



**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS  
VOLUME 1**

**IV CONGRESSO  
INTERNACIONAL DE DIREITOS  
HUMANOS DE COIMBRA  
uma visão transdisciplinar**

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)

Série Simpósios do IV CIDHCoimbra 2019  
ISBN 978-65-86051-03-2

# IV CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: UMA VISÃO TRANSDISCIPLINAR

## ORGANIZAÇÃO:



<http://www.inppdh.com.br>



<http://igc.fd.uc.pt/>

**VITAL MOREIRA  
JÓNATAS MACHADO  
CARLA DE MARCELINO GOMES  
CATARINA GOMES  
CÉSAR AUGUSTO RIBEIRO NUNES  
LEOPOLDO ROCHA SOARES  
(Organizadores)**

**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS DO IV  
CIDHCoimbra 2019  
VOLUME 1**

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)

**1ª edição**

**Jundiaí/SP - Brasil  
Edições Brasil / Editora Fibra / Editora Brasília  
2020**

© Edições Brasil / Editora Fibra / Editora Brasília - 2020

Supervisão: César Augusto Ribeiro Nunes  
Capa: João J. F. Aguiar  
Edição eletrônica: João J. F. Aguiar, César A. R. Nunes, José R. Polli  
Revisão ortográfica: os autores, respectivamente ao capítulo  
Revisão Geral: Comissão Organizadora do IV CIDHCoimbra 2019

Conselho Editorial Edições Brasil: João Carlos dos Santos, Dimas Ozanam Calheiros, José Fernando Petrini, Teresa Helena Buscato Martins.

Conselho Editorial Editora Fibra: Maria Cristiani Gonçalves da Silva, Francisco Evangelista, Jean Camoleze, Jorge Alves de Oliveira, Sidnei Ferreira de Vares, Thiago Rodrigues, Guilherme de Almeida Prazeres, Cristiano Reis.

Conselho Editorial Editora Brasília: César Ap. Nunes, Leopoldo Rocha Soares, Daniel Pacheco Pontes, Paulo Henrique Miotto Donadeli, Elizabete David Novaes, Eduardo António da Silva Figueiredo, Egberto Pereira dos Reis

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei 9610 de 19/02/1998. Todas as informações contidas nesta obra são de exclusiva responsabilidade dos autores.

As figuras deste livro foram produzidas pelos autores, sendo exclusivamente responsáveis por elas. A imagem da capa foi obtida na Adobe Stock por João J. F. Aguiar.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida ou transmitida por qualquer meio, sem previa autorização por escrito das editoras. O mesmo se aplica às características gráficas e à edição eletrônica desta obra. Não é permitido utilizar esta obra para fins comerciais. Quando referenciada, deve o responsável por isto fazer a devida indicação bibliográfica que reconheça, adequadamente, a autoria do texto.

Cumpridas essas regras de autoria e edição, é possível copiar e distribuir essa obra em qualquer meio ou formato

Alguns nomes de empresas e respectivos produtos e/ou marcas foram citadas apenas para fins didáticos, não havendo qualquer vínculo das mesmas com a obra.

A editora, os organizadores e os autores acreditam que todas as informações apresentadas nesta obra estão corretas. Contudo, não há qualquer tipo de garantia de que o uso das mesmas resultará no esperado pelo leitor. Caso seja(m) necessária(s), as editoras disponibilizarão errata(s) em seus sites.

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

N9221a Nunes, César Augusto R.

Anais de Artigos Completos do IV CIDHCoimbra 2019 - Volume 1 / César Augusto R. Nunes et. al. (orgs) [et al.] – Jundiá: Edições Brasil / Editora Fibra / Editora Brasília, 2020.

293 p. Série Simpósios do IV CIDHCoimbra 2019

Inclui Bibliografia

ISBN: 978-65-86051-03-2

1. Direitos Humanos I. Título

CDD: 341

Publicado no Brasil / Edição eletrônica

contato@edicoesbrasil.com.br / contato@editorafibra.com.br

cnunes.adv@uol.com.br

**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS  
IV CONGRESSO INTERNACIONAL DE  
DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: UMA VISÃO  
TRANSDISCIPLINAR**

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)

**VOLUME 1 - Composição dos Simpósios:**

<b>Simpósio n.º 01</b>
DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE GLOBALIZAÇÕES E CONTRA- GLOBALIZAÇÕES
<b>Coordenadores:</b> Mário Reis Marques e Luís Meneses do Vale
<b>Simpósio n.º 02</b>
TEORIAS DOS DIREITOS HUMANOS E A RESPOSTA À PERGUNTA: O QUE É TER UM DIREITO?
<b>Coordenadores:</b> Márcio Secco e Rodolfo de Freitas Jacarandá
<b>Simpósio n.º 03</b>
MÍDIA, POLÍTICA, TECNOLOGIAS E DIREITOS HUMANOS
<b>Coordenadoras:</b> Aparecida Luzia Alzira Zuin e Larissa Zuim Matarésio
<b>Simpósio n.º 04</b>
EFETIVA APLICAÇÃO DAS REGRAS DE MANDELA NA EXECUÇÃO PENAL
<b>Coordenadores:</b> Daniel Pacheco Pontes e Alexandre Sanches Cunha
<b>Simpósio n.º 06</b>
JUSTIÇA RESTAURATIVA E DEMOCRACIA: INSTRUMENTOS PARA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE CRISE
<b>Coordenadores:</b> Luciano de Oliveira Souza Tourinho e Samene Batista Pereira Santana

**ISBN: 978-65-86051-03-2**

VOLUME 2 – ISBN: 978-65-86051-04-9

VOLUME 4 – ISBN: 978-65-86051-06-3

VOLUME 6 – ISBN: 978-65-86051-07-0

VOLUME 8 – ISBN: 978-65-86051-11-7

VOLUME 3 – ISBN: 978-65-86051-05-6

VOLUME 5 – ISBN: 978-65-86051-08-7

VOLUME 7 – ISBN: 978-65-86051-09-4

VOLUME 9 – ISBN: 978-65-86051-10-0

**COMISSÃO CIENTÍFICA DO IV CIDHCOIMBRA 2019:**

**Membros Titulares:**

Prof. Doutor Vital Moreira; Prof. Doutor Jónatas Machado; Mestre Carla de  
Marcelino Gomes; Mestre Catarina Gomes; Mestre César Augusto Ribeiro Nunes;  
e Mestre Leopoldo Rocha Soares.

**Membros Convidados:**

Prof. Doutor Rafael Mario Iorio Filho; Profa. Doutora Fernanda Duarte Lopes  
Lucas da Silva; Profa. Dra. Alessandra Benedito; Mestre Alexandre Sanches Cunha.

## SUMÁRIO

Apresentação .....	08
A Diversidade Cultural na Europa Cosmopolita e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem .....	10
Belisa Carvalho Nader	
A Perspectiva da Migração sob a Luz da Nova Ordem Internacional .....	22
Bruna Nubiato Oliveira, Maucir Pauletti	
As Transformações do Século XXI e os Desafios ao Estado Democrático de Direito: a crise do atual modelo democrático e a possível transição para uma pós-democracia .....	33
Rhuan Rommell Bezerra de Alcantara	
Ética, Moral e Direito no Transumanismo e Pós-Humanismo .....	40
João Jerónimo Machadinha Maia	
Derechos Ambientales Como Nueva Teoría Integral de Los Derechos .....	53
Gregorio Mesa Cuadros	
Efetividade dos Mecanismos de Proteção à Mulher Brasileira .....	65
Maria Eduarda Lievore Barros	
O Discurso da Lei e da Jurisprudência: entre o significado e a Descrição .....	77
Cláudia Ernst P. Rohden	
A Operacionalização do Programa de Proteção à Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte no Estado do Ceará sob a Ótica da Organização Gestora: o desafio de salvaguarda da vida na perspectiva da proteção Integral .....	91
Mônica Sillan de Oliveira, André Henriques Bueno	
Sujeitos, Objeto e Violência do Discurso na Mídia Digital .....	100
Márcia Fernandes Bezerra	
A Internet e a Dominação a Partir do Silêncio do Outro .....	113
Rodrigo Bandeira Marra	
Liberdade de Expressão e Informação na Ótica da Proteção de Dados Pessoais: União Europeia e Brasil .....	126
Juliana Falci Sousa Rocha Cunha	
O Impacto da Inteligência Artificial na Democracia .....	135
Sofia Caseiro	
A Culpabilização da Vítima: como as manchetes retratam a mulher agredida em crimes de gênero .....	143
Andrelize Schabo Ferreira de Assis, Lucélia Miranda de Souza Quintiliano	

Punições Implícitas: Realidade da Execução Penal .....	155
Gabriel de Faria Cussolim	
Execução Penal: a violação das regras de Mandela no processo de execução penal no Brasil .....	163
Maria Carolina Ramos, Luciene de Jesus Lima	
O Suicídio nas Penitenciárias Brasileiras e a aplicação das regras de Mandela ....	172
Rafaela Alves da Fonseca Cassali	
Presos que Dão à Luz: a relevância de políticas públicas em face das particularidades do gênero feminino .....	185
Lara Esteves Martins	
A APAC Feminina de Frutal-Mg, Brasil, Como Opção à Efetiva Aplicação das Regras de Mandela .....	198
Keila Martins Mota	
As Regras de Mandela no Sistema Penitenciário Federal Brasileiro: o isolamento do preso e os direitos humanos .....	211
Olinda Vicente Moreira	
A Dignidade da Pessoa Humana Face ao Sistema Carcerário Brasileiro: Regras de Mandela .....	220
Isabela Joana Mateus Amorim	
Justiça Restaurativa: as aplicações dos círculos de paz para adolescentes em conflito com a lei .....	228
Ranna Santos Morais	
Justiça Restaurativa como Guardiã da Democracia - uso de princípios restaurativos no âmbito sociopolítico brasileiro .....	234
Amanda Castro Machado	
Democracia em Tempos de Crise: a justiça restaurativa como fortalecimento dos direitos humanos .....	247
Ana Paula da Silva Sotero	
A Mediação Penal Pós-Sentencial Como Técnica de Justiça Restaurativa em Portugal .....	258
Marianna Salvão Felipetto	
Justiça Restaurativa e o Filme “Abril Despedaçado”: um novo olhar sobre o crime para a preservação da paz .....	274
Tháise Ribeiro Santos Lima	
A Insurgência da Justiça Restaurativa Contra o Paliativo - “Populismo Penal” - Aplicado a Violência de Gênero .....	287
Jéssica Melo Martins, Nieda Machado da Silva	

## APRESENTAÇÃO

Nesta quarta edição do *Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra: uma visão transdisciplinar* (IV CIDHCoimbra 2019), realizada no Auditório da Universidade de Coimbra, Portugal, entre os dias 16 e 18 de outubro de 2019, temos a profunda alegria de publicar, pela primeira vez desde 2016, este expressivo conteúdo científico, reunido na forma de **ANAIS de ARTIGOS COMPLETOS** do Congresso. Trata-se da reunião de mais de 200 pesquisas elaboradas e escritas pelos/as participantes do Congresso que estiveram inscritos/as nos inúmeros Simpósios decorridos durante os 03 dias de evento. Um número, sem dúvida, bastante expressivo de trabalhos publicados. Nesse momento, depois de um longo trabalho de revisão, formatação e diagramação dos artigos, apresentamos esta publicação em 09 volumes a toda a comunidade acadêmica do Congresso, a toda nossa rede de pesquisa em Direitos Humanos, composta de docentes, estudantes e profissionais das mais diversas áreas, assim como a todos/as os/as interessados/as.

Cada um dos 09 volumes compreende um número específico de Simpósios e seus respectivos artigos que, somados, constituem uma frutífera coleção de pesquisas, apuradas, inicialmente, através de um rigoroso processo de seleção de Resumos, conduzido por um seleto grupo de Coordenadores/as de Simpósios. Importante lembrar que, a cada ano, temos recebido mais trabalhos para serem avaliados pelos/as referidos/as Coordenadores/as de Simpósios, fato este que revela o prestígio que o evento tem conquistado internacionalmente. Em muito nos honra, portanto, o interesse manifestado por diversos/as investigadores/as que submetem, todos os anos, suas pesquisas sempre inovadoras e de altíssima qualidade para serem avaliadas e, depois de aprovadas, apresentadas no Congresso. Além disso, temos registrado, ao longo de nosso evento, a realização de momentos únicos, em que participamos de um espaço privilegiado de discussões e de aprofundamentos teóricos sobre os Direitos Humanos. Por isso, definimos a entrega dos Artigos Completos, para data posterior ao evento, de modo que toda essa qualificada experiência do evento possa ser aproveitada na conclusão dos trabalhos enviados para os Anais de Artigos Completos.

O projeto de planejamento e realização de um evento internacional, como o IV CIDHCoimbra 2019, tem se revelado ser um trabalho de produção acadêmica de excelência. Ao fomentarmos a pesquisa e a produção teórica, na forma de um evento como este, alcançamos um dos objetivos mais fundamentais da pesquisa, qual seja: o compartilhamento do conhecimento



científico. É nesse sentido que orientamos as nossas atividades, buscando enriquecer a relação de ensino e formação em Direitos Humanos, por meio da oferta de Simpósios variados, palestras com ilustres e referenciais nomes da Ciência, publicações de resumos e artigos, debates e discussões propositivas e, como não poderia deixar de ser, convivência harmoniosa entre todos | as os | as nossos | as participantes, equipes de trabalho e de organização.

Por fim, como última nota de apresentação desta 1ª Edição dos Anais de Artigos Completos do IV CIDHCoimbra 2019, gostaríamos de registrar a enorme satisfação que tivemos ao receber cada um | a dos | as participantes do Congresso em nosso Evento de outubro de 2019, vindos de mais de 10 países diferentes e cada qual com sua valiosa contribuição. Assim, e como dito antes, a cada ano temos recebido mais participantes e, por isso, temos criado a convicção do importante alcance que estes Anais terão aquando da sua divulgação. Pela atualidade e diversidade temática que identificamos nos artigos, temos certeza que esta publicação irá despertar o interesse da comunidade profissional e acadêmica à qual se destina, tornando-se uma fundamental fonte de pesquisa.

Complementarmente, não poderíamos deixar de agradecer, novamente, o apoio incondicional das equipes de trabalho das entidades realizadoras do Congresso, em Portugal, representado pelo *Ius Gentium Conimbrigae* – IGC/ Centro de Direitos Humanos, com sede na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e, no Brasil, representado pelo Instituto Nacional de Pesquisa e Promoção de Direitos Humanos – INPPDH, sediado na cidade de Campinas-SP. Que esta publicação seja o início de uma rica e histórica série de pesquisas em Direitos Humanos, assim como tem sido o nosso Congresso.

Comissão Organizadora

IV Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra:  
uma visão transdisciplinar

# A DIVERSIDADE CULTURAL NA EUROPA COSMOPOLITA E O TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

**Belisa Carvalho Nader**

Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, Subdivisão de Direito Constitucional, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória/Brasil. Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Espírito Santo/Brasil. Advogada regularmente inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Espírito Santo. Professora do Curso de Graduação em Direito da Faculdade Pitágoras dos Campi Guarapari e Serra/Brasil. Professora do Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Estácio de Sá de Vitória/Brasil

## **Resumo:**

O artigo analisa a proteção jurídica da diversidade cultural na Europa, centrada na atuação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. A proteção das diversas identidades culturais coexistentes na Europa não é isenta de dificuldade, uma vez que exige o reconhecimento de uma diferença em relação a uma certa identidade nacional. Fundamental, portanto, é a análise de sua tutela jurídica efetiva, mediante a concretização dos direitos humanos já consagrados. De início, parte-se das bases doutrinárias que elevam a identidade cultural como importante valor a ser protegido juridicamente. Em seguida, desenvolvem-se os alicerces normativos para tal proteção, encontrados nas matrizes nacional, internacional e da União Europeia. Por fim, analisa-se a atuação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a partir de alguns dos seus principais julgados. Conclui-se, ao final, que o Tribunal tende a privilegiar a identidade nacional dos Estados em detrimento do reconhecimento das identidades culturais.

**Palavras-chave:** Diversidade cultural; Identidade nacional; Direitos humanos; Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

## **Introdução**

O continente europeu é, tradicionalmente, marcado por uma incrível diversidade, seja em razão de sua dimensão territorial, de toda a sua história, de

seu histórico – e de sua atualidade – de imigração<sup>1</sup>, seja, já mais recentemente, em razão de sua integração política. Tal diversidade resulta da interação e da convivência de uma multiplicidade de identidades, cada uma delas transportando as suas especificidades. Na verdade, podemos afirmar que é, justamente, a interação de todas essas identidades culturais que constitui e caracteriza a identidade europeia.

Tal fato, por sua vez, nos posiciona diante do debate acerca da incorporação de toda essa diversidade cultural na e pela Europa. Esta, em razão de sua história, se mostra convencida pela necessidade de proteger as suas mais variadas identidades, uma vez já tendo lidado com este fenômeno e com as perversas consequências de assim não agir ao longo dos anos.<sup>2</sup>

Devemos esclarecer, contudo, que a proteção, nomeadamente jurídica, da identidade cultural não é isenta de dificuldades, já que exige, desde o início, o reconhecimento de uma diferença – neste caso, cultural – em relação a uma suposta – vale dizer, irreal<sup>3</sup> – homogeneidade pré-definida<sup>4</sup>. No entanto, para além de uma mera solução teórica à proteção da identidade cultural, devemos buscá-la através da concretização dos próprios direitos humanos já consagrados.<sup>5</sup>

Assim vislumbramos, portanto, a importância de avaliarmos a efetiva tutela das mais diversas identidades culturais manifestadas na Europa, centrando nossa atenção no papel exercido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, principalmente por este se apresentar como o guardião máximo dos direitos humanos na Europa. Buscaremos, enfim, analisar a atuação daquele no que concerne ao reconhecimento da identidade cultural dos indivíduos quando esta se contrapõe à identidade nacional dos Estados, isto é, aos seus valores mais enraizados.

Para tanto, desenvolveremos, numa primeira parte, as bases doutrinárias que elevam a identidade cultural como um importante valor – diretamente ligado à dignidade humana – a ser protegido juridicamente, uma vez subjacente aos direitos humanos já reconhecidos. Em seguida, numa segunda parte, apresentaremos os principais alicerces normativos para tal proteção, tanto a nível nacional, como a nível internacional e a nível da União Europeia, os quais retratam uma verdadeira internormatividade em matéria de direitos humanos, confirmando o comprometimento de toda a Europa para com as questões culturais. Por fim, numa terceira parte, buscaremos alcançar a tutela jurídica efetiva da identidade cultural, baseando-nos, primordialmente, na atuação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, mediante a menção a alguns de seus julgados, no intuito de identificarmos o seu posicionamento a esse res-

1 BONEU, 2003, pp. 175 e ss.

2 BIDELEUX, 2003, pp. 243-261.

3 Para BECK, 2007, p. 35, “a presunção de homogeneidade cultural é na verdade uma negação da realidade.”

4 Discutindo essa homogeneidade, HABERMAS, 2002, pp. 134 e ss. Ainda, TULLY, 1997, pp. 58 e ss.

5 PISON, 2001, pp. 124 e ss.

peito, bem como a sua tendência frente às novas exigências da realidade social culturalmente pluralista.

## **A identidade cultural**

### **A fundamentalidade da identidade cultural**

A extrema importância da cultura foi, uma vez, demonstrada através da seguinte afirmação: “cultura, existência, identidade e dignidade são termos entrelaçados”.<sup>6</sup> Desde logo, não nos parece tão difícil procedermos à inter-relação de todos esses termos, especialmente quando nosso marco referencial é o indivíduo.

Primeiramente, entendendo a cultura como o conjunto de elementos condicionantes, estruturantes e significativos de toda conduta humana, apenas aquela possibilita ao indivíduo uma existência devidamente enquadrada e orientada.<sup>7</sup> Em seguida, já no que respeita à identidade, essa mesma cultura se reflete, de maneira direta, na personalidade do indivíduo, moldando seus valores, seus comportamentos e seus sentimentos. Por fim, relativamente à dignidade, apenas a cultura, entendida como esse complexo aporte referencial do indivíduo, proporciona-lhe um sentido de integridade. Por esta razão, podemos concluir que a identidade cultural é elemento essencial da dignidade humana.

De maneira geral, a identidade cultural pode ser entendida como a “personificação da cultura”<sup>8</sup>. De forma análoga a esta, é refletida e percebida em diversos aspectos, tais como – numa dimensão objetiva – nas artes, na literatura, na educação, na língua, na herança cultural, na religião, mas, também e acima de tudo – agora numa dimensão subjetiva –, nos hábitos, nas tradições, nas crenças, nos costumes e nos comportamentos específicos dos indivíduos.

É de destacar, entretanto, igualmente ao que acontece com o conceito de cultura, que o conceito de identidade cultural não é facilmente encontrado nos documentos legais. Aliás, podemos fazer referência a, apenas, um documento no âmbito europeu, o qual nos apresenta a identidade cultural descrita da seguinte forma: “a identidade cultural é compreendida como o conjunto de referências culturais pelo qual uma pessoa, individualmente ou em coletividade, se define, se constitui, se comunica e se propõe a ser reconhecida em sua dignidade”.<sup>9</sup>

Ora, a identidade cultural transporta os elementos da cultura através dos quais os indivíduos se definem e se expressam, contribuindo, assim, para a sua integridade. Consequentemente, apenas por meio deste enquadramento

6 MANNENS *apud* EGRET, 2005, p. 7.

7 PEDRO, 1993, p. 25, investigando o significado do termo cultura, chama a atenção para as mais de 250 noções.

8 DONDEERS, 2002, p. 30.

9 Definição encontrada no artigo 2º da Declaração de Fribourg, embora não adotada pelo Conselho da Europa.

– merecedor, portanto, de proteção jurídica – a sua existência faz realmente sentido.<sup>10</sup>

## O valor da identidade cultural

No intuito de aprofundarmos a discussão acerca da proteção jurídica da identidade cultural, uma importante questão que devemos esclarecer diz respeito à existência de um direito específico à identidade cultural.<sup>11</sup>

De início, apresentamos algumas das diversas formulações propostas à proteção jurídica da identidade cultural encontradas na literatura, quais sejam, “direito à identidade cultural”, “direito à identificação cultural”, “direito à proteção e ao desenvolvimento da identidade cultural”, “direito de preservação da identidade cultural”, “direito à liberdade de identidade cultural”, dentre tantas outras. No entanto, apesar de todas elas – por mais interessantes e apelativas que pareçam ser –, é possível concluirmos que não existe um direito específico relacionado à identidade cultural.

Formalmente, ainda que sem qualquer definição estabelecida, o conceito de identidade cultural já se mostra utilizado em diversos documentos de direitos humanos<sup>12</sup>, embora, explicitamente, não se lhe tenha atribuído a forma de direito. Aliás, podemos dizer que os diversos documentos que tendem a tratar da identidade cultural o fazem mediante as suas várias perspectivas, ou a como nos referimos anteriormente, aos seus aspectos ou elementos, tais como a etnia, a língua, a religião, educação, etc.

Ainda que seja verdade que a proteção da identidade cultural – como um valor importante e elemento da dignidade humana – se enquadrasse perfeitamente no quadro dos direitos humanos, essa sua transposição como um direito separado não se apresenta desejável ou necessária, e mais, pode até mesmo se mostrar temerária e perigosa. Tal direito específico não satisfaz a ideia de alargamento dos direitos humanos; pelo contrário, a sua proliferação desnecessária apenas ameaça a desvalorização da sua própria ideia e, conseqüentemente, os enfraquece.<sup>13</sup>

Nesse sentido, podemos alertar que tal como a identidade cultural é manifestada através de determinados aspectos – língua, etnia, religião, educação, etc. – também o suposto direito à identidade cultural implicaria outros direitos relativamente a esses mesmos aspectos. Ora, uma vez que os direitos hu-

10 TAYLOR, 1998, p. 54.

11 Aproveitamo-nos da obra de DONDERS, 2002, a qual busca verificar a existência ou não do direito à identidade cultural bem como a necessidade de desenvolvê-lo no quadro dos direitos humanos.

12 Encontramos referências diretas na Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas; na Convenção concernente aos Povos Indígenas e Tribais nos Países Independentes da Organização Internacional do Trabalho; na Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias; e na Convenção-Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais do Conselho da Europa.

13 DONNELLY, 2003, p. 220-221. No mesmo sentido, DONDERS, 2002, p. 7 e 10.

manos já cuidam de muitas dessas questões – por exemplo, através dos direitos de liberdade de religião, de liberdade de associação, do direito à educação, do direito à família, etc. – um novo direito, englobando todas essas vertentes, não seria necessário.

O quadro dos direitos humanos já oferece diversas oportunidades à proteção da identidade cultural, mediante tanto os direitos civis e políticos, como os sociais, econômicos e culturais – inclusive aqueles já direcionados a algumas comunidades minoritárias.<sup>14</sup> Dessa maneira, ao proteger e promover tais direitos, está-se, por meio deles, também protegendo e promovendo a identidade cultural.

Tal posicionamento não significa, todavia, que a proteção encontrada para a identidade cultural seja completa e perfeita. Contrariamente, nossa atenção e nosso esforço têm que ser direcionados à implementação e à proteção dos direitos humanos já reconhecidos, agora enfatizando e promovendo a sua perspectiva cultural.<sup>15</sup> Uma vez consistindo num importante elemento da dignidade dos indivíduos, a identidade cultural deve ser utilizada como um valor ou princípio de direitos humanos, justamente mobilizável na interpretação, no desenvolvimento e na implementação de todos eles.<sup>16</sup>

## **A proteção da identidade cultural na Europa**

### **A matriz nacional**

Consoante constatado anteriormente, a identidade cultural, uma vez não correspondendo a um direito específico, funciona como um valor ou um princípio subjacente aos direitos humanos já reconhecidos. No âmbito do direito nacional, encontramos diversas manifestações do valor da identidade cultural, o qual permeia os direitos fundamentais a ponto de enfatizar a sua perspectiva cultural. Dessa maneira, podemos entender que as disposições relativas aos direitos fundamentais também se prestam ao reconhecimento das diversas identidades coexistentes na sociedade, principalmente quando fundadas nos princípios da dignidade, da igualdade e da não discriminação.

Todavia, em razão da impossibilidade prática de tratarmos, individualmente, as mais variadas disposições de direitos fundamentais constantes das diversas matrizes nacionais da Europa, limitamo-nos a fazer remissão a determinados ordenamentos jurídicos europeus que enfrentam, de uma maneira mais clara e profunda, em razão de suas peculiaridades históricas, sócio-culturais e, até mesmo, territoriais, a problemática do reconhecimento – ou do não-reconhecimento – da identidade cultural, inclusive mediante inclusão de dispositivos constitucionais ou legislações infraconstitucionais a esse respeito.<sup>17</sup>

14 DONNELLY, 2003, p. 220.

15 DONNELLY, p. 221.

16 DONDERS, 2002, p. 339-340. Ainda, IOVANE, 2007, pp. 249 e ss.

17 Remetemos, em particular, aos ordenamentos espanhol, italiano e britânico, os quais, de maneira peculiar, adotam políticas de proteção das identidades culturais. Em direção

## A matriz internacional

Para fins de proteção jurídica da identidade cultural, podemos encontrar diversas de suas manifestações nos mais variados documentos de direito internacional. Apesar das tantas críticas dirigidas ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos – o qual não reconheceria e protegeria adequadamente a identidade cultural –, este se mostra bastante preocupado e desenvolvido nessa área. O direito internacional proporciona um nível de detalhe e sensibilidade à proteção da identidade cultural que é relativamente ausente nos demais debates teóricos sobre o tema.<sup>18</sup>

Ao buscarmos, no entanto, o valor e a proteção da identidade cultural dos indivíduos no direito internacional, limitamo-nos aos encontrados na Europa, isto é, ao sistema estabelecido sob a égide do Conselho da Europa. Assim, temos por base quatro de seus principais documentos, os quais se mostram intimamente relacionados. Inclusive, podemos dizer que a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, como principal instrumento de proteção, foi diretamente influenciada, no que concerne à preocupação com o respeito pela identidade cultural, pela Convenção-Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais e pela Carta Europeia para as Línguas Regionais e Minoritárias, além de, em certa medida, ser complementada pela Carta Social Europeia, o que demonstra, por conseguinte, o comprometimento de todo o sistema com a questão cultural.

Aliás, podemos afirmar que a proteção da identidade cultural traduz, perfeitamente, a própria missão do Conselho da Europa, qual seja, a de preservar e promover os direitos humanos e garantir a integração e a coesão – inclusive mediante elementos culturais e identitários – da Europa.

## A matriz da União Europeia

No intuito de melhor verificarmos o tratamento e a proteção da identidade cultural a nível da União Europeia, devemos nos remeter, primeiramente, à evolução desta matriz no que se refere às suas competências no âmbito da cultura e, por conseguinte, dos direitos humanos.<sup>19</sup>

É de ressaltar que tais questões – culturais e de direitos humanos – permaneceram, por muito tempo, fora das competências conferidas à União Europeia. Consequentemente, o seu papel direto na proteção de tais direitos e, nomeadamente, da identidade cultural era bastante limitado, já que tal preocupação permaneceu, por um longo tempo, fora de seu escopo. A União Europeia, nesse âmbito, já se aproveitava do sistema do direito internacional, em muitos casos aceitando e aplicando as suas normas, e também se apoiava nos

---

oposta, remetemos aos ordenamentos jurídicos francês e alemão, estes tradicionalmente nacionalistas.

18 MACKLEM, 2009, p. 499.

19 Para um histórico da competência da União Europeia no âmbito da cultura, DE WITTE, 1993. Ainda, SHUIBHNE, 2002.

mecanismos constitucionais de proteção.

No entanto, como um processo contínuo de evolução, esta matriz normativa também precisou se adequar às novas exigências surgidas no processo de integração – não apenas econômica, mas, acima de tudo, política. Nesse momento, a importância de tais questões veio à superfície, exigindo estipulações diretas a esse respeito no direito da União Europeia. Destacamos, portanto, o Tratado da União Europeia, o qual – já na sua versão atualizada<sup>20</sup> – traz a preocupação com os direitos humanos. Não bastasse, já mais recentemente, a União Europeia demonstrou total comprometimento com tais direitos, na medida em que adotou tanto a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, bem como aderiu à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.<sup>21</sup>

## **A internormatividade em matéria de direitos humanos**

A ideia de pluralidade de níveis<sup>22</sup>, ou diversas matrizes normativas, não pode ser vista como impeditiva à harmonização entre os vários sistemas de proteção dos direitos humanos. Contrariamente, tal pluralidade deve funcionar como instrumento à máxima eficácia e efetividade daqueles direitos. Contudo, é previsível que, em razão da complexidade dos referidos sistemas de proteção, bem como da complexidade da imbricação entre eles, conflitos surjam em relação à norma a ser aplicada no caso concreto, por qualquer das matrizes.

Nesse contexto, percebemos não mais haver a pretensão de primazia pré-estabelecida de uma norma protetora dos direitos humanos sobre as demais. A primazia, agora, é da norma, ou da interpretação de uma norma, mais favorável à tutela daqueles, seja ela de direito nacional, internacional ou da União Europeia, uma vez que todas elas, nesse momento, interagem em benefício da proteção dos direitos humanos. Essa é, por sua vez, a solução expressamente consagrada em diversos documentos de maior relevância.

Primeiramente, fazemos referência à abertura constitucional ao direito internacional, constante em várias constituições modernas.<sup>23</sup> Isso significa que, em caso de insuficiência constitucional, deve o Estado recorrer às demais matrizes normativas. Para tanto, a ordem constitucional deve abrir-se – e assim o faz –, às outras ordens consagradoras dos direitos humanos, no intuito de garantir a tutela efetiva de tais direitos.

Em seguida, devemos fazer referência ao direito internacional, o qual,

---

20 Consoante consta do TUE, no seu artigo 60, após as modificações introduzidas pelo Tratado de Lisboa.

21 Comprometimento também consagrado no artigo 60 do Tratado da União Europeia.

22 Para a base teórica do “constitucionalismo multinível”, PERNICE, 1999.

23 A título exemplificativo, as Constituições Portuguesa, Espanhola e Alemã. Ainda que não expressamente constante dos seus textos constitucionais, na França, na Áustria e na Bélgica, a vinculação ao direito internacional como diretriz de interpretação dos direitos fundamentais é observada pelas suas jurisprudências constitucionais.



consoante já mencionado, vem dominando as discussões concernentes à proteção dos direitos humanos, aí incluída a proteção da identidade cultural, destacando-se como a principal fonte harmonizadora de conflitos normativos nesse âmbito. Neste sentido, os próprios princípios da complementaridade e subsidiariedade – próprios do direito internacional – traduzem a busca pela máxima proteção dos direitos humanos, esta encontrada, de forma expressa e exata, na própria Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.<sup>24</sup>

Por fim, fazemos referência, no âmbito agora do direito da União Europeia, ainda que a sua criação, adoção e vinculação tenham sido bastante controvertidas, à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a qual também estabelece e consagra o princípio da proteção mais elevada em matéria de direitos humanos, na tentativa de, neste contexto de internormatividade, garantir-lhes a máxima eficácia e efetividade.<sup>25</sup>

Lembrando-nos do conceito de “irritação recíproca”<sup>26</sup>, fácil é percebermos que os diversos sistemas europeus devem ser vistos como interdependentes e complementares – e jamais excludentes e supremos –, expressando, assim, um saudável pluralismo e diálogo totalmente comprometidos com o desenvolvimento e com a proteção dos direitos humanos.

## **O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a questão cultural**

### **O guardião máximo dos direitos humanos na Europa**

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem se apresenta, atualmente, como o “guardião máximo dos direitos humanos na Europa”, uma vez consistindo no órgão competente para julgar as questões relativas à interpretação e à aplicação da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

Tal posição lhe é, devidamente, atribuída em razão de as ordens jurídicas nacionais terem aderido – e estarem submetidas – ao referido documento internacional.<sup>27</sup> Seguindo o mesmo caminho, a União Europeia, já mais recentemente, também procedeu a tal adesão, passando, indubitavelmente, a ser controlada, no que tange às observâncias da Convenção e, conseqüentemente, à proteção dos direitos humanos, pelo mesmo Tribunal.<sup>28</sup>

Desta feita, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem revela-se, formalmente, o garantidor último dos direitos humanos na Europa. Importante demonstrarmos, contudo, que o Tribunal, na função de guardião dos direitos

24 O princípio da proteção mais elevada está consagrado em seu artigo 53 da Convenção.

25 O referido princípio também pode ser encontrado no artigo 53 da Carta.

26 LUHMANN, 1998, p. 40.

27 Lembramos que todos os 47 Estados-Membros do Conselho da Europa são partes na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

28 Adesão manifestada no artigo 6º do Tratado da União Europeia, introduzida pelo Tratado de Lisboa.

humanos, não atua isoladamente. De maneira contrária, ele busca, a todo momento, a coerência intersistemática, principalmente mediante o princípio da proteção mais elevada, lançando mão das demais matrizes – tanto normativas como jurisprudenciais. Isso porque, somente por meio das trocas e dos diálogos críticos, resultado da participação de uma enriquecedora multiplicidade de atores – a nível nacional, internacional e da União Europeia –, que o sentido e a tutela dos direitos humanos se constroem, se transformam e se concretizam.<sup>29</sup>

## A margem nacional de apreciação

O principal dilema posto perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, quando do exercício de sua função jurisdicional, é o de saber como manter-se fiel às suas responsabilidades para com a proteção dos direitos humanos – sobretudo na sua perspectiva cultural – sem deixar, ao mesmo tempo, de reconhecer a inegável diversidade de situações políticas, econômicas, culturais e sociais de cada um dos Estados europeus.<sup>30</sup>

Com efeito, a margem nacional de apreciação se revela um dos principais expedientes utilizados pelo Tribunal, consistindo em instrumento necessário ao pluralismo encontrado na Europa, bem como no próprio direito internacional.<sup>31</sup> Aquela atua como um instrumento de flexibilização, isto é, permite evitar confrontações desconfortáveis entre o Tribunal e as matrizes nacionais, principalmente quando diante de temáticas polêmicas e não-consensuais, como por exemplo, as que surgem no âmbito do reconhecimento da identidade cultural.<sup>32</sup>

No entanto, a par da relevância desse instrumento para a garantia da diversidade e da identidade nacional dos Estados europeus, devemos alertar que a margem de apreciação não pode ser mal utilizada, no sentido de ser aproveitada para a defesa, exclusivamente, dos interesses nacionais, desconsiderando os direitos humanos em jogo.<sup>33</sup>

Importante identificarmos que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem já teve a oportunidade de decidir diversos casos envolvendo o reconhecimento da identidade cultural. Diante de tantos deles, podemos destacar aqueles que envolvem manifestações religiosas e os povos ciganos, os quais, inclusive, servem de paradigma para o seu entendimento e posicionamento diante das questões culturais.<sup>34</sup>

29 HOFFMANN; RINGELHEIM, 2004, p. 142.

30 BOTELHO, 2010, p. 342.

31 Para uma análise extensa da margem nacional de apreciação, MAHONEY, 1998.

32 BOTELHO, 2010, p. 333.

33 BOTELHO, 2010, p. 347.

34 Para os casos envolvendo símbolos religiosos: Caso Leyla Sahin v. Turkey – App. 44774/98; Caso Dahlab v. Switzerland – App. 423937/98; Kervanci v. France – App. 31645/04; Dogru v. France – App. 27058/05; Caso Lautsi v. Italy – App. 30814/06; Caso Eweida and others v. UK – App. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10; Ebrahimian v. France – App. 64846/11. Já agora, para os casos envolvendo os povos ciganos: Caso

É bem verdade que o Tribunal enfrenta o dilema do reconhecimento da identidade cultural – quando contraposta às identidades nacionais – de forma bastante cautelosa. Embora, desde há muito, tenha demonstrado sensibilidade para a interpretação – e ampliação – da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdade Fundamentais numa perspectiva cultural, aquele tem lançado mão – tradicionalmente – da referida margem nacional de apreciação, restando por – vale dizer, insuficientemente – confirmar o entendimento adotado pela instância nacional.

Entretanto, devemos reconhecer que o Tribunal, em oportunidades mais recentes – embora ainda muito pontuais –, não se mostrou tão estático às novas demandas culturais, demonstrando maior aprimoramento e avanço em seu posicionamento e, em especial, em sua percepção da realidade enfrentada pelas comunidades culturais. Sabemos que, apenas mediante tal adequação, será possível a entrega da tutela jurisdicional concretizadora dos direitos humanos na Europa.

## Conclusão

Após todas as considerações expostas, é tempo de avaliarmos a tutela efetiva da identidade cultural na Europa, em especial, mediante a fundamental e máxima atuação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Para tanto, ao longo do estudo, buscamos identificar se a referida atuação privilegiava a proteção da identidade cultural dos indivíduos ou, contrariamente, se privilegiava a proteção da identidade nacional dos Estados.

De início, resta-nos indubitável que a identidade cultural, uma vez não consistindo em direito específico, se apresenta como um importante valor subjacente aos direitos humanos consagrados, por isso, merecedor de reconhecimento pela ordem jurídica. Tal afirmação é verificada, inclusive, através de todos os sistemas normativos apresentados, nos quais a preocupação com a proteção cultural se mostra constante. Aliás, destacamos que, tanto a nível nacional, como internacional e a nível da União Europeia, a proteção normativa da identidade cultural se mostra consagrada e, inclusive, bastante desenvolvida, o que nada mais demonstra do que o comprometimento de toda a Europa com as questões culturais.

Como não poderia ser diferente, também o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem assim se posiciona, isto é, ainda que de forma esparsa e apenas recentemente de maneira mais clara, aquele se mostra aberto e atento às questões culturais, principalmente ampliando a interpretação das normas da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais para fins de abarcar tantas das demandas a ele submetidas nesse âmbito.

Todavia, uma ressalva é devida, na medida em que o Tribunal, assim

---

Buckley v. UK – App. 20348/92; Caso Chapman v. UK – App. 27238/95; Caso Connors v. UK – App. 66746/01.

agindo, reconhece o valor da identidade cultural como merecedor de proteção jurídica em suas decisões, embora de tal reconhecimento não decorram, na maioria dos casos, outros efeitos jurídicos ou direitos efetivos. A par de tal consideração, suas decisões demonstram, ainda, uma grande cautela e um longo caminho a ser percorrido pelo Tribunal, no intuito de alcançar a proteção efetiva da identidade cultural e, conseqüentemente, dos direitos humanos.

Nesse sentido, podemos afirmar que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem privilegia em suas decisões a matriz cultural constitucional, isto é, tende à proteção da identidade nacional dos Estados transposta pelos diversos valores enraizados nas respectivas sociedades e, por conseguinte, pelas concepções jurídicas tradicionais daí derivadas. Dessa forma, o Tribunal desconsidera ou não presta a atenção devida, em muitas das vezes, à questão cultural fundamental do indivíduo, questão esta formadora de sua integridade e de sua dignidade.

Ora, ainda que já tenha decidido favoravelmente – em poucas ocasiões – à proteção da identidade cultural, o Tribunal ainda se encontra amarrado à matriz constitucional dos Estados e à sua identidade nacional, principalmente através do instrumento da margem nacional de apreciação, a qual resta por funcionar como uma “válvula de escape” à profunda discussão cultural.

## Referências

BECK, Ulrich. Understanding the real Europe: a cosmopolitan vision. In: KRISTEVA, Julia et al. **Diversity and culture**. Paris: Culturesfrance, 2007, pp. 24-53.

BIDELEUX, Robert. Imigração, multiculturalismo e xenofobia na União Europeia: para um Estado policial europeu? In: RIBEIRO, Maria Manuela Tavares (Coord.). **Europa em mutação: cidadania, identidades, diversidade cultural**. Coimbra: Quarteto, 2003, pp. 243-261.

BONEU, Mercedes Samaniego. Promover la diversidad. In: RIBEIRO, Maria Manuela Tavares (Coord.). **Europa em mutação: cidadania, identidades, diversidade cultural**. Coimbra: Quarteto, 2003, pp. 175-199.

BOTELHO, Catarina Santos. A proteção internacional regional dos direitos do homem. In: **A Tutela direta dos direitos fundamentais: avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional**. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 315-371.

DE WITTE, Bruno. Language law of the European Union: protecting or eroding linguistic diversity. In: SMITH, Rachael Craufurd (ed.). **Culture and European Union Law**. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 205-241.

DONDERS, Yvonne M. **Towards a right to cultural identity?** Antwerp: Intersentia, 2002.

DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory and practice**. 2ª ed. New York: Cornell University Press, 2003.

EGRET, Pauline. **Cultural rights of immigrants in Europe**. Apresentado ao

Mestrado em Direitos Humanos e Democratização da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **A incluso do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HOFFMANN, Florian; RINGELHEIM, Julie. Par-delà l'universalisme et le relativisme: la Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité culturelle. In: **Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques**, N. 52, 2004, pp. 109-142.

IOVANE, Massimo. The universality of human rights and the international protection of cultural diversity: some theoretical and practical considerations. In: **International Journal on Minority and Group Rights**, 14, 2007, pp. 231-262.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: lineamientos para una teoría general. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

MACKLEM, Patrick. The law and politics of international cultural rights. In: **International Journal on Minority and Group Rights**, 16, 2009, pp. 481-501.

MAHONEY, Paul. Marvellous richness of diversity or invidious cultural relativism? In: **Human Rights Law Journal**, Vol. 19, N. 1, 1998, pp. 1-6.

PEDRO, Jesús Prieto de. **Cultura, culturas y constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

PERNICE, Ingolf. Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: european constitution-making revisited? In: **Common Market Law Review**, N. 36, 1999, pp. 703-750.

PISÓN, José Martínez de. **Tolerância y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales**. Madrid: Tecnos, 2001.

SHUIBHNE, Niamh Nic. **EC law and minority language policy**: culture, citizenship and fundamental rights. The Hague: Kluwer Law International, 2002.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**: examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

TULLY, James. **Strange multiplicity**: constitutionalism in an age of diversity. Cambridge University Press, 1997.

# A PERSPECTIVA DA MIGRAÇÃO SOB A LUZ DA NOVA ORDEM INTERNACIONAL

**Bruna Nubiato Oliveira**

Aluna Especial no Mestrado em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Pós-graduanda em Direito Eleitoral pelo Instituto Avançado de Ensino Superior e Desenvolvimento Humano – Insted. Graduanda do Curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco - Campo Grande, Mato Grosso do Sul

**Maucir Pauletti**

Professor do Curso de Direito. Mestre e Doutorando em Desenvolvimento Local pela Universidade Católica Dom Bosco - Campo Grande

## **Resumo:**

A presente pesquisa científica revela-se na primazia de expor as considerações e perspectivas da ordem internacional migratória, fundada na aplicação da Nova Lei de Migração a luz da Nova Ordem Internacional de cunho humanitário. Trata-se de estudo aplicado e comparado no que tange a concretização e a efetividade dos direitos e das garantias individuais e coletivas sob o prisma da redação da Lei n. 13.445 de 2017, que revogou o Estatuto do Estrangeiro, excluindo os paradigmas oriundos da ditadura militar, não condizentes com os direitos fundamentais efetivados pelos tratados internacionais e pela Constituição Federal de 1988. Com efeito, a instrumentalidade da Nova Lei de Migração no que tange os movimentos políticos direcionada a dar dignidade aos migrantes a luz das garantias individuais constitucionais, é abordada para minimizar uma problemática histórica. As alterações legislativas estudadas nessa Lei, revelam um caráter mais justo e humanitário para com os migrantes, nos moldes de uma mentalidade mais digna e principiológica, tal como a inserção do visto humanitário, que atenderá demandas como imigrantes recebidos por desastres ambientais, conflitos armados e violação de direitos humanos. Destaca-se também o fomento da humanização quanto aos refugiados, caracterizados como formas de migrantes e o modo com o qual a diplomacia internacional com seus princípios dignos influenciam nas leis brasileiras, tal qual a Lei atual de Migração. A atuação do presente trabalho neste contexto, se respalda na movimentação política nacional e internacional que incorporou a nova lei de migração no Brasil, evidenciando seus impactos humanitários, tal qual, as tratativas do respaldo da Nova Lei ao refúgio por se tratar de dignidade e não da perspectiva do estrangeiro como inimigo, como se evidenciava na

legislação anterior. O presente trabalho foi desenvolvido por uma metodologia dedutivo-analítica sendo que a exposição científica em tela, será explanada em uma conjuntura fundada na primazia humana, digna e democrática. Os princípios efetivados na nova lei, permitem a adoção de garantias ao imigrante de viver na condição de igualdade com os nacionais, bem como, a inviolabilidade de direitos fundamentais e acesso aos serviços públicos, registro da documentação que permite ingresso no mercado de trabalho e direito à previdência privada, resguardando e fomentando políticas de inclusão, no intuito de dignificar a pessoa humana na condição de imigrante. Ao explicar cada uma das tratativas, propõe-se instruir e conscientizar a sociedade acerca da solidariedade e humanização a que faz jus qualquer migrante.

**Palavras-chave:** Política migratória internacional e nacional; *Normas hard Law*; Direitos fundamentais; Nova lei de migração.

## Considerações Iniciais

A presente pesquisa científica possui como justificativa a análise da Lei n. 13.445 de 2017, sob prisma dos dispositivos internacionais que norteiam os índices migratórios. A problemática trata dos fluxos migratórios exponenciais e sua perspectiva para uma migração segura, ordenada e colaborativa entre os organismos internacionais.

Nas tratativas dos mais relevantes temas do direito internacional destaca-se a Migração, como forma de interação global por pessoas que deslocam-se de seus países originários motivados em sua generalidade pela melhora na qualidade de vida e emprego.

A busca por melhores condições de vida, trabalho e realizações pessoais tem aumentado significativamente o fluxo migratório para o Brasil, o aumento da população migrante no Brasil mediante a aplicação de uma lei defasada e não condizente com os preceitos fundamentais, foi o marco para a elaboração e promulgação da Nova Lei de Migração, inteiramente preocupada com os moldes da Constituição Federal de 1988.

Destaca-se que a denominação da Migração é regida pela Lei n. 13.445 de 2017, destinada a dispor sobre os direitos e deveres do migrante e visitante, bem como estabelece princípios próprios fundado nos direitos humanos e sociais.

Trata-se de um tema atual objetivado a expor a importância dos princípios citados na nova Lei de Migração, evidenciando a crescente mudança de paradigma social para melhor compreender e respeitar a condição do migrante, visto que a legislação anterior denominada Estatuto do Estrangeiro aclamava a soberania nacional acima dos direitos humanos do Migrante.

Com a crescente globalização e a interligação geográfica, a migração cresceu substancialmente, para ocorrer a aceitação, acolhimento e recepção

dos migrantes de forma a não ser visto como ameaça a nação, foi necessário estabelecer inúmeros dispositivos legais internacionais que posteriormente foram incorporados em âmbito nacional na Constituição e nas leis infraconstitucionais de diversos países.

Neste compêndio, constata-se a humanização, a compreensão e a tolerância da sociedade ao aceitar que estrangeiros possam exercer direitos outorgados aos nacionais estendidos aos migrantes, em uma postura de proteção aos direitos humanos, independentemente de sua origem e condição jurídica. A pesquisa utilizou-se de procedimento dedutivo analítico crítico para se chegar à percepção de um Estado capaz de atender todas as diferenças.

## **Da Diferenciação Entre as Terminologias Migração e Refúgio**

A relevância temática é destinada a dar ênfase a toda forma de ajuda humanitária a que faz jus os migrantes, elencando para melhor compreensão didática a conceituação e diferenciação do termo refúgio.

Migrantes e Refugiados possuem os mesmos direitos universais quanto ao respeito à dignidade humana, porém, são grupos distintos orientados a luz de uma mesma Constituição Federal, com distintas leis infraconstitucionais, primordialmente, apenas os refugiados possuem proteção expressa internacional, mas a respeito da migração, analisaremos cooperações internacionais.

O Refúgio é regido pelo Estatuto dos Refugiados, Lei n. 9.474 de 1997, é considerado refugiado todo indivíduo que, devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país, ou aquele que não tem nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função da perseguição odiosa.

O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) trata distintamente das expressões para manter clareza acerca das causas e características dos movimentos de refúgio e para não perder de vista as obrigações específicas voltadas aos refugiados nos termos do direito internacional.

Segundo estatísticas do próprio ACNUR, alguns migrantes, como vítimas de tráfico ou menores separados ou desacompanhados, podem ter necessidades particulares de proteção e assistência, e têm o direito de ter essas necessidades atendidas. O ACNUR apoia plenamente abordagens para a gestão de migrações que respeitem os direitos humanos de todas as pessoas em deslocamento.

Segundo dados atualizados do site do Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR), Refugiada é a pessoa que foi forçada a deixar seu país de origem e requer proteção internacional devido a fundado temor de perseguição e risco de violência caso volte para casa.

Isso inclui pessoas que são forçadas a fugir de territórios em guerra. O termo tem suas raízes em instrumentos legais internacionais, notadamente a



Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1951, o Protocolo de 1967 e a Convenção de 1969 da Organização da Unidade Africana.

Para a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, é refugiada toda pessoa que

Em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país.

No ano de 1957, pelo Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, o comitê foi transformado em Comitê Executivo do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados - ACNUR, para atender os migrantes desabrigados, o qual perdura até a atualidade, o que ratificou a Convenção de 1951.

Já a expressão Migração abarca um processo voluntário de mudança de localização geográfica, por motivos de qualidade de vida e oportunidades de trabalho, e não possui proteção específica na abrangência do direito internacional, a parte que lhe cabe é a extensiva referente aos Direitos Humanos, protegidos na ordem internacional dos Direitos Humanos

## **Da Tutela Sob o Prisma dos Direitos Humanos Nacionais e Internacionais**

O Brasil é respeitado por aderir a diversos Tratados e Convenções Internacionais, inclusive no que tange a atender estrangeiros oriundos de diversas localizações geográficas por motivos socioculturais, políticos, étnicos e religiosos.

O marco histórico decorre da Segunda Guerra Mundial, em que a Organização das Nações Unidas foi pioneira ao fomentar os Tratados e Convenções Internacionais em Direitos Humanos.

Nas tratativas da historiografia, a primazia é considerar que os processos migratórios ocorrem desde as origens das relações sociais, na qual cada região geográfica possui suas especificidades e singularidades.

Na análise de Habermas (2002, p. 265), as políticas migratórias são conseqüências de um entendimento ético-político muito antigo dos Estados nacionais que são afetados pelo fluxo deste movimento, no sentido de que a afluência de imigrantes de todos os tipos pode alterar a composição ético-cultural do país, em médio e longo prazo.

Inúmeros foram os motivos dos fluxos migratórios, mas o interesse econômico e a sobrevivência se sobressaem. Nos processos migratórios, a historiografia reflete a cidadania Universal, na qual os pressupostos para a vida e a liberdade são características de tais movimentos geográficos. O Brasil é notoriamente um país de uma construção repleta de migrações, com uma

diversidade cultural e de miscigenação que o faz único.

No ano de 1964 o Brasil sofreu um duro golpe de estado o que decorreu em uma ditadura militar que perdurou por 21 anos, até a promulgação da Constituição Democrática.

Em razão da pressão e rigidez ditatorial ocorria o processo inverso, pela perseguição política a emigração era intensa, impedindo o desenvolvimento da política de proteção internacional e recepção dos refugiados, desta forma, a instabilidade e o receio da política brasileira impedia qualquer incentivo para a recepção de imigrantes.

Sendo o Brasil até a contemporaneidade um país precário na função legiferante e marcado pela escravidão, que perdurou até 1888, não tinha-se noção do que era a efetiva dignidade e muito menos ao que se refere a ajuda humanitária, situação em que os migrantes eram vistos apenas como mão de obra escrava ou como um inimigo ao território e a segurança nacional.

Têm sido encarados como ameaça para a segurança e as fronteiras dos Estados nacionais, pelo menos desde o início do século XXI, particularmente após o fim da chamada Guerra Fria (GIBNEY, 2002, p. 40-41), e acelerada após os acontecimentos de 11 de setembro de 2001 (BETTS; LOESCHER; MILNER, 2008, p. 47-59).

A partir dos grandes acontecimentos internacionais como as Grandes Guerras Mundiais e a globalização com o fomento da tecnologia, o impacto da expansão da população geográfica aumentou exponencialmente.

O Brasil envolveu-se mais seriamente nesta questão desde sua redemocratização a partir dos anos 1980, e da criação de um Programa Nacional de Direitos Humanos (Decreto nº 1.994/96) nos anos 1990, baseado na II Conferência Mundial de Direitos Humanos da ONU, em 1993, (ALVES, 2001, p. 144-145), que previa o surgimento de uma lei para refugiados.

E, como consequência, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) foi ganhando cada vez mais importância e se tornando cada vez mais operacional, possuindo mais programas de auxílio e oferecendo uma maior variedade de serviços para os refugiados. Graças ao amplo financiamento de doadores, a instituição da ONU começou a dar maior prioridade à assistência material do que proteção aos deslocados (LOESCHER, 2001).

A ênfase na prestação de auxílio e programas de cuidados e manutenção também refletia o desejo dos governos ocidentais de ajudar comunidades de “guerreiro refugiados” que lutavam contra regimes apoiados pelos soviéticos (LOESCHER, 2001, p. 217).

Durante um longo período histórico, o Brasil foi protagonista da violação e repúdio aos direitos fundamentais do migrante, com a luta pela democracia, o protagonismo voltou-se ao cenário ativo interno e internacional proporcionando a promoção dos direitos humanos.

Desde a promulgação da Constituição de 1988 o Estado brasileiro vem se empenhando na adoção de medidas em prol da incorpora-

ção de tratados internacionais voltados à proteção dos Direitos Humanos. O Brasil, neste ponto, já é signatário dos mais importantes tratados internacionais de Direitos Humanos, tanto na esfera da Organização das Nações Unidas (ONU), como na da Organização dos Estados Americanos (OEA), destacando-se, dentre eles, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos”. (MAZZUOLI, e GOMES, 2006, p. 427).

Nos moldes de um regime democrático, a Constituição Federal de 1988, ofertou dispositivos que tutelam a vida e dignidade humana, de forma a proteger os direitos e garantias do Migrante.

A Constituição de 1988, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do País no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira. Implica, ademais, o compromisso de adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados. (PIOVESAN, 2013, p. 102).

O cenário atual visa proporcionar ao migrante e ao refugiado um acolhimento humanitário nunca visto na historicidade legiferante e social brasileira, mesmo ainda encontrando inúmeras dificuldades no efetivo acolhimento, a Lei de Migração promulgada em 2017, reflete a consolidação da Constituição Federal e em se tratando de direitos fundamentais.

A União de forças e alianças internacionais é o pilar da Dignidade Humana para o globo. A relevância do Direito Internacional surgiu após as grandes Guerras Mundiais destruir muitos lares e povos. A Comunidade Internacional precisou intervir em diversos países que estavam se autodestruindo com bombas nucleares e ameaças de extinção.

Foi criado então a Organização das Nações Unidas para a proteção da humanidade no que tange a vida, liberdade e respeito. É oriunda do final da Segunda Guerra Mundial, sua delimitação foi substituir a Liga das Nações Unidas criada em 1919 com as consequências da Primeira Guerra Mundial.

Tais países possuem o objetivo de cooperação e monitoramento principalmente no que tange as liberdades individuais e os direitos humanos, sua concretização pauta-se em acordos, tratados e convenções que podem vincular ou não membros aliados, ao todo, somam-se em mais de 180 países membros.

A Pirâmide de Kelsen no Brasil, sofreu alterações em 2003, após o Ple-

nário do Supremo Tribunal Federal reconhecer a superioridade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos comparado as leis ordinárias e infra legais. O Julgamento do HC 87.585-TO e RE 466.343-SP, alterou totalmente a visibilidade e o alcance das normas internacionais no Brasil.

Trata-se então da aplicabilidade do Controle de Convencionalidade na compatibilidade e aderência dos dispositivos internacionais aplicados na lei brasileira, ou seja, as leis no Brasil, são submetidas ao crivo da normatização internacional, como prevê o Artigo 5º, § 3º da Constituição Federal “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Valério de Oliveira Mazuolli afirma que controle de convencionalidade é “a compatibilização da produção normativa doméstica com os Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo governo e em vigor no país”

Anderson Menezes Maia (2016, p. 31) conceitua o instituto Hard Law, dispondo:

A *hard law* é um termo que contempla o direito rígido “duro”, dentro do qual se reputam inseridas sanções contra as infringências perpetradas, e possuem força vinculativa. São normas oriundas das fontes clássicas do Direito Internacional e os princípios gerais do direito. Entre elas, encontramos as Convenções Internacionais, os princípios gerais do direito, as decisões judiciais e as doutrinas, os atos unilaterais e as decisões normativas das Organizações Internacionais.

Desta forma, a aplicação dos dispositivos internacionais ratificados pelo Brasil, são direitos que obedecem o controle de convencionalidade, sendo os direitos do migrantes direitos *hard law*, um direito forte, materializado no ordenamento jurídico brasileiro pelas Cláusulas Pétreas, previstos na Constituição Federal.

## **Dos Princípios Elencados pela Lei N. 13.445 de 2017**

A Lei de Migração proposta no Senado Federal pelo Projeto de Lei n. 288 de 2013, pelo senador Aloysio Nunes Ferreira, revogou a legislação anterior denominada Estatuto do Estrangeiro, que regia as normas de imigração nos moldes da era militar, o qual referia-se ao imigrante como inimigo e ameaça a nação, em um teor de segurança nacional na medida em que prezava pelo controle migratório restritivo e impunha o interesse nacional na admissão de estrangeiros no país, evidenciando uma legislação incompatível com a Constituição Federal de 1988.

Segundo Louise Arbour, Representante Especial para a Migração Internacional, sobre os migrantes legais:

Refere-se a pessoas que entram ou permanecem em um país no qual não são nacionais por meio de canais legais, e cuja posição naquele país é obviamente conhecida pelo governo e em conformidade com todas as leis e regulamentos. Os migrantes regulares representam a esmagadora maioria das pessoas que cruzam fronteiras.

Nesta síntese, destaca-se a relevância o fenômeno da Migração e a seguir, será analisado as inovações introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro.

De início, a Lei n. 13.445 de 2017, dispõe referente as características prévias ao conceito, definição e diferenciação da entrada e permanência no Brasil.

Art. 1º: Esta Lei dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante.

§ 1º Para os fins desta Lei, considera-se:

II: imigrante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil;

III: emigrante: brasileiro que se estabelece temporária ou definitivamente no exterior;

IV: residente fronteiro: pessoa nacional de país limítrofe ou apátrida que conserva a sua residência habitual em município fronteiro de país vizinho.

V: visitante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que vem ao Brasil para estadas de curta duração, sem pretensão de se estabelecer temporária ou definitivamente no território nacional;

Faz-se necessário ressaltar a figura do imigrante, como aquele oriundo de nacionalidade estrangeira que permanece em solo brasileiro, e, o emigrante sendo aquele oriundo do Brasil, estando em solo estrangeiro. É visitante aquele que permanece no Brasil por um mínimo período, e, residente fronteiro aquele que reside em país limítrofe.

Ao tratar das tutelas da Migração, o Brasil possui uma lei recentemente promulgada que indefere o tratamento distintivo dos estrangeiros, a conceituação é ampla e os termos generalistas se aplicam ao termo migrante e refúgio.

No bojo da pesquisa, será analisado o diferencial da conceituação da migração. A relevância temática em tela pretende abordar tais conceituações como recém aplicadas no ordenamento jurídico brasileiro, em um viés digno e humano, nos dispositivos da Constituição de 1988, e nos princípios da Nova Lei de Migração, especificamente, nos artigos 3º e 4º da Lei n. 13.445 de 2017.

Sendo assim, muda-se as percepções de quem pode estabelecer residência no Brasil, excluindo toda forma de preconceito e estabelecendo o repúdio a xenofobia, aplicando como menciona-se no artigo anterior, o rol de quem é

acolhido pela Lei 13.445/2017.

## Considerações Finais

Considerando a perspectiva abordada, é possível concluir a presente pesquisa aborda primordialmente a humanização do direito migratório fundado nos dispositivos internacionais que incorporaram e efetivaram o acolhimento digno de migrante e refugiados.

O presente trabalho é orientado sob a análise garantista e democrática dos direitos sociais, em que a participação popular é pressuposto de efetividade, legitimidade e de eficácia das políticas públicas, seu desenvolvimento pauta-se na metodologia dedutivo-analítico, a exposição científica será explanada em uma conjuntura fundada na primazia humana, digna e democrática.

Tratou-se neste contexto da dignidade do estrangeiro, na entrada, permanência e saída do Brasil, uma nova mentalidade, que antes era fechada, baseada na segurança nacional, sendo o estrangeiro visto como uma ameaça sem integração e interação, uma filosofia protecionista, oriunda do histórico ditatorial.

Ainda que a Nova Lei de Migração possua aplicação subsidiária a normas específicas, que prevalecem, a incorporação de princípios e garantias remodelou a condição do migrante. Em tal contexto, o presente projeto de pesquisa tem como objetivo principal analisar as alterações da Nova Lei de Migração e sua aplicabilidade nos moldes da dignidade e garantias individuais de que tratam a Constituição Federal.

Faz-se necessário então, promover o debate perante a sociedade para que os preceitos da nova Lei sejam socialmente aceito e efetivado, pois, somente a educação social poderá mudar a visão de que o estrangeiro fere a segurança nacional.

Desta forma, este artigo pretende tutelar os direitos oriundos das migrações, mostrando a existência de dispositivos que tornam efetivos os direitos fundamentais, que em sua amplitude resguardam a dignidade da pessoa humana, por meio da nova Lei de Migração, da Lei do Refúgio e dos diversos tratados internacionais, que em sua maioria, são atualmente recepcionados pelo Estado brasileiro.

## Referências

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos na pós-modernidade**. São Paulo: Perspectiva, 2005.

ACNUR. **Recomendação EXCOM, N. 30 (XXXIV)**, - Comitê Executivo- 34ª Sessão, 1983.

ANNONI, Dannielle. VALDES, Lysian Carolina. **O direito internacional dos refugiados e o Brasil**. Curitiba: Juruá, 2012.

BARRICARTE, J. J. S. Socioeconomía de las migraciones em um mundo

globalizado. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2010.

BELLI, Benoni. *A Politização dos direitos humanos*. São Paulo: Perspectiva, 2009.

BICHARA, Jahyr-Philippe. Proteção internacional dos migrantes: entre prerrogativas e obrigações dos Estados. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 220, p. 123-148, out./dez. 2018. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/55/220/ri\\_v55\\_n220\\_p123](http://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/55/220/ri_v55_n220_p123)>.

BRASIL. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997 – **Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951**, e determina outras providências.

BRASIL. **Lei no 13.445**, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 maio 2017a.

CAHALI, Yussef Said. **Estatuto do estrangeiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Convenção de 1951, relativa ao estatuto dos refugiados, adotada em 28 de julho de 1951 pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, convocada pela Resolução n. 429 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1950. Entrou em vigor em 22 de abril de 1954, de acordo com o artigo 43. *Série Tratados da ONU*, n. 2545, v. 189, p. 137.

DE LIMA, João Brígido Bezerra. Entrevista. **Representante do IPEA no convênio com o CONARE**, em Brasília/DF, no IPEA, dia 28 ago. 2013.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Curso de direito internacional privado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos como tema global*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. SANTOS, João Paulo. GUIMARÃES, Eliane Costa. (Orgs.). **Dia mundial do refugiado: refúgio, migração e direitos humanos**. Disponível em: <[www.migrante.org.br](http://www.migrante.org.br)>. Acesso em 22 jun. 2019.

HUNT, Lynn. **A Invenção dos direitos humanos: uma história**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

HUNTINGTON, Samuel P. **O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial**. Trad.M.H.C Côrtes. São Paulo: Objetiva, 1997.

HOBSBAWN, Eric J. **A era dos impérios (1875-1914)**. Trad. Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. São Paulo: Paz e Terra, 1988.

HUNTINGTON, Samuel P. **O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial**. Trad.M.H.C Côrtes. São Paulo: Objetiva, 1997.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. Hannah Arendt. *Pensamento, persuasão e poder*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

LUNA, Sérgio Vasconcelos de. *Planejamento de Pesquisa: uma introdução. Elementos para uma análise metodológica*. São Paulo: EDUC, 2000. 108 p.

LOBO, Hélio. *Documentos II. O Problema dos Deslocados*. Ministério das

Relações Exteriores (Itamaraty). 1950.

MAIA, Anderson Menezes. **A Soft Law e as normas internacionais de proteção ao meio ambiente, in Novas dimensões do Direito: uma perspectiva Soft Law.** 1ª Edição. Lisboa: Editora Chiado, 2016

MARTINE, G. A globalização inacabada: migrações internacionais e pobreza no século 21. São Paulo em Perspectiva, v. 19, n. 3, p. 3-22, jul./set. 2005. Disponível em: Acesso em: 10 fev. 2019.

MACEDO, Magda Helena Soares. **Manual de Metodologia da pesquisa jurídica.** Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2000. 174 p.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEGALE, Januário Francisco. **Introdução as Ciências Sociais:** roteiro de estudo. 2. Ed. São Paulo. Atlas 1990.

MIZRAHI, Rachel. Imigrantes no Brasil: Judeus- Do Descobrimento aos Dias Atuais. São Paulo: Editora Companhia Nacional, 2005.

MOISÉS, José Álvaro. Os brasileiros e a democracia – bases-sócio políticas da legitimidade democrática. São Paulo: Ática, 1995.

MOREIRA, Julia Bertino. **Política em relação aos refugiados no Brasil (1947-2010).** Campinas/SP, Unicamp, 2012. Tese (Doutorado em Ciência Política). Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Unic, 2009. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 8 jun. 2019.



# AS TRANSFORMAÇÕES DO SÉCULO XXI E OS DESAFIOS AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A CRISE DO ATUAL MODELO DEMOCRÁTICO E A POSSÍVEL TRANSIÇÃO PARA UMA PÓS-DEMOCRACIA

Rhuan Rommell Bezerra de Alcantara

Universidade Estadual da Paraíba – Em mobilidade na Universidade de Coimbra

## Resumo:

O Estado Democrático de Direito funda-se sob a égide de uma Constituição com vistas a assegurar a limitação do exercício do poder político e resguardar os direitos fundamentais. Neste modelo de Estado a participação popular é reconhecida como instrumento de valor máximo nos regimes políticos. Nesse sentido, a democracia se mostra como um modelo dinâmico, apto a se reconstituir a partir do limiar temporal que proporciona mudanças sociais, políticas e econômicas. Dito isto, importante considerar que as crises enfrentadas mundialmente no decorrer das primeiras duas décadas do século XXI tiveram papel determinante para modificar o Estado Democrático tal qual o conhecemos. Entretanto, a crise gera - e ao mesmo tempo apropria-se dele - um novo pacto de poder. Dentro desse contexto, é imprescindível notar que a descrença das populações na política institucional e a associação entre política e corrupção gera um cenário de apatia política capaz de descaracterizar o cidadão como sujeito político capaz de influir conscientemente no processo democrático. O fato é que o “cidadão comum” ao atrelar política à corrupção sente verdadeira aversão a figura do político típico, e passa a considerar novas caras no cenário eleitoral, no mais das vezes, pessoas que nunca exerceram um cargo público, grandes empresários, os ditos *outsiders*. Ocorre que, essas pessoas ao chegarem ao poder terminam por aliar o poderio econômico ao poder político/institucional, grande descaminho do modelo democrático, adotando medidas governamentais neoliberais e apropriando-se de um suposto estado de emergência sob a nomenclatura de “crise”. Dados os fatores destacados, discute-se sobre a possível transição para um Estado “Pós-democrático de Direito”. A ideia de uma Pós-Democracia, defendida principalmente pelo cientista político inglês Colin Crouch, defende o condicionamento do Estado à uma nova ordem econômica e o desaparecimento de qualquer pretensão de fazer valer os limites de exercício de poder, ao revés das balizas atinentes

ao Estado Democrático de Direito. O que referido autor destaca é que, por mais que tenhamos presentes os instrumentos que possibilitem esse funcionamento, a democracia permanece como um mero simulacro, uma vez que a dinâmica democrática tem desaparecido progressivamente, principalmente com o fenômeno de despolitização social. Dado o exposto, o presente trabalho visa identificar como se configura a crise do Estado Democrático de Direito, através de uma reflexão sobre as suas principais características e, a partir daí, tendo em vista a ascensão de múltiplos discursos que propõem uma nova constituição ou mesmo o fim do modelo democrático atual. Para tal, utilizou-se método de pesquisa tanto teórica quanto pragmática, debruçando-se sobre os dados coletados em notícias, matérias de jornais e periódicos e sobre a doutrina nacional e estrangeira acerca do tema. Ao fim da pesquisa, percebe-se que o conceito de crise é amplo e demanda maiores aprofundamentos, para que se possa afirmar que o momento assim se configura. No entanto, quanto aos indícios de apatia e despolitização social, estes tornam-se claros, o que gera, no pesquisador, a dúvida quanto à transição no modelo de Estado e se estaríamos, de fato, iniciando um novo paradigma constitucional.

**Palavras-chave:** Crise; Estado Democrático de Direito; Pós-democracia.

## Introdução

É de amplo conhecimento a recente polarização social e emergência de discursos extremistas e antidemocráticos, potencializados através das redes sociais, mas cujos reflexos no mundo real se fazem sentir na escalada de barulhentas manifestações populares e no quadro de desarranjo institucional vivenciado em todo o mundo já há alguns anos.

“Há mais democracia, mais pluralidade e mais opiniões, porém, ao mesmo tempo, há mais dificuldades para se agregar interesses, coordenar ações e definir agendas. Há mais autonomia e simultaneamente mais anomia” (NÓ-BREGA, 2007, p.05). Ou seja, na mesma medida em que a sociedade avançou em diversos aspectos, também passou a enfrentar problemas que refletem a complexidade social e trazem consigo um constante sentimento de perplexidade e insegurança.

A “Sociedade da Transparência” (HAN, 2018) é a que mais produz e divulga informações e, ao mesmo tempo, aquela em que há menos confiança nas instituições e nas pessoas e a que com mais facilidade promove boatos (*fake news*) e teorias da conspiração em detrimento da análise crítica dos fatos e do conhecimento científico.

Outros autores, seguindo o pensamento habermasiano, entendem a contemporaneidade como um momento de crise, turbulência e amadurecimento. Beck e Luhmann, por exemplo, afirmam que o fenômeno da modernização reflexiva levaria a uma “sociedade de risco” ou a uma “sociedade hipercom-

plexa” dirigida por uma dinâmica sistemática. Nesta, múltiplos fatores estão, a todo momento, a desafiar a estabilidade social, o que geraria crises cíclicas e cuja tecitura as torna cada dia mais difíceis de se solucionar. O dissenso cresce exponencialmente e tende a colocarem xeque os sistemas jurídicos e a noção de segurança jurídica.

Diante dessa perspectiva, o presente trabalho visa identificar como se configura a crise do Estado Democrático de Direito, através de uma reflexão sobre as suas principais características e, a partir daí, tendo em vista a ascensão de múltiplos discursos que propõem uma nova constituição ou mesmo o fim do modelo democrático atual, se esse processo de crise tem levado à alteração do atual modelo de Estado.

## **Metodologia**

Destaque-se, de pronto, que não se quer, com o presente trabalho, buscar “fundamentos”, “bases” ou “justificações” para o conhecimento como se existisse um ponto arquimediano do saber, uma “verdade universal”. Pois a verdade, como experiência individual, jamais deve ser absorvida como universal, já que ela está baseada na nossa percepção e esta última nem sempre é sólida como imaginamos (DOMINGUES, 1999, p. 362).

Neste particular, o marco metodológico se aproxima das ideias de Karl Popper, que concede ao pesquisador a liberdade de reconhecer a infinitude de sua ignorância e finitude do seu conhecimento, sem, no entanto, regredir *ad infinitum* nesse exercício, já que o cientista sempre parte de uma teoria para corroborar a sua pesquisa e não o contrário, como o quer o método indutivo (POPPER, 2006, p. 34)

## **Resultados Parciais**

O Estado Democrático de Direito funda-se sob a égide de uma Constituição, com vistas a assegurar a limitação do exercício do poder político e resguardar os direitos fundamentais. Neste modelo de Estado a participação popular é reconhecida como instrumento de valor máximo nos regimes políticos. Nesse sentido, a democracia se mostra como um modelo dinâmico, apto a se reconstituir a partir do limiar temporal que proporciona mudanças sociais, políticas e econômicas.

Dito isto, importante considerar que as crises enfrentadas mundialmente no decorrer das primeiras duas décadas do século XXI tiveram papel determinante para modificar o Estado Democrático tal qual o conhecemos. A crise do capitalismo de 2008 e a crise política, por exemplo, desencadearam um momento de ruptura, que se dá quando uma situação chegou ao seu limite de sustentação, sendo inviável ou impossível o seu prosseguimento.

Pois bem, dada a crise, o Estado garantidor de direitos, com premissas democráticas rígidas, encontra-se agora em paradoxo com o sistema econô-

mico, que precisa reestabelecer-se, porém, o poder econômico encontra limites, conforme assentado, nos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. Entretanto, a crise gera - e ao mesmo tempo apropria-se dele - um novo pacto de poder.

Para compreender o fenômeno é preciso notar como se caracteriza a crise política, e ela se dá exatamente:

(...) 1. pelo esgotamento de modelos de democracia garantidores dos direitos sociais, com o fim da democracia europeia, o fracasso do ensaio de Obama nos Estados Unidos e a crise dos governos de inspiração populista na América Latina; 2. pela fragilidade das instituições políticas, como garantidoras do funcionamento democrático; 3. pela crise no sistema político partidário, quando os partidos perdem seu espaço de enunciadores de discursos políticos capazes de interpelarem a sociedade; 4. pela descrença das populações em geral, principalmente dos jovens, na política institucional; 5. pelo aparecimento de grandes manifestações de rua, desde 2011, no mundo em geral, e de 2013, no Brasil; 6. por uma generalizada associação entre política e corrupção. (PINTO, 2017, p. 473)

Dentro desse contexto, é imprescindível notar que a descrença das populações na política institucional e a associação entre política e corrupção gera um cenário de apatia política capaz de descaracterizar o cidadão como sujeito político capaz de influir conscientemente no processo democrático. Céli Regina (2017) enuncia que este é o efeito mais visível e grave do rompimento do pacto democrático, destacando que até mesmo a incerteza política que emana das disputas entre grupos partidários, dependentes dos eleitores para chegarem ao poder, ou seja, a disputa política, perde espaço e legitimidade para instituições que se expressam a partir de discursos de autoridade incontestáveis, a exemplo do saber jurídico e das leis do mercado. A política vista como centro do regime democrático esfacela-se.

O fato é que o “cidadão comum” ao atrelar política à corrupção sente verdadeira aversão a figura político típico, aquele que toma essa função pública como verdadeira profissão, e passa a considerar novas caras no cenário eleitoral, no mais das vezes, pessoas que nunca exerceram um cargo público, grandes empresários, os ditos outsiders, tal como no exemplo americano na eleição de Donald Trump. Ocorre que, essas pessoas ao chegar ao poder terminam por aliar o poderio econômico ao poder político/institucional, grande descaminho do modelo democrático, adotando medidas governamentais que nada tem de democráticas, apropriando-se de um suposto estado de emergência sob a nomenclatura de “crise”.

As medidas supracitadas assumem feição neoliberal, apontando uma nova ascensão do capital sobre os direitos fundamentais, posto que estes direitos são tomados como barreiras para o desenvolvimento econômico, que prontamente devem ser eliminadas. Todavia, não mais se sustentaria um go-

verno autoritário, ditatorial, medida que impõe que, pelo menos em sentido meramente formal, subsista o Estado Democrático de Direito, argumentando que as privatizações, os cortes de gastos públicos, e demais medidas adotadas se justificam em virtude da crise, que assume, pois, caráter permanente para atender meramente aos fins de mercado.

Assim, as democracias morrem silenciosamente, sem que assumam de pronto feição de regimes autoritários, conservam-se as eleições e o livre debate, ainda que a vontade popular venha a ser por outros meios suprimida. Enquanto sustenta-se a tese de que vivemos numa democracia, mais fácil para que os cidadãos imaginem que as medidas tomadas em decorrência da crise terão caráter passageiro e que logo se restabelecerá o status a *quo*.

Levitsky e Ziblatt (2018) argumentam que, hodiernamente, “democracia” é usado para minar a democracia com a permissão dos representantes eleitos, sendo assim, os déspotas modernos tendem a dismantelar a democracia a partir de dentro da lei, no sentido de que suas ações são aprovadas pela legislatura e aceitas pelos tribunais.

Casara (2017, p.16) argumenta que “o Estado não pode mais ser tido como democrático, em especial, diante da forma como trata os direitos e as garantias fundamentais”. Elenca, ademais, que o que sinaliza a superação do Estado Democrático de Direito “não é a violação dos limites ao exercício do poder, mas o desaparecimento de qualquer pretensão de fazer valer esses limites” (CASARA, 2017, p. 21). Destarte, o que chamamos de crise, nada mais é, que um modo de governar as pessoas.

Dados os fatores destacados, discute-se sobre a possível transição para um Estado “Pós-democrático de Direito”. A presença de uma crise, por si só, não aponta, de fato, para a fundação dessa nova fase, visto que este quadro de crise assume uma condição de positividade por governos neoliberais, que o utilizam como fundamento de medidas de restrição de direitos, conforme mencionado.

A ideia de uma Pós-Democracia, defendida principalmente pelo cientista político inglês Colin Crouch, defende o condicionamento do Estado à uma nova ordem econômica e o desaparecimento de qualquer pretensão de fazer valer os limites de exercício de poder, ao revés das balizas atinentes ao Estado Democrático de Direito, quais sejam, rígida limitação do exercício do poder estatal e ampliação da esfera de liberdade dos indivíduos.

Colin Crouch afirma, em sua teoria, que a confusão principal quanto à transição, ou não, para esse novo Estado, é o pleno funcionamento de instituições democráticas. No entanto, o que referido autor destaca é que, por mais que tenhamos presentes os instrumentos que possibilitem esse funcionamento, a democracia permanece como um mero simulacro, uma vez que a dinâmica democrática tem desaparecido progressivamente, principalmente com o fenômeno de despolitização social.

Um dos principais marcos da Pós-Democracia, para o autor, é a reaproximação entre o poder político e o poder econômico, que haviam se separado

durante o surgimento do Estado Moderno. O declínio de democracia deve-se, fundamentalmente, devido à emergência da globalização econômica, o que significa que o poder está sendo cada vez mais exercido por interesses comerciais internacionais. Colin Crouch, então, passou a chamar essa institucionalização como “modelo de firma”.

Outro ponto de declínio, seria o fim das classes sociais. A democracia ocidental baseava-se através dos antagonismos existentes entre as classes da sociedade. Paradoxalmente, essas classes passam a não reconhecer a relevância de desenvolver uma consciência política que as diferenciam das demais, dissociando o senso de coletividade. A única exceção, todavia, é a da classe global dos grandes acionistas, que continuam a apresentar ideologias hegemônicas.

## Considerações Finais

Com esse quadro de dominação econômica, e de um sistema capturado por interesses financeiros e corporativos, o autor destaca que esses grupos passam a usar a retórica da legitimidade do sistema para minar e flexibilizar direitos sociais constitucionalmente garantidos, trazendo à tona a problematização quanto à atuação das Constituições frente a essa realidade.

Uma das principais conquistas do constitucionalismo havia sido a limitação do poder. Todavia, como já foi anteriormente destacado, a ampliação da dominação econômica tem posto em discussão a limitação do poder e a emergência de um quarto poder.

Todo o contexto ao qual vivenciamos, estaria nos conduzindo a um novo modelo de Estado, apresentado como “Estado Regulador”. Segundo Barroso (2003), essas transformações modificaram as bases sobre as quais se dava a atuação do Estado no domínio econômico e, conseqüentemente, em outras esferas. É nesse âmbito que surgem as autoridades reguladoras, entidades que desempenham funções executivo-administrativas, as quais o Estado concede poderes regulamentares, muitas vezes poderes exorbitantes e fora do quadro tradicional de delegação.

O surgimento de novos centros de poder e as atribuições conferidas à agências de regulação, desperta um déficit de legitimidade democrática, vindo a gerar uma “crise” do constitucionalismo e do papel das Constituições para os novos problemas apresentados.

Para Silva (2015), a crise que caracteriza o constitucionalismo no direito pós-moderno, conduz a diversas propostas, como o “constitucionalismo compensatório”; o “constitucionalismo societal”; e o “constitucionalismo global”.

Isso posto, dentro do contexto apresentado, nota-se que o contexto histórico se encaminha para estabelecer o momento de ruptura pelo qual, possivelmente, estamos passando e que é capaz de culminar numa mudança paradigmática do Estado de Direito, traduzido numa Pós-Democracia, e, nesse

âmbito, determinar o papel das Constituições nessa nova fase.

## Referências

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. In: **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Nº1, janeiro/junho de 2003. pp. 285-317.

CASARA, Rubens R R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**/Rubens R R Casara. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CROUCH, Colin. **The March Towards Post-Democracy**, Ten Years On. The Political Quarterly, Vol. 87, No. 1, January–March 2016.

HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder**. Veneza: Editora Áyiné, 2018

LEVITSKY, Steven; ZIBLATI, Daniel. **How Democracies Die: What History Tells Us about Our Future**.

PINTO, Céli Regina Jardim. Tempos de pós-democracia: ausência do povo. [Debate]. **Revista Tempo e Argumento**, Florianópolis, v. 9, n. 21, p. 472-481, maio/ago. 2017.

SILVA, Suzana Tavares da. **Sustentabilidade Política e Pós-Democracia**. 2015.

# ÉTICA, MORAL E DIREITO NO TRANSMANISMO E PÓS-HUMANISMO

**João Jerónimo Machadinha Maia**

Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX da Universidade de Coimbra  
Doutor em Estudos Contemporâneos  
Investigador Integrado

## **Resumo:**

Este artigo mostra uma panorâmica sobre o debate ético-moral, com implicações jurídicas, que tem vindo a ser desenvolvido sobre a aplicação das novas biotecnologias no organismo humano, quando passíveis de alterar a condição humana. Trata-se de um debate com posições de ordem religiosa, técnico-científica e filosófica que demonstram, consoante o caso, maior ou menor abertura a este tipo práticas. Neste sentido, também se aborda a documentação que tanto a nível internacional como a nível nacional tem sido produzida em matéria de direito biomédico bem como as práticas desenvolvidas em diferentes contextos. Os dados apresentados e a discussão desenvolvida demonstram a necessidade de democratizar o conhecimento e prática científica e médica uma vez que este tipo de intervenções comporta uma dimensão estética, para além do facto do progresso científico e tecnológico tender a caminhar à frente da legislação produzida.

**Palavras-chave:** Transumanismo; Pós-humanismo; Direito; Estética; Democratização.

## **Introdução**

Os desenvolvimentos recentes em áreas do conhecimento científico-tecnológico como a engenharia genética, a nanotecnologia, a inteligência artificial ou a criogenia vieram alertar para a possibilidade de o ser humano desenvolver uma capacidade tecnológica que lhe permita ultrapassar os limites físicos, mentais e intelectuais ditados pela sua própria biologia. Tratam-se de tecnologias cujo o desenvolvimento é pressionado por diferentes tipos de interesses no âmbito social, tanto a nível terapêutico como económico. Estes dados têm colocado cada vez mais a relevância académica e científica do debate ético-moral, com implicações jurídicas, sobre os conceitos de transumanismo e de pós-humanismo. Os conceitos de transumanismo e de pós-humanismo **são**



**alvo de grande controvérsia** e ambiguidade até porque o seu estudo ainda é relativamente recente do ponto de vista acadêmico e científico. No entanto, do ponto de vista evolucionista, podemos ligar o conceito de transumanismo ao conceito de transumano que significará um humano melhorado ou um estágio intermédio entre o humano e o pós-humano. Já o pós-humano será, então, um estágio evolutivo da espécie ontologicamente diferente do humano (Bostrom, 2003). Do ponto de vista filosófico, podemos identificar o movimento acadêmico e intelectual do pós-humanismo crítico que desenvolve uma crítica em relação ao conceito de humanismo europeísta. Este conceito, apesar de ter uma pretensão universal no seu alcance, terá sido, no entanto, conivente com as maiores atrocidades cometidas precisamente em nome do bem-estar da humanidade no quadro da hegemonia ocidental no mundo (Braidotti, 2015).

Neste sentido, em termos de objetivos, este artigo procura desde logo confrontar diferentes posições teóricas sobre a legitimidade e/ou a mais-valia da aplicação das novas biotecnologias, principalmente quando estas são aplicadas no organismo humano sendo passíveis de alterar a condição humana. Serão abordadas posições centrais de ordem religiosa, técnico-científica e filosófica que mostram, consoante o caso, maior ou menor abertura a este tipo de práticas. Como segundo objetivo pretende-se mostrar as linhas gerais seguidas em matéria de direito biomédico, a nível internacional e a nível nacional, em paralelo com os dados de relatórios oficiais e com as opiniões de especialistas na área de modo a confrontar a legislação com as práticas desenvolvidas. Da discussão desenvolvida sobressai a ideia de que a noção dominante de dignidade humana comporta uma dimensão estética, para além da dimensão moral. Logo defende-se a necessidade de democratizar o conhecimento e a prática científica e médica como fator de maior justiça social, ambiental e cognitiva.

## **As posições religiosas**

No plano do debate público, as grandes religiões mundiais de tradição abraâmica, como é o caso do judaísmo, do cristianismo e do islão, apresentam maioritariamente posições de rejeição em relação à aplicação das novas biotecnologias ao organismo humano, nomeadamente quando tais práticas implicam determinações mais significativas. Com base nestas posições estão aquilo que estas confissões advertem como sendo os interditos fundadores e a alteridade absoluta. Ou seja, questões como a criação humana ou até mesmo a inteligência, consciência e linguagem humanas terão sido criações de Deus e como tal não cabe ao homem manipulá-las ou instrumentalizá-las de alguma forma. Em concreto, estas posições têm sido muito dirigidas à possibilidade da prática da clonagem humana reprodutiva ser constituída como uma técnica de procriação medicamente assistida. No entanto, sobre este assunto, podemos encontrar algumas posições minoritárias nestas religiões que mostram abertura ao desenvolvimento da clonagem humana reprodutiva. Por exemplo,

alguns pastores protestantes veem na clonagem uma expansão da liberdade humana e do controlo exercido sobre a procriação considerando isso positivo. Também alguns rabinos judeus veem a clonagem humana reprodutiva como uma solução possível para salvar linhagens familiares ameaçadas em situações de genocídio. É uma posição que não estará desligada da experiência do povo judeu durante o holocausto (Kahn & Papillon, 2000).

Noutro plano cultural, segundo o intelectual norte-americano Francis Fukuyama (2002), encontra-se nas filosofias orientais uma visão de continuidade entre a natureza humana e a natureza não-humana. Para o autor, esta visão do mundo implica uma menor consideração pelo carácter sagrado da vida humana o que pode levar nesta parte do mundo a uma maior abertura sobre práticas que no Ocidente são consideradas menos dignas sobre o ser humano. No entanto, pode-se contrapor a esta observação de Fukuyama que a continuidade entre a natureza humana e a natureza não-humana pode ser relacionada, antes, como um respeito por toda a vida, humana e não-humana. Outra perspetiva possível relaciona-se com o facto de em vários países do Extremo Oriente e do Sudeste Asiático vigorarem regimes políticos que colocam mais a ênfase nos aspetos educacionais e culturais do que nos aspetos biológicos e hereditários. Tais posições podem estar ligadas ao exercício das práticas biopolíticas que são consideradas condenáveis pela cultura ocidental.

## As posições técnico-científicas

Sobre o debate acerca da exequibilidade da técnica da clonagem humana reprodutiva, é possível encontrar posições, em ambos os campos, com um nível de fundamentação assinalável. Da parte de quem se opõe ao desenvolvimento da técnica, podemos encontrar as posições do geneticista francês Axel Kahn. Segundo ele, tendo por base a experiência da clonagem da ovelha Dolly, a produção de um clone viável implica a reconstituição de muitos embriões o que, desde logo, coloca muitas questões do foro ético-moral, se for transposto para a clonagem de seres humanos. É muito recorrente, neste campo, o argumento de que a destruição de um embrião humano implica a destruição de uma vida humana. Para além disso, sendo necessária uma grande quantidade de embriões humanos para desenvolver a técnica, o facto da produção de ovócitos, nas mulheres, ocorrer a conta-gotas, até por comparação com outras espécies de animais, também pode ser uma grande limitação ao desenvolvimento da técnica (Kahn & Papillon, 2000). Sobre a hipótese da clonagem de órgãos humanos para fins terapêuticos, Kahn assume que não há nenhuma garantia que seja possível a produção *ex vivo* de órgãos de mamíferos, apesar de algumas experiências promissoras já realizadas para a produção de órgãos menos complexos. “*No entanto, órgãos mais complexos, como o coração, os rins ou o pâncreas, são constituídos por uma rede de numerosos tecidos celulares, cuja reunião resulta no próprio órgão e na sua função específica. Parece, pois, claramente mais difícil conseguir gerar outros tantos tecidos, paralela e simultaneamente, para assegurar*

*o crescimento de um coração ou de um pulmão fora da fábrica orgânica que é o nosso corpo?* (idem, p.165).

Estando a técnica da clonagem dependente da manipulação das células embrionárias, há igualmente quem lembre as dificuldades técnicas como os problemas no uso destas células: difíceis de crescer, de controlar e facilmente rejeitáveis. Também não constitui, ainda, um processo de fácil desenvolvimento a conversão de células de um órgão humano em células de outro órgão. No entanto, como refere o relatório que se debruça sobre o tema da inevitabilidade da clonagem humana reprodutiva, do Instituto de Estudos Avançados da Universidade das Nações Unidas (UNU-IAS), há quem contraponha a estes argumentos o facto da clonagem estar mais relacionada com a técnica da fertilização *in vitro* do que com a genética. A clonagem humana reprodutiva pode acontecer muito mais depressa do que aquilo que se pensa, pois esta pode ser realizada sem conhecimento da estrutura do ADN. Apesar deste argumento, podemos identificar uma tendência para ligar as questões da clonagem às questões genéticas na legislação nacional e internacional (UNU-IAS, 2007).

No entanto, como é óbvio, o debate sobre a exequibilidade das técnicas desenvolvidas a partir das novas biotecnologias não se esgota no assunto da procriação medicamente assistida e da clonagem humana. Também na área da engenharia genética tem gerado acesa controvérsia o desenvolvimento das terapias genéticas em seres humanos. No plano técnico-científico, as terapias genéticas visam a alteração direta do material genético humano. Estas terapias ainda estão, na maior parte dos casos, numa fase experimental. Ainda assim, o seu potencial campo de ação é enorme pois podem não só almejar o tratamento de muitas doenças como também podem introduzir diferenças nas características humanas em termos de inteligência, consciência, extroversão e aparência física. De qualquer forma, o diagnóstico genético com pré-embriões, antes de serem transferidos para a cavidade uterina, já é possível para detetar os genes portadores de deficiência e garantir gravidezes com bebés normais selecionando desta forma as gerações futuras (Maia, 2017).

Também a nanotecnologia molecular é uma área de ponta na investigação científica que está em desenvolvimento e que visa permitir a observação, a medição e a manipulação da matéria à escala do nanómetro. É uma tecnologia que poderá permitir a inserção no organismo humano de nanodispositivos e de nanomateriais com o intuito de melhorar as performances e a saúde humanas. A nanotecnologia molecular avança igualmente no campo experimental e laboratorial pois existem desafios ligados à inserção destes componentes no corpo humano, por exemplo para evitar efeitos tóxicos dos mesmos. Há que frisar que ainda existe um longo caminho a percorrer para o estabelecimento, em vários casos, de procedimentos fiáveis a aplicar de forma generalizada nas pessoas. Existe uma desproporção entre o investimento realizado, a obtenção de resultados em contexto laboratorial restrito e a capacidade de desenvolver biotecnologias com resultados fiáveis e sem efeitos indesejados tanto no caso da nanotecnologia molecular como no caso das próprias terapias genéticas.

Ainda assim, a nanotecnologia molecular poderá ser um caminho viável para hibridização do humano com a máquina levando à criação daquilo que no âmbito do debate transumanista e pós-humanista se designa como o “ciborgue” (idem).

A criogenia, uma última técnica aqui referenciada, pretende, através de baixas temperaturas, congelar o corpo de um paciente humano cuja doença não tem cura no presente para que esse corpo seja preservado e reanimado num futuro onde a ciência e a tecnologia, para a cura que necessita, já existam. É algo para o qual já se começam a vislumbrar algumas possibilidades nomeadamente com o uso da técnica do nitrogénio líquido. Apesar de já existirem pessoas congeladas através deste processo até agora não foi possível reanimar qualquer uma delas. Ainda se colocam questões sérias e complexas a nível da preservação da integridade física e psicológica do paciente nos vários momentos do processo. A sua reanimação implica não só reverter os danos causados pelo processo em si como também os danos causados pela própria morte. As pessoas apenas são submetidas ao processo da criogenia após a sua morte legal ser decretada uma vez que o congelamento antes de morrerem seria sempre passível de acusações de suicídio assistido ou de eutanásia. Tratam-se de procedimentos que não são permitidos legalmente em países em que a criogenia é praticada, como por exemplo os Estados Unidos da América. As pessoas que se sujeitam a este tipo de tratamento fazem-no porque estando num estado terminal da doença de que sofrem não têm nada a perder. No entanto, não têm qualquer garantia de que um dia voltarão à vida nem estão ainda previstas perante a lei todas as condições jurídicas em que um dia poderão assumir, por exemplo, o seu património. Recorde-se que a espera pela cura de uma doença pode demorar dezenas ou até centenas de anos (idem).

## **As posições filosóficas**

Do ponto de vista filosófico encontramos neste debate vários tipos de posições que se fundamentam em elementos de diferentes ordens, incluindo elementos científicos, para defenderem, consoante o caso, oposição ou abertura à aplicação das novas biotecnologias no ser humano. A área neo-conservadora, nos Estados Unidos da América, por influência de grupos religiosos tem relevado posições contrárias em relação à aplicação dos recentes desenvolvimentos da biotecnologia. Francis Fukuyama (2002) sendo oriundo desta área política não coloca de parte estas posições. Na sua perspetiva de evolução humana não descarta a possibilidade de ter havido a emergência, a certa altura, de uma alma no ser humano. No entanto, este autor socorre-se de outro tipo de posições para defender a proibição deste tipo de biotecnologias. Adotando uma influência aristotélica assume a distinção entre o que é natural e o que é convencional. Para ele, está em causa o perigo de alterar a natureza humana e o fator x. Segundo Fukuyama, todos os seres humanos têm determinadas características, os chamados universais, que os identificam

como membros da mesma espécie permitindo o estabelecimento entre si de relações de convivialidade e de moralidade. Uma vez que esses universais sejam alterados, por exemplo através da tecnologia, estará em causa a imputabilidade do sujeito perante a lei. Neste sentido, Fukuyama defende uma forte regulamentação internacional para impedir a aplicação das novas técnicas da biotecnologia em humanos identificando outros possíveis riscos no seu uso como as disfunções nas relações sociais e intergeracionais e a possibilidade de se provocar graves desequilíbrios demográficos e geopolíticos.

Por sua vez, a matriz de pensamento dominante, nesta área, na Europa funda-se em premissas significativamente diferentes oriundas da filosofia kantiana. Para Jurgen Habermas (2006), a interferência, por exemplo, no genoma humano pode colocar em causa a apropriação autocrítica do indivíduo em relação à sua autobiografia passada. Somos indivíduos únicos e inconfundíveis na medida em que somos sujeitos de linguagem e ação que nos desenvolvemos em relações interpessoais e intersubjetivas. O ser-próprio é mais um poder transsubjetivo do que um poder absoluto. O perigo na intervenção à priori no genoma humano relaciona-se com o perigo da redução na simetria de responsabilidade que existe em princípio entre seres livres e iguais. Está em causa a autocompreensão ética da humanidade no seu todo perante os efeitos da auto-instrumentalização e auto-otimização humana que podem ser operados nos mercados da informação genética. Habermas aceita, no entanto, as intervenções genéticas que ele designa como eugenia negativa uma vez que estas terão objetivos meramente terapêuticos ao contrário da eugenia positiva que ultrapassa esse âmbito ao ter como objetivo o melhoramento humano.

Axel Kahn, por seu lado, assume uma linha de pensamento próxima de Habermas em termos de oposição aos atentados à dignidade humana e à instrumentalização humana que poderão ser realizados na aplicação da técnica da clonagem. A aplicação do imperativo categórico implica a assunção do sujeito moral e não-egoísta, na tradição fundadora da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nesta perspetiva, um clone correria o risco, do ponto de vista social, de ter um estatuto de segunda categoria na medida em que poderia ser visto como um usurpador de identidade (Jacquard & Kahn, 2004; Kahn & Papillon, 2000). Estas visões sobre a aplicação das biotecnologias, nomeadamente no plano mais íntimo do ser humano, têm fundamento na filosofia de Immanuel Kant e refletem-se nas legislações de países como a Alemanha e a França. No entanto, as posições francesas e alemãs sobre esta matéria não são, de todo, comungadas por outros países. A Grã-Bretanha está próxima da tradição liberal de John Locke. Esta tradição deposita grande fé na ciência e na tecnologia e é uma corrente responsável por uma maior abertura que existe nos países anglo-saxónicos em relação às práticas da biotecnologia que possam ter, de forma precoce, uma maior interferência na determinação genética dos indivíduos (Habermas, 2006). Esta abertura em relação às biotecnologias nos países anglo-saxónicos acontece apesar de também haver nestes países grupos internos de pressão contrários a tais práticas.

Com efeito, do ponto de vista filosófico, há autores que se fundamentam no âmbito da ciência para rebater os argumentos dos opositores das novas biotecnologias. Deste modo, há quem destaque que nem tudo o que nós somos é ditado pela genética. A própria epigenética e os fatores ambientais desempenham um papel decisivo no desenvolvimento físico, mental e psicológico do indivíduo (Ferry, 1997, *in* Kahn & Papillon, 2000). Nesta linha de pensamento, Albert Jacquard destaca mesmo que a própria atividade dos genes humanos é complexa. Inclusivamente, a atividade genética não deixa de estar relacionada com os fatores ambientais decorrentes da vida do indivíduo (Jacquard, 1988). Por esta ordem de razões podemos perceber que determinadas características físicas podem-se manifestar numa geração e não se manifestar na geração seguinte. Mesmo o facto da própria identidade humana se formar ao longo da vida em relações de intersubjetividade no âmbito social e cultural é um elemento que pode legitimar a aplicação das biotecnologias no ser humano (Descamps, 2007). Por exemplo, neste sentido, quando se fala em clones humanos, não quer dizer que estes sejam cópias idênticas aos seus progenitores, nos planos mental e psicológico para além do plano físico. Estes dados também dificultam a hipótese de se desencadear uma atitude deliberada e voluntarista de seleção artificial. Nesta medida, pode ser defensável a ideia da clonagem humana reprodutiva como uma solução viável para indivíduos que sofrem de esterilidade poderem ter um filho. Onde Albert Jacquard (1988), por sua vez, adota uma posição de cautela, em relação às alterações genéticas artificialmente desenhadas, é no que diz respeito às implicações do ponto de vista dos equilíbrios ecológicos e geopolíticos. De modo geral, podemos interferir com a constituição biológica das diferentes espécies sem percebermos muito bem o impacte que isso irá ter nos sistemas ecológicos e por arrasto nos sistemas socioeconómicos. Há elementos de imprevisibilidade nestas questões que não se controlam. Como efeitos possíveis, coloca-se o dilema entre o desencadeamento da subversão das preponderâncias culturais ou o recurso cada vez maior aos meios de pressão independentes do efetivo, ou seja, a utilização de meios não-democráticos para manter a ordem geopolítica atual. Em linha contrária, poder-se-á argumentar que a preservação da diversidade genética será um elemento a salvaguardar na espécie humana assim como noutras espécies uma vez que possibilitará às populações uma maior gama de instrumentos para fazer face aos diferentes tipos de desafios.

Por outro lado, será útil introduzir nesta discussão a visão sobre o conceito de dignidade humana presente no movimento transumanista. Este movimento tem vindo a constituir-se no âmbito internacional envolvendo académicos, filósofos e ativistas que defendem a possibilidade de aplicar as novas biotecnologias ao ser humano em seu benefício. Destacam, assim, que o conceito de dignidade humana presente na Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas assume um legado histórico revelando elementos sucessivos da teologia cristã, da filosofia kantiana e do legado do pós-II Guerra Mundial. Nesta medida, é um conceito de ordem moral e de ordem estético-

ca (Bostrom, 2007). Pode-se defender que é um conceito que não representa nada em absoluto. Neste sentido, o plano programático dos transumanistas vai para além da ideia do melhoramento humano através de alterações puramente biológicas. Já prevê na sistematização das suas ideias a possibilidade de consumir, num plano muito avançado, a hibridização entre o humano e a máquina. Aliás, como defende autora D.J. Haraway (1995), na linha do pós-humanismo crítico, o ciborgue poderá ter uma dimensão emancipatória no contexto de um modelo diferente de sociedade. O ciborgue não será um produto de um sistema desigual e de reprodução mas poderá ser ele próprio uma forma de relação mais justa, mais livre e enquadrada numa visão ecológica da sociedade mediante a redefinição das relações de poder no âmbito social e político. Temos aqui uma visão ético-filosófica onde o ser humano está em permanente construção desde os primórdios da espécie nomeadamente através do uso da tecnologia. Nesta linha de pensamento, torna-se muito difícil distinguir entre a eugenia positiva e a eugenia negativa. Na verdade, o uso da tecnologia sendo politizado pode ser dirigido para favorecer a preservação ou a promoção dos equilíbrios sociais e ecológicos.

## **A documentação e a realidade internacionais**

Nas últimas décadas tem vindo a tentar-se regular no plano internacional o desenvolvimento das práticas relacionadas com a aplicação das biotecnologias em seres humanos. Como pedra basilar nesta matéria, foi adotada, pelo Conselho da Europa, em 1997, a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, também conhecida como a Convenção de Oviedo. Esta convenção teve nos anos subsequentes vários protocolos adicionais que visaram regulamentar as questões mais prementes que se iam colocando em matérias de direito biomédico. A saber: 1º protocolo adicional sobre a proibição da clonagem humana, em 1998; 2º protocolo adicional sobre o transplante de órgãos e tecidos humanos, em 2002; 3º protocolo adicional sobre práticas de investigação biomédica, em 2005; 4º protocolo adicional sobre testes genéticos para fins de saúde, em 2008 (Maia, 2017). De referir que todos os protocolos adicionais, no âmbito da Convenção de Oviedo, já entraram em vigor dado que foram ratificados pelo número mínimo de partes exigido.

No seio das Nações Unidas, em particular na UNESCO, houve pela mesma altura um esforço semelhante ao esforço do Conselho da Europa para regular este tipo de matérias. Da parte da UNESCO podemos citar a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos de 1997, a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos de 2004 e a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos de 2005. Em concreto, da parte da Assembleia-geral das Nações Unidas houve uma declaração sobre a proibição da clonagem humana aprovada em 2005 à semelhança daquilo que foi feito pelo Conselho da Europa na documentação relativa à Convenção de Oviedo (idem).

Podemos referir que a nível internacional, a tradição jurídica europeia continental baseada na filosofia kantiana reflete-se com maior predominância na documentação produzida para regulamentar as práticas da biotecnologia. A Declaração da Organização das Nações Unidas sobre Clonagem Humana não tem efeito legal vinculativo e esteve longe de ser consensual a sua aprovação. Mas foi precisamente por iniciativa da França e da Alemanha que se pretendeu banir, a nível global, o processo da clonagem humana reprodutiva embora na prática este efeito esteja dependente da iniciativa legislativa individual dos estados (UNU-IAS, 2007). De forma geral, tanto nos documentos do Conselho da Europa como nos documentos da UNESCO, aprovados no campo da bioética, está presente uma matriz humanista do legado civilizacional europeu. Em praticamente todos os documentos citados estão consagradas questões como a confidencialidade da informação genética pessoal, o princípio da não-discriminação, o consentimento livre e esclarecido do indivíduo participante na intervenção, a prevalência do bem-estar da pessoa sobre o estrito interesse da sociedade e o desenvolvimento para fins terapêuticos das práticas de biotecnologia em seres humanos, salvo exceções. Há, nesta medida, nos diferentes documentos, a coincidência do mesmo processo histórico em termos de assunção dos fundamentos filosóficos e normativos em matéria jurídica.

No entanto, pode-se apontar a crítica de estarmos, em muitos casos, face a documentos que exprimem princípios vagos que não preveem toda a complexidade dos casos resultantes do desenvolvimento da engenharia genética e das biotecnologias, em geral. Sabemos, nesta altura, que este tipo de técnicas avança para uma convergência da engenharia genética com a nanotecnologia e a inteligência artificial. A documentação internacional produzida está muito centrada nas técnicas de engenharia genética mais divulgadas publicamente como é o caso da clonagem humana e das terapias genéticas. Para além disso, não há limites bem demarcados em relação à investigação sobre a clonagem humana. Embora alguns estados tenham adotado legislação para banir a clonagem reprodutiva, há ainda muitos outros estados que não têm qualquer legislação sobre a matéria. Lidamos, muitas vezes, com definições científicas puramente arbitrárias na transposição para o campo jurídico ao mesmo tempo que há interesses científicos e económicos que pressionam a investigação na área. Por outro lado, a fraqueza das estruturas sociais nos países do Sul torna-os sujeitos a aproveitamentos de situações de pobreza. Hoje tentam-se delinear novos caminhos sobre a opção a tomar em termos de investigação sobre a clonagem humana sem que haja, de alguma forma, consenso internacional sobre o assunto (UNU-IAS, 2007). É verdade que na documentação da UNESCO encontramos uma maior ênfase ao incitamento na cooperação científica entre os países industrializados e os países em desenvolvimento, no intercâmbio de conhecimento e informação científica em áreas como a biologia, a genética e a medicina. Assim, o progresso social e económico poderá ser usado em benefício de todos. A estrutura da UNES-



CO, sendo mais representativa do que por exemplo a estrutura do Conselho da Europa, pode justificar este tipo de opções. No entanto, assinala-se que o relatório da própria UNESCO, de 2014, sobre “O princípio da não-discriminação e da não-estigmatização” continua a apontar aos países em desenvolvimento um quadro de pobreza, de instituições fracas, de falta de capacidade de investigação científica, falta de comunicações e de infraestruturas, inabilidade de transferência do conhecimento para as políticas e de fracos sistemas de regulação da medicação.

## **A legislação nacional e os desafios em Portugal**

Em Portugal também tem sido desenvolvido um esforço para acompanhar as tendências internacionais no que diz respeito ao direito biomédico e à bioética. A legislação nacional, nesta área, tem como princípios fundamentais as disposições expressas nos documentos internacionais de instituições como as Nações Unidas e o Conselho da Europa. Embora alguma da legislação portuguesa seja anterior às convenções e declarações internacionais citadas, ela não deixa de se basear em documentos internacionais anteriores e de maior alcance como a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas ou a Convenção Europeia dos Direitos do Homem que datam de 1948 e 1950, respetivamente. Em alguns casos a legislação nacional tem vindo a ser alterada para obedecer às ordens jurídicas e às diretivas europeias entretanto criadas ou devido às novas maiorias parlamentares que se vão estabelecendo no quadro da Assembleia da República Portuguesa. Neste sentido, podemos citar em matéria do direito biomédico português mais relevante para este artigo: o Decreto-lei nº319/86 de 25 de setembro referente ao Banco de Esperma; a Lei nº12/93 de 22 de abril sobre Colheita e Transplante de Órgãos, Tecidos e Células de Origem Humana com subseqüentes alterações entre 2007 e 2015; o Despacho da Ministra da Saúde nº5411/97 de 8 de julho sobre Diagnóstico Pré-Natal; a Resolução nº47/2001 da Assembleia da República sobre Proteção da Dignidade Pessoal e da Identidade Genética do Ser Humano; a Resolução nº48/2001 da Assembleia da República sobre Defesa e Salvaguarda da Informação Genética Pessoal e subseqüente Lei nº12/2005 de 26 de janeiro sobre Informação Genética Pessoal e Informação de Saúde, alterada em 2016; a Lei nº32/2006 de 26 de julho sobre a Procriação Medicamente Assistida, com alterações entre 2007 e 2016 e com deliberações e decretos aprovados nos últimos anos da parte de órgãos competentes como o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida; a Lei nº5/2008 de 12 de fevereiro sobre Base de Dados de Perfis de ADN para Fins de Identificação Civil e Criminal, com alteração em 2013 (Maia, 2017).

Apesar dos avanços conseguidos no campo da produção legislativa, o caso português revela ainda um longo caminho a percorrer em matéria de bioética. Como já foi referido, a legislação portuguesa na área do direito biomédico tem como princípios fundamentais as disposições expressas nos do-

cumentos internacionais de instituições como as Nações Unidas e o Conselho da Europa. Por outro lado, determinados documentos têm estado muito sujeitos às circunstâncias das maiorias parlamentares em matérias específicas. Ultimamente têm vindo a ser alargados os beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistidas e foi introduzida a permissão das técnicas da fertilização recíproca e da gestação de substituição (*idem*) embora com batalhas legislativas e judiciais que ainda estão em curso. Para além disso, há especialistas portugueses que apontam limitações no debate e no pensamento ético na área da bioética entre os cientistas e os médicos portugueses (Antunes, 2011; Faustino, 2009). Inclusivamente apontam-se desafios para superar em termos do ensino superior. Há toda uma nova gama de aplicações de nanotecnologia a entrar no mercado e na prática médica e os profissionais de saúde portugueses têm que ser preparados para esta nova realidade. Urge, por isso, desenvolver nas universidades portuguesas, por exemplo, os cursos de nanomedicina (Santos N.C., 2011). Ainda assim, certamente que o tratamento deste tipo de questões transcende o plano meramente académico e político. A forma como se liga o conhecimento e a prática científica e médica à realidade das populações deve ser alvo de uma abordagem com outra intensidade.

## **Considerações finais**

Ao debatermos os conceitos de transumanismo e de pós-humanismo, por um lado na área ético-moral, por outro lado na área jurídica, encontramos um campo óbvio de ligação entre as duas áreas. A ideia atual de dignidade humana, que se encontra transposta na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, está fundada numa herança histórica de elementos sucessivos da teologia, da filosofia kantiana e do legado do pós-II Guerra Mundial (Bostrom, 2007). Este conceito de dignidade humana poderá sempre ser alvo da crítica de que encerra uma visão ligada a um processo histórico específico. Na mesma medida, também se pode apontar à documentação e à legislação internacional e nacional, em matéria de direito biomédico, o facto de estar muito centrada em processos como a procriação medicamente assistida, a clonagem e mesmo as terapias genéticas excluindo todas as outras técnicas futuras que ainda não são possíveis de conceber mas que se tornam plausíveis dadas as promessas que os desenvolvimentos da ciência e da tecnologia vão trazendo. As aplicações de áreas como a nanotecnologia e a criogenia colocam questões de uma complexidade tal que ultrapassam as implicações estritas para a pessoa intervencionada. Provavelmente em muitos casos colocar-se-ão implicações para os familiares da pessoa intervencionada e, uma vez que as técnicas sejam aplicadas em larga escala, haverá com certeza implicações de ordem sociodemográfica, socioeconómica, sociocultural e ambiental.

Neste sentido, defende-se a ponderação da dimensão estética em cada intervenção no domínio das biotecnologias em humanos. Valores mais altos como o alívio do sofrimento, a justiça, a igualdade, a liberdade, a equidade, a

saúde e o respeito pela dignidade humana devem ser salvaguardados (idem). No entanto, varia a forma como essa salvaguarda é operacionalizada em cada contexto pois cada caso tem a sua própria especificidade para além do facto da evolução da ciência e da tecnologia tender a caminhar à frente do direito. Logo, há a necessidade de democratizar o conhecimento e a prática científica e médica. Se é verdade que a aplicação das novas biotecnologias aos seres humanos comporta riscos individuais e coletivos, por outro lado, também comporta a oportunidade dos indivíduos expandirem as suas opções de vida e de, num plano mais abrangente, se poder contribuir para uma sociedade mais justa e mais ecológica nomeadamente onde as carências hoje são maiores. Certamente que a nível global torna-se importante a promoção da cooperação internacional nos domínios da ciência e da tecnologia respeitando as especificidades socioculturais e ambientais. Mas no contexto de cada comunidade há que implementar órgãos de debate e de decisão que assegurem uma verdadeira participação democrática de todos os agentes sociais, e não só dos especialistas, sobre a aplicação dos dispositivos científico-tecnológicos e de saúde. Há que apostar no empoderamento dos cidadãos no quadro de uma biopolítica democrática que leve à participação destes no processo de debate e de deliberação sobre a aplicação das tecnologias emergentes. Sem a democratização do conhecimento e da prática científica e médica dificilmente se poderá implementar um modelo de sociedade sustentável que obedeça às necessidades de todos (Nunes, 2003).

## Referências

- ANTUNES, J. L. Ética e participação pública. In Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (Ed.), **Nanotecnologias e O.G.M.:** Ciência, Ética, Sociedade – Actas do 11º Seminário do CNECV (pp. 13-20). Lisboa: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. 2011.
- BOSTROM, N. **Dignity and enhancement.** 2007. Acedido em 22 de setembro de 2016, de <http://www.nickbostrom.com/ethics/dignity-enhancement.pdf>.
- BOSTROM, N. **The transhumanist FAQ.** 2003. Acedido em 22 de fevereiro de 2014, de <http://www.transhumanism.org/resources/FAQv21.pdf>.
- BRAIDOTTI, R. **The Posthuman,** 7ª Edição. Cambridge: Polity Press. 2015.
- DESCAMPS, P. **Que faire du droit familial de Fichte? Les études philosophiques,** Jan., 1, 109-123. 2007.
- FAUSTINO, V. Uma introdução a um consenso improvável. In R. Naumann (Org.), **Os desafios da engenharia genética:** propriedade intelectual, utilidade efectiva e debate político (pp. 9-16). Lisboa: Fundação Friedrich Ebert. 2009.
- FUKUYAMA, F. **O nosso futuro pós-humano:** consequências da revolução biotecnológica (V. Antunes, Trad.). Lisboa: Quetzal Editores. 2002.
- HABERMAS, J. **O futuro da natureza humana:** a caminho de uma eugenia liberal (M.B. Bettencourt, Trad.). Coimbra: Edições Almedina. 2006.

- HARAWAY, D. J. **Simians, cyborgs, and women: the reinvention of nature**, 2ª Edição. London: Free Association Books. 1995.
- JACQUARD, A. **Elogio da diferença** (A. Cabral, Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1988.
- JACQUARD, A., & Kahn, A. **O futuro não está escrito** (M. Mascarenhas, Trad.). Lisboa: Instituto Piaget, 2004.
- KAHN, A., & Papillon, F. **A clonagem em questão** (M. J. Figueiredo, Trad.). Lisboa: Instituto Piaget, 2000.
- MAIA, J. J. M. **Transumanismo e pós-humanismo – descodificação política de uma problemática contemporânea**. Tese de Doutoramento apresentada ao Instituto de Investigação Interdisciplinar da Universidade de Coimbra, 2017.
- NUNES, J. A. From bioethics to biopolitics: new challenges, emerging responses. **Oficina do CES**, 193, 1-19, 2003.
- SANTOS, N. C. Nanomedicina – Ciência, Tecnologia e Educação. In Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (Ed.), **Nanotecnologias e O.G.M.: Ciência, Ética, Sociedade – Actas do 11º Seminário do CNECV** (pp. 27-34). Lisboa: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2011.
- UNESCO. **Report of the IBC on the principle of non-discrimination and non-stigmatization**. 2014. Acedido em 6 de julho de 2015, de <http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002211/221196E.pdf>.
- UNU-IAS. **Is human reproductive cloning inevitable: future options for UN governance**. 2007. Acedido em 29 de junho de 2015, de [http://archive.ias.unu.edu/resource\\_centre/cloning\\_9.20B.pdf](http://archive.ias.unu.edu/resource_centre/cloning_9.20B.pdf).

# DERECHOS AMBIENTALES COMO NUEVA TEORÍA INTEGRAL DE LOS DERECHOS

**Gregorio Mesa Cuadros**

Profesor Titular Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.  
Doctor (*Ph.D*) en Derecho, Magíster en Filosofía del Derecho y Abogado. Profesor  
Titular (*Tenured Professor*) y Director del Grupo de Investigación en Derechos  
Colectivos y Ambientales – GIDCA de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y  
Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá

## Resumen:

Los conflictos y problemas ambientales que persisten en el siglo XXI requieren nuevos enfoques teóricos que superen los reduccionismos y visiones sectoriales y parciales de los derechos pensados en la modernidad. Las teorías de los derechos humanos son múltiples, a pesar de persistir la hegemonía de una de ellas, la teoría liberal positivista de los derechos. Esta como otras teorías, parten de una comprensión segmentada de los derechos, que olvida la vigencia de desprotección y desconocimiento de los mismos para miles de millones de seres humanos, sus culturas y ecosistemas que los alimentan, junto a nuevas discusiones jurídico políticas, sociales y culturales que demandan la protección de nuevos sujetos, más allá de los humanos. Una teoría de los derechos ambientales desarrolla desde el pensamiento integral, complejo, global y holista, la idea de sujetos de derecho, tanto para todos los seres humanos presentes y futuros, como derechos para múltiples elementos de la naturaleza y los ecosistemas, tales como los ríos, los bosques, los animales silvestres, entre otros. Todo ello es posible desde nuevos conceptos y fundamentación que desarrolle en perspectiva ambiental, tanto el derecho, como los derechos, la justicia, el Estado, la ciudadanía y la democracia.

**Palabras clave:** Ambiente/naturaleza. Derechos humanos. Derechos de la naturaleza. Derechos ambientales. Justicia ambiental.

## Introducción

Este escrito indaga por la persistencia de viejos y nuevos conflictos sin resolver entre humanos y de éstos con la naturaleza, aspecto que conlleva un alto déficit de protección de los derechos, situación que justifica por qué la academia y el derecho deben construir nuevas comprensiones, conceptos y

fundamentación sobre el mundo, la vida y los derechos.

Para ello, se parte de reconocer diversas teorías de los derechos humanos (la hegemónica y otras alternas), desde su conceptualización y fundamentación (formal o jurídica y material o conflictual), tanto desde algunos elementos normativos, como jurisprudenciales y doctrinales, en perspectiva ambiental.

Consideramos que los derechos no se protegen efectivamente porque diversas teorías parten de visiones sectoriales y parciales del mundo, reduciendo los derechos a formalismos legalistas, y olvidan o desconocen que los derechos entendidos como procesos desde visiones sistémicas, complejas, globales y holistas, orientarían una conceptualización y fundamentación integral para su protección efectiva y no solo su consagración normativa formal.

Lo anterior precisa los límites y potencialidades para la protección efectiva de los derechos desde las teorías sectoriales y parciales de los derechos humanos y orienta la formulación de una nueva teoría integral de los derechos que reconoce el papel de nuevos principios que los fundamenten y el papel del neo-constitucionalismo latinoamericano y alter-global, así como de legisladores y tribunales quienes comienzan a reconocer los derechos de la naturaleza y los derechos de los ecosistemas o algunos de sus elementos (aguas, ríos, bosques o animales silvestres, por ejemplo).

Esta nueva teoría integral de los derechos conjugaría el subsistema de los derechos humanos con el subsistema de los derechos de la naturaleza, la cual permitiría ayudar a comprender y buscar soluciones a los grandes y graves problemas que aquejan hoy a la humanidad, especialmente el caos y la crisis climática, la corrupción, las guerras, los desplazamientos forzados y las violaciones masivas de derechos.

## **Algunas teorías de los derechos humanos**

Son diversas las teorías de los derechos humanos y todas y cada una de ellas parte de un enfoque que defiende una determinada posición política, jurídica, ética e ideológica que se relaciona con la manera de ver y entender el mundo, el ambiente, la sociedad y una mayor permanencia institucional o cambios menores o significativos en la sociedad.

Cada teoría de los derechos desarrolla unos presupuestos conceptuales y de fundamentación desde los cuales se lee su sentido, orientación, reivindicación, exigencia y demanda. Se afirma que los derechos son una construcción de la modernidad, olvidando que los derechos como reivindicación siempre han existido en la medida que un poder, el que sea, desde hace milenios se impone de manera injusta sobre otro(s) ser(es) o grupo(s) humano(s), que se levantan porque consideran que tal actuación supera los límites que requiere la vida para ser digna de ser vivida.

A toda teoría del derecho, la justicia y el Estado, le corresponde una teoría de los derechos y, por ello, además de las teorías que indican que los

derechos humanos son facultades, libertades, capacidades o prerrogativas pre-existentes al Estado y connaturales al ser humano (desde *iusnaturalistas* como Tomás de Aquino, siglo XIII) o *iuspositivistas* (los derechos humanos lo son solo si la norma positiva estatal los formula y establece mecanismos para su exigibilidad), contamos con otras teorías que conceptualizan y fundamentan los derechos de otra manera.

Tenemos por ello visiones *marxistas* donde los derechos son los derechos del burgués y, por tanto, no llevan a la emancipación, aunque una clase social como el proletariado tiene consigo la posibilidad de concretar esa condición cuando se asuma como ser genérico<sup>1</sup>; es decir, la emