord) Mulher e Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VIANNA, Túlio. **Do Rastreamento Eletrônico como Alternativa à Pena de Prisão**. Disponível em: https://vetustup.files.wordpress.com/2013/05/do-rastreamento-eletronico-como-alterantiva-a-pena-de-prisao-tc3balio-l-vianna.pdf. Acesso em 20/11/2016.

# DENÚNCIAS DE VIOLÊNCIA POLICIAL RECEBIDAS PELO CENTRO DE REFERÊNCIA EM DIREITOS HUMANOS DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RS

**Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo**[1]
**Luiza Correa de Magalhães Dutra**[2]
**Osmar Antônio Belusso Júnior**[3]
**Tamires de Oliveira Garcia**[4]

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo analisar e trazer para discussão o diagnóstico das denúncias de violência policial recebidas pelo Centro de Referência em Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Para tanto, em um primeiro momento foi realizado uma revisão bibliográfica do tema das agências policiais. Em seguida, apresentaremos os dados coletados na pesquisa de campo, quais sejam os procedimentos para apuração de danos individuais (PADINs), através dos quais o mencionado órgão buscou dar acolhimento e visibilidade às vítimas de violações oriundas das práticas policiais, bem como pressionar outros órgãos estatais visando a devida resposta institucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Violência Policial. Defensoria Pública. Segurança Pública.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 As polícias brasileiras – debate sobre a instituição policial. 3 A polícia e a Constituição Federal de 1988: mudanças e permanências. 4 O Centro de Referência em Direitos Humanos e a violência policial. 5 Considerações finais. 6 Referências.

[1] Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais (PUCRS), Professor titular da PUCRS, atuando nos Programas de Pós-Graduação em Ciências Criminais e em Ciências Sociais, Pesquisador INCT-Ineac, Conselheiro do Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Email: rodrigo.azevedo@pucrs.br.

[2] Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PUCRS), Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais (PUCRS), Bacharela em Ciências Sociais (UFRGS), Especialista em Segurança Pública, Cidadania e Diversidade (UFRGS). Email: luiza.dutra15@gmail.com.

[3] Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais (PUCRS) e integrante do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal (GPESC/PUCRS). Email: osmarbelusso@hotmail.com.

[4] Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade La Salle, Bolsista CAPES, Bacharela em Direito PUCRS. Integrante do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal (GPESC/PUCRS) e integrante do Grupo de Estudos Teorias Sociais do Direito (TSD/La Salle). Email: og.tamires@gmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

Foi a partir da década de 90 do século passado que os problemas ligados à insegurança, à violência e à criminalidade acabaram entrando na agenda do sistema político, pela dimensão do problema nos grandes centros urbanos. Não foram poucas as discussões e debates sobre quais políticas criminais e de segurança realmente seriam efetivas para o controle da crescente violência urbana. No Brasil não poderia ser diferente: as discussões sobre como enfrentar tais problemas vêm marcando, até os dias de hoje, os debates políticos e sociais.

No Brasil, apesar dos avanços resultantes da Constituição de 88, com a afirmação formal dos direitos e garantias individuais, boa parte dos cidadãos ainda não tem estes direitos assegurados, sofrendo com o abuso de autoridade e a violência policial, e não encontrando caminhos eficazes para o encaminhamento das denúncias destas violações.

Nota-se, no Brasil, o aumento da demanda por segurança, que acaba legitimando e incrementando o uso excessivo da força por parte das polícias e a expansão das prerrogativas policiais de detenção e registro de cidadãos como forma de melhor responder ao fenômeno da criminalidade. Ou seja, as relações entre os agentes de segurança pública e os cidadãos brasileiros ainda são marcadas pelo abuso de poder, pela falta de critérios para o uso da força e pela desconfiança, desencadeando altas taxas de mortes praticadas pelos policiais e de vitimização policial, resquícios de um modelo autoritário de polícia.

Grande parte da população brasileira não possui pleno acesso aos seus direitos civis e a polícia brasileira continua se valendo de uma lógica que combina o uso excessivo da força contra determinados grupos sociais com um modo de funcionamento burocrático e bacharelesco no âmbito da investigação criminal. Atrelado a isto, existe o debate acerca das formas de controle externo da atividade policial e fiscalização das instituições policiais.

Assim sendo, através de uma parceria entre o Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal (GPESC) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e o Centro de Referência em Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul (CRDH – DPE/RS), a pesquisa que aqui se apresenta teve como objetivo principal analisar os Processos para Apuração de Danos Indi-

viduais (PADINs), que envolviam casos de violência policial. Buscamos identificar os perfis das vítimas de violência policial, o perfil dos agressores, qual o tipo de violência sofrida e os encaminhamentos dados após a chegada do caso ao CRDH. Foi analisado um total de 279 procedimentos, nos períodos de maio a julho do ano de 2016.

## 2 AS POLÍCIAS BRASILEIRAS – DEBATE SOBRE A INSTITUIÇÃO POLICIAL

Dados do 10º Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2016, publicado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2016), revelam que no ano de 2015 aproximadamente 3.320 pessoas foram vítimas de mortes decorrentes de intervenção policial (dito de outra forma, uma pessoa a cada três horas), significando um crescimento desse índice em 37,2% sobre o ano anterior. Sob uma perspectiva ampliada, entre os anos de 2009 e 2015, o número de pessoas mortas por agentes policiais foi de 17.688. Se o número, por si só, já expõe uma realidade violenta, é preciso pontuar o caráter parcial desse resultado, considerando a dificuldade de se coletar informações que lhe dão base, expresso no próprio relatório, variando conforme cada estado do país[5].

Pinheiro (1997) aponta para a existência, na América Latina, de uma cultura policial que combina o uso excessivo da força contra alguns grupos sociais a uma lógica de proteção das elites e do Estado. Nota-se ainda que há um discurso que enxerga no exercício do poder de polícia a necessidade de manter a ordem pública através do uso da força, justamente por nunca ter se efetivado a universalização dos direitos e da cidadania. Segundo o mesmo autor, trata-se de violência endêmica ambientada em um contexto de profundas desigualdades sociais e em um sistema de relações assimétricas, onde a violência é o resultado direto da continuidade de uma longa tradição de práticas autoritárias das elites contra as não-elites (PINHEIRO, 1997).

> Apesar das transições políticas da década de 1980, em vários países da América Latina as relações entre estado e a sociedade, em especial aos segmentos mais pobres, continuam sendo marcadas pelo exercício arbitrário e, muitas vezes, ilegal do poder. Dentre as práticas políticas que persistem no cotidiano latino-americano, a violência policial chama aten-

[5] Os obstáculos na coleta das informações são inúmeros, desde a falta do devido registro nas delegacias de polícia de todo o território nacional – isto é, a ausência de uma prática uniforme –, até o não fornecimento aos responsáveis pela pesquisa.

> ção, uma vez que é cometida pelo estado e seus agentes contra os cidadãos (COSTA, 2008, p. 410).

Além disso, Lemgruber, Musumeci e Cano (2003) mostram que o quadro que se desenha quando se discute o controle das instituições policiais é bastante turvo. De um lado, o controle externo, no qual as Ouvidorias não possuem poderes para investigar e o Ministério Público, que deveria ser o principal órgão fiscalizador, raramente exerce suas atribuições. De outro, o controle interno, concretizado pelas Corregedorias, que tem limitações decorrentes da falta de independência diante das agências policiais, acabando por se restringir a reforçar a cadeia hierárquica e disciplinar, sem, contudo, representar uma fiscalização real da atividade policial.

Historicamente, a polícia surge no Brasil como instituição disciplinadora das classes ditas perigosas. Vinculado à ideia de uma polícia disciplinadora, existe um componente subjetivo de "sentimento de insegurança" que corrobora e legitima a ideia de que a polícia deve ter um comportamento agressivo frente aos criminosos, pois o uso excessivo da força é visto como necessário para manter a ordem social.

Como apontam Paulo Sérgio Pinheiro e Emir Sader, apesar da violência policial ser um tema recorrentemente tratado em períodos marcados pelo autoritarismo, como a ditadura do Estado Novo (1935-1945) e a ditadura civil-militar (1964-1985), essa espécie de opressão estatal à margem da lei sempre foi uma realidade latente no Brasil, recaindo principalmente sobre as classes populares. A percepção das práticas violentas limita-se a esses momentos de "institucionalização do arbítrio". Em contrapartida, em outros momentos, muitas práticas repressivas e rotineiras passam despercebidas (PINHEIRO; SADER, 1985).

## 3 A POLÍCIA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: MUDANÇAS E PERMANÊNCIAS

A promulgação da Constituição Federal de 1988 constituiu um marco normativo significativo na transição e no desenvolvimento de um Estado democrático de direito no Brasil. Entretanto, de igual forma é preciso pontuar que os avanços conquistados na área dos direitos e garantias civis e políticas não foram acompanhados por uma ampla rediscussão da estrutura da segurança pública. Inclusive, o termo "segurança pública" foi utilizado pela primeira vez na nova Constituição em razão do abandono da ideologia de segurança nacional, que foi o discurso responsável pelo aparelhamento

das polícias para o fim de "combater os inimigos"[6] durante a ditadura civil-militar (LIMA; SINHORETTO, 2011). Segundo Renato Sérgio de Lima e Jacqueline Sinhoretto:

> Percebia-se que a vigência do paradigma da segurança nacional condicionava a atividade policial à manutenção da ordem estatal e à proteção do establishment contra a oposição política, e a distanciava profundamente de um engajamento com a proteção dos cidadãos. Distanciava-a ainda mais de ser uma atividade-meio do respeito aos direitos e garantias individuais. Os traumas provocados pelo regime autoritário exigiam uma nova declaração de princípios, um novo ordenamento jurídico e mudanças das práticas, porém exibiam claramente os limites colocados pela conjuntura da transição negociada (LIMA; SINHORETTO, 2011, p. 131).

Por isso, apesar de alguns destaques, como a plena judicialização de todas as modalidades de prisão, a ruptura teórico-prática da atividade policial resumiu-se a uma mudança puramente formal, permitindo a sobrevivência de práticas institucionais autoritárias. Todo o aparato de segurança e justiça criminal, por exemplo, permaneceu em grande medida intocado, marcado por enunciados do universo jurídico-penal e provenientes do discurso de "combate ao inimigo" (LIMA; SINHORETTO, 2011). Sobre isso, esclarecem os autores:

> No primeiro caso, trata-se apenas da redução de conflitos sociais a tipos penais, desprezando a natureza dos conflitos e suas configurações, que engendram regras e padrões de socialidades, constituem e põe em confronto identidades individuais e coletivas. No segundo caso, segmentos sociais são vistos como intrinsecamente perigoso e objeto constante de vigilância e neutralização (LIMA; SINHORETTO, 2011, p. 133).

Após isso, a tendência das reformas legislativas brasileiras nas últimas duas décadas foi no sentido de apresentar o sistema penal como solução para todos os tipos de conflitos e problemas sociais, por meio do endurecimento de penas, da criminalização de condutas e da redução de garantias processuais (AZEVEDO, 2004). Consequentemente, as pretensões de remodelação do sistema de justiça e, principalmente, das instituições policiais, deram lugar a pautas que reforçam as práticas já estabele-

[6] A ideia de inimigo é extensamente discutida por Eugenio Raúl Zaffaroni, que compreende que essa conceituação surge da separação entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), onde este último possuirá um tratamento diferenciado por parte do Estado, em virtude de sua suposta periculosidade. Ao retirar-lhe a condição de pessoa, coisifica-se o inimigo, permitindo toda espécie de neutralização (ZAFFARONI, 2007).

cidas: *"mais polícia, mais prisão, mais pena, mais armamento"* (LIMA; SINHORETTO, 2011).

Passadas duas décadas, em que pese a vedação expressa da Constituição Federal, a pena de morte continua sendo administrada informalmente pela polícia, especialmente nas regiões periféricas dos grandes centros urbanos, nos quais os jovens negros e pobres figuram como principais vítimas, comprovando que implementar uma cultura jurídica e social igualitária no interior de uma sociedade multiplamente hierarquizada e violenta não é uma tarefa fácil (DAMATTA *apud* LIMA; SINHORETTO, 2011), tendo em vista o grave problema da não universalização dos direitos humanos no Brasil, ante a falta de uma transição democrática efetiva – em que se vê ampliada a ideia de *"direitos humanos para humanos direitos"*, consolidando a modalidade de subcidadania frente aos serviços públicos.

## 4 O CENTRO DE REFERÊNCIA EM DIREITOS HUMANOS E A VIOLÊNCIA POLICIAL

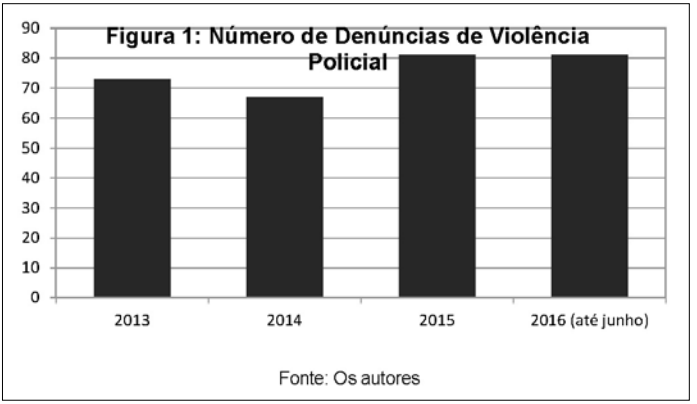
A seguir serão apresentados os dados obtidos na pesquisa realizada no Centro de Referência em Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, em parceria com o Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal (GPESC) da PUCRS.

Desde janeiro de 2014, o Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública do RS passou a instaurar expedientes para apuração de casos de violação de direitos humanos, originados de diversas causas e instituições. Especificamente acerca das denúncias recebidas sobre violência policial, foram instaurados, até junho de 2016, um total de 290 PADINs (Procedimentos para Apuração de Dano Individual).

Entre os meses de maio e agosto de 2016 foram analisados 279 Procedimentos para Apuração de Dano Individual, instaurados durante o período de 2014 a junho de 2016 pelo CRDH. Os PADINs foram examinados e tabulados seguindo um mesmo documento base produzido pelos pesquisadores; este documento era dividido em quatro partes: nas duas primeiras etapas buscamos traçar os perfis dos envolvidos na ocorrência (vítima e agressor), e nas partes restantes analisamos o evento da violência em si – qual tipo de violência foi realizado, em que local e quais as circunstâncias – e os encaminhamentos que foram dados após a abertura deste PADIN – quais órgãos foram oficiados, se houve resposta ou se foi necessário o reenvio.

Terminando a tabulação e análise dos PADINs, os dados foram apresentados em Audiência Pública realizada na Assembleia Legislativa do RS, na data de 13 de setembro de 2016.

O primeiro dado analisado na pesquisa foi o número de denúncias que chegaram até o CRDH ao longo do referido período. Em 2013 foram 73 denúncias, em 2014 ocorreu uma queda, chegando a 67 denúncias, sendo que em 2015 as denúncias aumentaram para o total de 81. O interessante é notar que entre janeiro e junho de 2016 as denúncias de violência policial já tinham se igualado ao ano de 2015 inteiro. Ou seja, ocorreu um aumento significativo em 2016, confirmado por dados mais recentes e posteriores à coleta realizada.




Fonte: Os autores

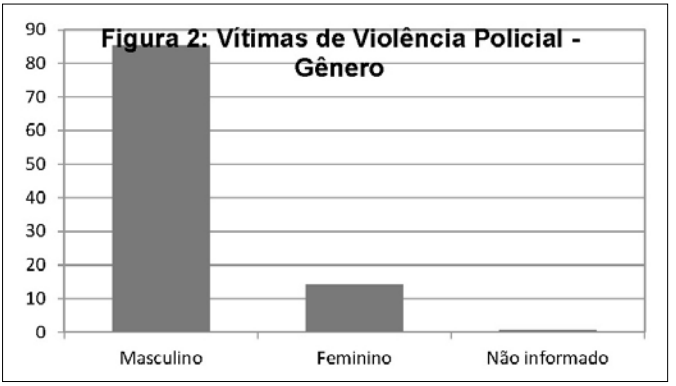
Em que pese não se possa afirmar o motivo desse alto crescimento no número de denúncias, não podemos deixar de considerar que a consolidação das audiências de custódia possa ter influenciado na percepção do fenômeno[7].

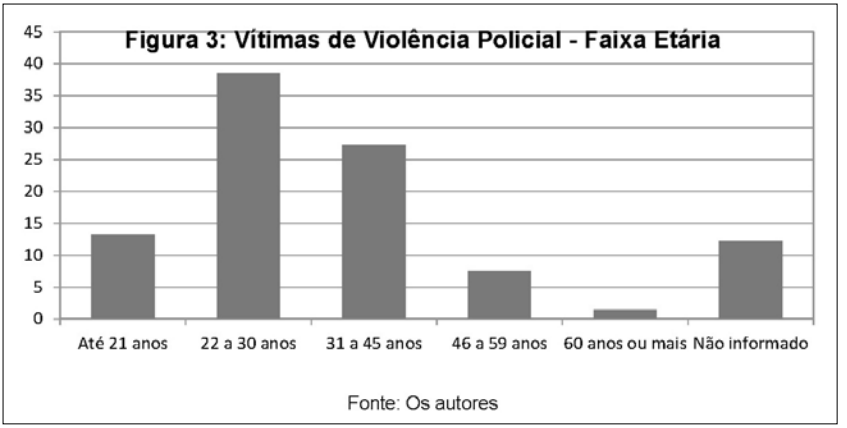
Com relação às vítimas de violência policial, 13,98% são mulheres e 85,30% são homens. 38,35% do total das vítimas têm entre 22 e 30 anos e 13,26% possuem até 21 anos, ou seja, mais de 50% (51,61%) das vítimas de violência policial são consideradas jovens. Os dados corroboram o que demonstram pesquisas já realizadas em relação à temática, que mostram que a maioria das vítimas de intervenções e abordagens por parte dos policiais

[7] As audiências de custódia foram implementadas a partir da Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, e consiste na apresentação de toda pessoa presa perante uma autoridade judicial, que deverá proceder com uma análise prévia tanto acerca da legalidade e necessidade da prisão, quanto examinar se a pessoa conduzida sofreu maus tratos ou tortura (PAIVA, 2015). Assim, buscou-se de alguma forma minimizar dois severos problemas do sistema penal brasileiro: o encarceramento em massa e a violência estrutural das agências policiais.

são homens e jovens (ANISTIA INTERNACIONAL, 2005). Uma das formas de analisarmos esta situação é através do perfil da população carcerária do Brasil, que corresponde ao perfil dos vitimizados pela ação das polícias. De acordo com o Mapa do Encarceramento – Os Jovens do Brasil, estudo publicado em 2015, a maior parte da população carcerária do Brasil é representada por jovens. Segundo dados do Sistema Integrado de Informação Penitenciária (InfoPen), eles representam 54,8% da população carcerária brasileira:

> Em 2012, para cada grupo de 100 mil habitantes jovens acima de 18 anos havia 648 jovens encarcerados, enquanto para cada grupo de 100 mil habitantes não jovens acima de 18 anos havia 251 encarcerados, ou seja, proporcionalmente o encarceramento de jovens foi 2,5 vezes maior do que o de não jovens em 2012 […] (BRASIL, 2015, p. 35).



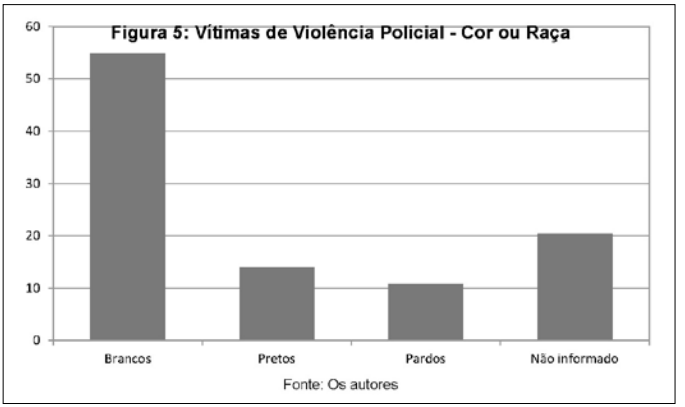



Ainda sobre o *perfil da população que sofreu violência policial*, em 12,19% não constava a faixa etária, 27,24% possuíam entre 31 e 45 anos, 7,53% entre 46 e 59 anos e 1,43% possuíam 60 anos ou mais. Além disso, 43,01% trabalhavam, 9,68% não trabalhavam ou eram estudantes, enquanto 47,31% é o montante que não se obteve informação sobre a sua situação laboral. O que podemos notar é que existe uma grande porcentagem de dados que não estão informados em nenhum momento do inquérito policial, ou em nenhum momento do próprio processo.

Ademais, analisando os 279 PADINs, se constatou que, em relação à raça e cor, 54,84% das vítimas se autodeclararam brancas, 13,98% negras e 10,75% pardas[8], sendo que a maioria das vítimas desses procedimentos era acusada de algum(ns) crime(s) e restava privada de liberdade pelo sistema de justiça penal, via de regra em razão de prisão em flagrante. Ao todo, seriam 24,73% autodeclarados negros ou pardos. Além disso, em 20,43% dos PADINs não existia qualquer autodeclaração da pessoa envolvida na ocorrência, ou seja, novamente nota-se uma lacuna nas informações prestadas pelas instituições policiais, resultando em um número significativo de pessoas sem suficiente descrição.

Resta uma importante consideração sobre o número de autodeclarados negros ou pardos que sofreram violência policial (24,73%). Esse número, comparado à quantidade de autodeclarados brancos, parece ter pouca ou nenhuma representatividade para uma pesquisa como esta. Porém, esse dado deve ser encarado com muita cautela, pois o resultado é

[8] Estas nominações foram utilizadas seguindo os critérios das fichas de atendimento do Centro de Referência em Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.




contraintuitivo, uma vez que no Estado do Rio Grande do Sul aproximadamente 16,3% de pessoas se autodeclaram negras e pardas, enquanto em Porto Alegre o número é de 20,2%, conforme Censo Demográfico do IBGE de 2010 (IBGE, 2010). Por outro lado, entre as vítimas de homicídios de 2014, 35,5% correspondiam à população preta, de acordo com o Mapa dos Direitos Humanos, do Direito à Cidade e da Segurança Pública de Porto Alegre de 2015 (CÂMARA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE, 2015). Portanto, a porcentagem de população negra que é vítima de homicídio ou de violência policial torna-se extremamente relevante, uma vez que é bem superior ao total de habitantes negros e negras em Porto Alegre e no Estado.

É perceptível, com base nestes dados, a existência de uma racialização na abordagem policial, na escolha do suspeito que será abordado e eventualmente detido devido a diferentes fatos que possam ocorrer. O imaginário racista, excludente e preconceituoso, em relação à cor de pele de determinada pessoa, bem como os seus signos – modos de vestir, modos de caminhar, modos de agir – acabam sendo internalizados pelas instituições de segurança pública e reproduzem, incessantemente, a ideia do potencial criminoso como sendo o negro e pobre. Assim, o estereótipo do possível criminoso sendo o negro vem sendo considerado um fator fundamental na atuação da polícia. Adorno, em pesquisa realizada buscando entender a ação diferenciada do sistema de justiça e segurança sobre negros e brancos na cidade de São Paulo, assim colocou:

> A maior incidência de prisões em flagrante para réus negros (58,1%) comparativamente com os réus brancos (46,0%). Indica igualmente que há maior proporção de réus brancos em liberdade do que de réus negros (27,0% e 15,5%, respectiva-

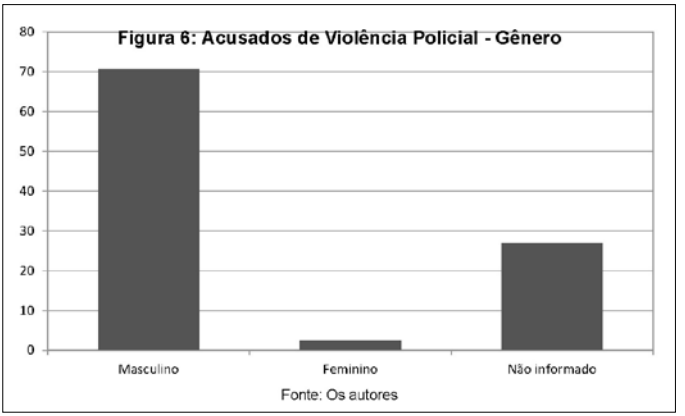
> mente). Se os réus negros parecem, ao menos na fase judicial, menos constrangidos a confessar autoria do delito, parecem mais vulneráveis à vigilância policial cerrada. […] Os rigores da detenção arbitrária, a maior perseguição e intimidação, a maior presença de agentes policiais nas habitações coletivas onde residem cidadãos procedentes de classes populares, tudo isso contribui para que os negros sejam alvo preferencial do policiamento repressivo (ADORNO, 1995, p. 55).

Ana Luiza Pinheiro Flauzina (2006), ao analisar de forma detalhada as altas taxas de homicídios em relação à população negra no Brasil e relacioná-las com o sistema penal brasileiro, elucida que,

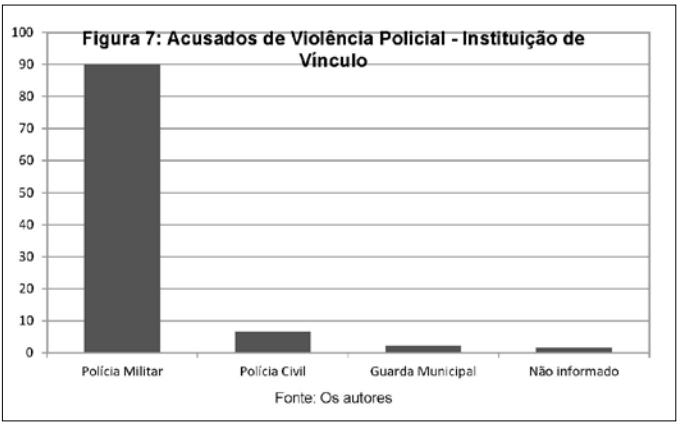
> […] assim, seja pela ação policial, dos grupos de extermínio, dos agentes penitenciários e dos próprios presidiários, seja pela estigmatização imposta aos indivíduos após a passagem pelo aparelho penal – as promessas de vingança levadas a efeitos entre grupos de jovens traficantes e tantas outras cenas para que já sinalizamos em outra oportunidade –, o fato é que, como "os maiores gestores históricos da morte, se não considerados os exércitos, os diretores do grande espetáculo das execuções públicas", o sistema penal é, certamente, o aparelho que dá sustentação a essa amostra significativa do campo minado construído em torno da juventude negra brasileira (FLAUZINA, 2006, p. 113).

Seguindo na análise dos PADINs, em relação ao perfil dos acusados temos que 70,61% são homens, 2,51% são mulheres, e existe uma porcentagem de 26,88% de gênero não informado. O número elevado de homens na posição de agressores pode se dar, por um lado, pela proporção desigual entre o número de homens e mulheres no quadro das corporações policiais. Leonarda Musumeci e Bárbara Musumeci Soares apontam que, na maioria dos estados, as mulheres só foram admitidas para adentrarem nas instituições policiais ao longo da década de 80, e essa abertura se deu principalmente como uma medida para "humanizar" a imagem das policias militares brasileiras. Em suas pesquisas, concluíram que o número de mulheres integrantes da polícia militar no Rio Grande do Sul era de 1.143, frente a um total de 18.785 policiais, ou seja, apenas 5,7% - não destoando da média nacional, de 7% (MUSUMECI; SOARES, 2004).

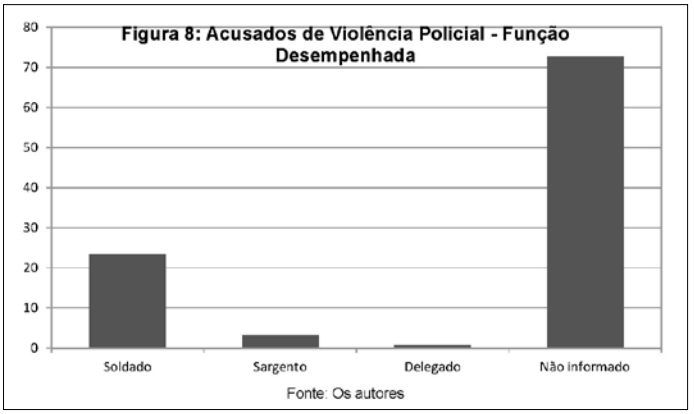
A polícia militar lidera o número de acusados de violência policial: 89,89% são vinculados a essa instituição, enquanto 6,5% são da polícia civil e 2,17% da guarda municipal. O alto número de policiais militares que se



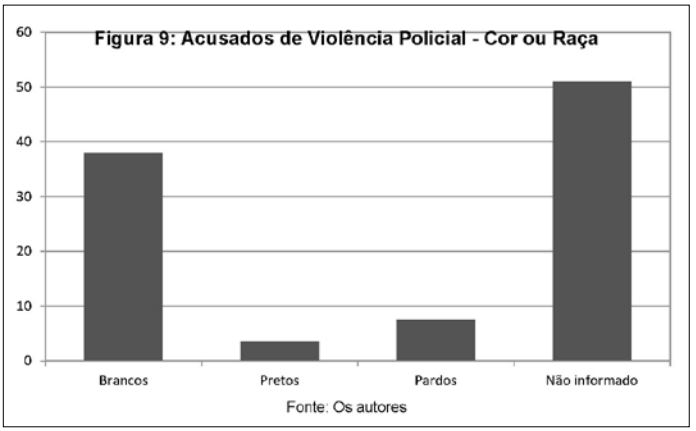

envolvem com situações desta natureza possui relação com as suas atribuições, pois é a Brigada Militar que realiza o policiamento ostensivo. Um determinado grau de discricionariedade integra essencialmente a natureza da atividade desta espécie de polícia, pois ao fim e ao cabo caberá a este policial que se depara com a situação conflituosa a decisão pela solução mais adequada ao caso concreto. Por isso, recai sobre o agente policial a deliberação de fazer uso da força (e em qual intensidade) ou não (MUNIZ; PROENÇA JR, 2014).

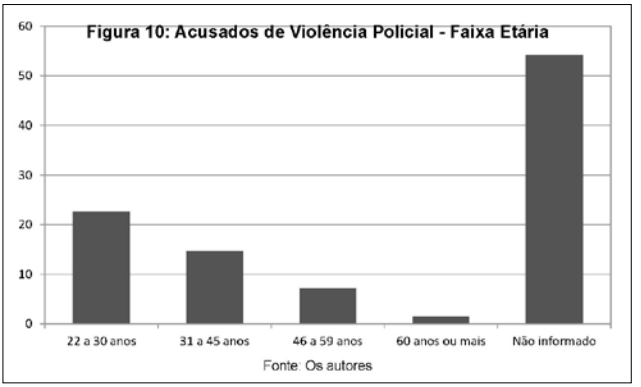



Quanto ao cargo desempenhado pelos agentes considerados agressores, 23,30% desempenham a função de soldado, 3,23% de sargento, 0,72% de delegado, e 72,76% das funções desempenhadas pelos indicados não foram informadas em nenhuma fase do processo.

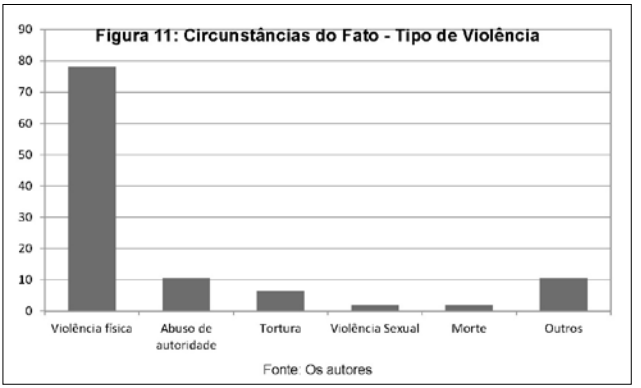



Entre os policiais acusados de violência policial, 37,99% foram declarados brancos, 11,11% negros ou pardos, e 50,90%, ou seja, mais da metade, o dado não foi informado. Em relação à faixa etária, 22,58% possuíam entre 22 e 30 anos, 14,7% entre 31 e 45 anos, 7,17% entre 46 e 59 anos, 1,43% possuíam mais de 60 anos, e em 54,12% dos casos não havia nenhuma informação.



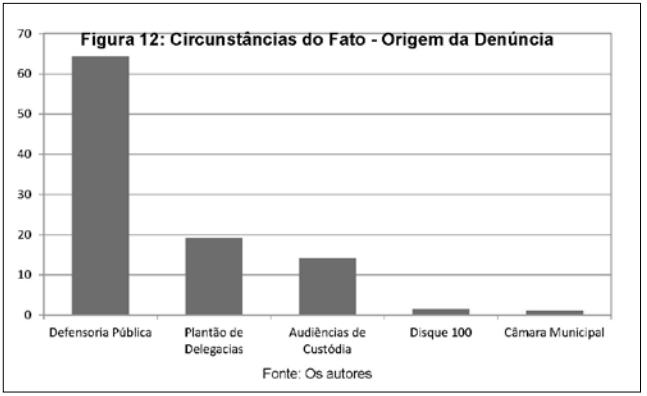



Com relação às circunstâncias sobre como ocorreu o fato violento praticado por um agente de segurança pública, 78,14% das vítimas relataram sofrer violência física, 10,39% sofreram abuso de autoridade, 6,45% sofreram tortura, 1,80% foram vítimas de violência sexual e 1,79% das violências ocasionaram a morte da vítima.

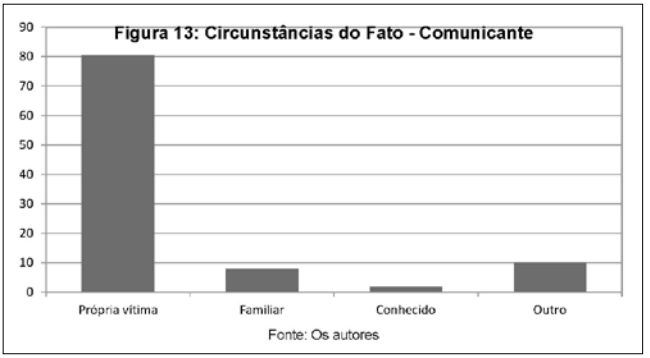



No que diz respeito à origem das denúncias recebidas, a grande maioria – 64,26% - se deu a partir de algum setor da Defensoria Pública, 14,08% vieram a partir das audiências de custódia, 19,13% dos plantões de delegacia, 1,44% do Disque 100 (Disque Direitos Humanos), e 1,08% da Câmara Municipal de Porto Alegre. É importante ressaltar que em alguns casos a pessoa vítima da agressão familiar recorre à Defensoria Pública de forma espontânea, dirigindo-se à sede do CRDH, local em que é atendida através do acolhimento integral – espaço multidisciplinar que reúne profissionais das áreas da psicologia, do serviço social e do direito, com o fim de

proporcionar um ambiente de ampla escuta à demanda e de minimização da violência.

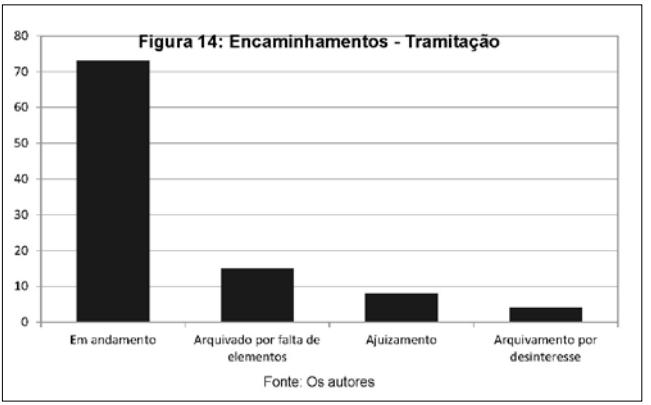



Quanto ao informante da situação violenta, em 80,29% dos casos foi o próprio agredido quem relatou o evento, seja nas audiências de custódia, seja na própria Defensoria Pública, ou em outro órgão que tiver melhor acesso; em 7,89% dos casos foi algum familiar quem informou o caso e em 1,79% dos casos foi um amigo, vizinho ou conhecido da vítima. 10,04% é o percentual de casos em que o informante não era nem a vítima, nem familiar, amigo, vizinhou ou conhecido.

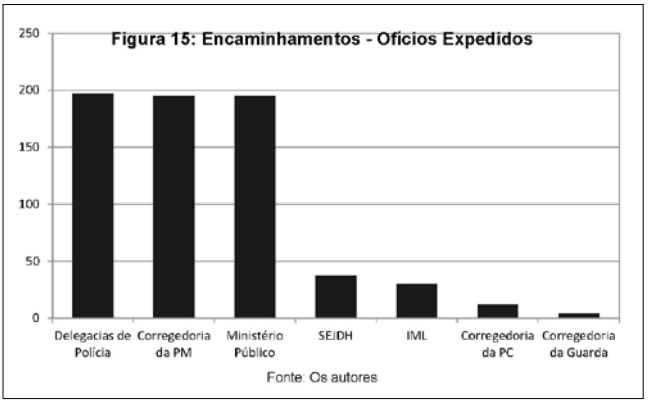



Por fim, resta ainda a análise dos resultados obtidos na coleta de dados acerca dos *encaminhamentos dados para cada caso*. Dos 279 PADINs objeto da pesquisa, 73% estavam em andamento, sem solução final. 15% desses procedimentos foram encerrados devido à ausência de elementos

probatórios, via de regra, pela falta de informações no que diz respeito à identificação dos agentes policiais perpetradores da violência. Outros 8% corresponderam a casos em que houve ajuizamento de processo judicial, geralmente visando à indenização pelos danos causados. Somente em 4% dos casos houve arquivamento em razão de desinteresse pela parte – na verdade, o que se constatou é que essa espécie de arquivamento se dava, em regra, nas situações em que o CRDH tentava contatar a vítima, mas não lograva sucesso.



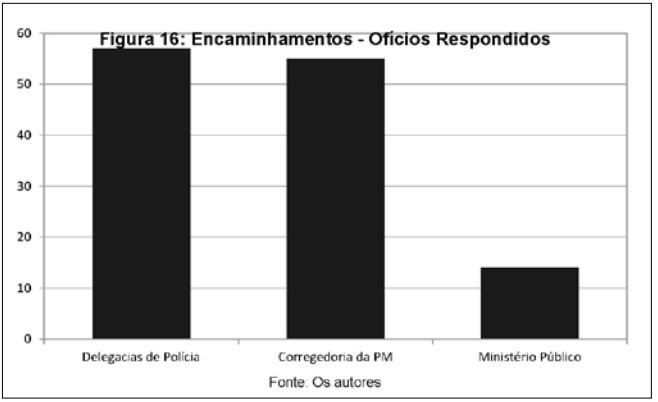

Na esfera administrativa, os órgãos que mais receberam ofícios do Centro de Referência em Direitos Humanos da DPE/RS foram as Delegacias de Polícia Civil (um total de 197 vezes de tentativa de contato), sendo seguido de perto pela Corregedoria-Geral da Brigada Militar e pelo Ministério Público Estadual (em ambos os órgãos, um total de 195 incidências). Outras



instituições também figuraram como destinatárias dos ofícios expedidos: à Secretaria da Justiça e dos Direitos Humanos do estado (37), ao Instituto Médico Legal (30), à Corregedoria-Geral da Polícia Civil (12) e, enfim, à Corregedoria-Geral da Guarda Municipal (4).

Tais ofícios eram expedidos pelo CRDH no duplo intuito de: (i) relatar e informar a situação de violência sofrida por um cidadão ou cidadã, em que no polo ativo do evento figurava um agente da força policial e; (ii) demandar uma providência do órgão responsável para que proceda com a apuração do fato narrado e a consequente e adequada sanção dos policiais envolvidos, se necessário.

No entanto, nessa etapa da pesquisa, outro obstáculo se apresentou: a recorrente resposta deficitária, quando ao menos existia retorno do órgão oficiado. A Corregedoria-Geral da Brigada Militar – analisando sempre através do número de PADINs em que houve expedição de ofício ao respectivo órgão – enviou resposta para 55% dos ofícios enviados. As Delegacias de Polícia Civil, guardando a mesma proporção, responderam aproximadamente 57% dos ofícios. Já no caso do Ministério Público – órgão destinado constitucionalmente ao controle da atividade policial, o retorno foi de apenas *14%* dos ofícios.

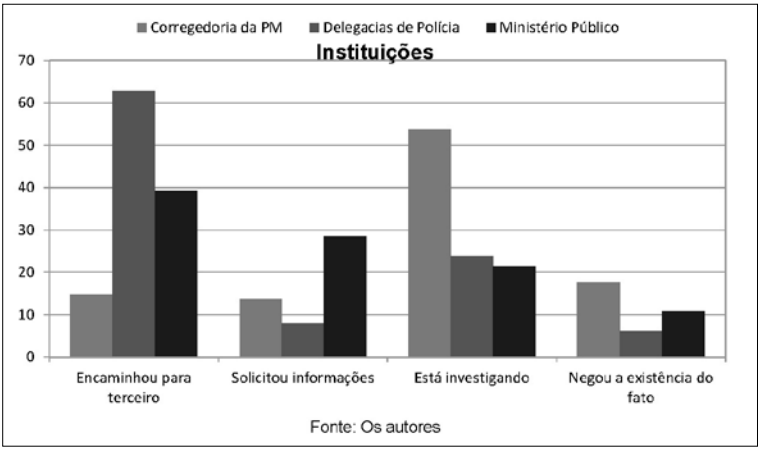



Isso quer dizer que, dos 195 ofícios expedidos para o Ministério Público, no interior dos Procedimentos para Apuração de Danos Individuais, instaurados pelo CRDH, foram registradas apenas 28 repostas da instituição. Ou seja, o órgão cuja atribuição para exercer o controle externo da atividade policial é conferida pela própria Constituição Federal de 1988, especificamente no artigo 129, inciso VII, é exatamente aquele que a prática vem

demonstrando ser o menos atuante, aparentando ser a sua prerrogativa de fiscalizador das instituições policiais meramente formal, havendo raros casos onde suas atribuições foram exercidas de fato.

Desses três principais órgãos (Corregedoria-Geral da Brigada Militar, Delegacias de Polícia e Ministério Público), trazemos também as mais recorrentes respostas enviadas, no que diz respeito ao seu conteúdo. Das 108 respostas da Corregedoria da Polícia Militar, a maior parte, 53,7%, foi para informar que havia sido instaurado um procedimento administrativo para investigar o fato; em 17,5% houve a negativa da ocorrência do fato narrado pela vítima (ou, nos termos dos pareceres emitidos pela Corregedoria, "inexistência de indícios de indisciplina ou de crimes de natureza militar"). A Corregedoria encaminhou para outro órgão em 14,8% das ocasiões e em 13,8% requisitou ao CRDH o envio de mais informações.

Nas Delegacias de Polícia, por outro lado, das 113 respostas enviadas, o retorno com maior incidência era o encaminhamento para um terceiro órgão (62,8%). Informaram que estavam procedendo com a devida investigação em 23,8% dos casos. As demais respostas tiveram pouca incidência (requisitaram mais informações em 7,9% das situações e negaram a existência do fato em 6,1%). As respostas do Ministério Público foram, respectivamente: encaminhamento para outro órgão (39,2%); solicitação de maiores informações (28,5%); informação de que estariam investigação a situação (21,4%) e; negativa da existência do fato (10,7%). Ressaltando-se que esse percentual diz respeito a um universo de 28 retornos da instituição.



Fonte: Os autores

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou trazer ao debate público o tema da violência perpetrada pelas agências policiais brasileiras, a partir de uma revisão bibliográfica ampla e introdutória, para então expor a análise da pesquisa de campo realizada no Centro de Referência em Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Examinamos as denúncias recebidas pelo CRDH referente à violência policial no período que compreende janeiro de 2014 até junho de 2016, constituindo um extenso universo de pesquisa.

Em um primeiro momento, traçamos o perfil da pessoa vítima da violência, cujo dado que mais sobressaliente foi que as pessoas negras figuraram em 24% das situações narradas (desconsiderando o valor aproximado de 20% de não informação referente à cor e raça da pessoa que sofreu a violência). Levando em conta a população negra de Porto Alegre (20,2%) e do Rio Grande do Sul (16,3%), aquele índice que parecia sem expressão se mostra extremamente relevante.

Em seguida, ao traçar o perfil do profissional da força policial indicado como agressor, percebemos que, dentre outros dados, a instituição que mais figurou no polo ativo foi a polícia militar gaúcha, com quase 90% de incidência nos eventos violentos. Ponderamos que dificilmente o resultado poderia ser diverso, tendo em vista que a Brigada Militar, por sua própria natureza ostensiva, é o órgão responsável pelo trabalho na rua, que mais tem contato com a população. Apresentaram-se ainda as circunstâncias dos fatos e os encaminhamentos dados a cada caso.

Assim, além de diversas outras questões que foram levantadas no decorrer da pesquisa pudemos debater três questões essenciais para a tomada de consciência crítica sobre o tema: o perfil da pessoa vítima de violência policial, a agência que figurou com maior frequência nas situações de violência e os órgãos que foram acionados para investigar e responsabilizar os agentes envolvidos. Compreender os resultados aqui apresentados é uma forma de preparar terreno para diálogos e a formulação de novas políticas públicas que enfrentem os problemas da violência policial, para muito além do mero “denuncismo”.

## 6 REFERÊNCIAS


ADORNO, Sérgio. Discriminação racial e Justiça criminal em São Paulo. **Novos Estudos Cebrap**. São Paulo: Cebrap. p. 45-63, nov. 1995.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Eles entram atirando**: policiamento de comunidades socialmente excluídas no Brasil (AMR 19/25/2005). Londres/Reino Unido: Amnesty Internacional Publications, 2005.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina**. São Paulo Perspectivas. vol. 18. n. 1. São Paulo, 2004. p. 39-48.

BATITUCCI, Eduardo Cerqueira. A polícia em transição: O modelo profissional-burocrático de policiamento e hipóteses sobre os limites da profissionalização das polícias brasileiras. **DILEMAS**: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, vol. 4, n. 1, jan/fev/mar, p. 65-96, 2011.

BRASIL. **Mapa do encarceramento**: os jovens do Brasil. Brasília: Presidência da República, 2015.

CÂMARA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE. **Mapa dos direitos humanos, do direito à cidade e da segurança pública de Porto Alegre 2015**. Porto Alegre: Stampa, 2015.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão. As reformas nas polícias e seus obstáculos: uma análise comparada das interações entre a sociedade civil, a sociedade política e as polícias. **Civitas**, Porto Alegre, v.8, n. 3, p. 409-427, 2008.

CURBET, James. Los origines del aparato policial moderno en Espana. In: Rico, José Maria (org.). **Polícia y sociedad democrática**. Madrid, Alianza Editorial, 1983.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário brasileiro de segurança pública de 2015**. São Paulo, 2015.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo Negro Caído no Chão**: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro. Dissertação de Mestrado do Curso do Direito – Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

IBGE. **Censo Demográfico 2010**: Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Rio de Janeiro: IBGE, 2010.

LIMA, R. S. de; SINHORETTO, J. Qualidade da democracia e polícias no Brasil. In: LIMA, R. S. de. **Entre palavras e números: violência, democracia e segurança pública no Brasil**. São Paulo: Alameda, 2011. p. 129-152.

LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Leonarda; CANO, Ignacio. **Quem vigia os vigias? – um estudo sobre controle externo da polícia no Brasil**. Rio de Janeiro: Record, 2003.

MUSUMECI, Leonarda; SOARES, Bárbara Musumeci. Polícia e gênero: participação e perfil das policiais femininas nas PMs brasileiras. Nitéroi: **Revista Gênero**, v. 5, n. 1, 2004.

MUNIZ, J.; PROENÇA JR., D. Mandato Policial. In: LIMA, R. S.; RATTON, J. L.; AZEVEDO, R. G. (Orgs.). **Crime, Polícia e Justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014. p. 491-510.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PINHEIRO, Paulo Sérgio; SADER, Emir. O controle da polícia no processo de transição democrática no Brasil. In: **Temas IMESC**. São Paulo, 1985. p. 77-95.

_____. Violência, crime e sistemas policias em países de novas democracias. **Tempo Social**: revista de sociologia da USP, São Paulo, v.9, n.1, 1997.

SANTOS, José Vicente Tavares dos. A arma e a flor: formação da organização policial, consenso e violência. **Tempo Social**: revista de sociologia da USP, São Paulo, v.9, n.1, 1997.

_____. As Lutas Sociais contra a Violência. Santa Catarina: **Política e Sociedade**, Revista de Sociologia Política, 2007.

_____. **Violências e Conflitualidades**. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2009.

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

ZALUAR, A. Etos guerreiro e criminalidade violenta. In: LIMA, R. S.; RATTON, J. L.; AZEVEDO, R. G. (Orgs.). **Crime, Polícia e Justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014. p. 35-50.

DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

SIGA-NOS

DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL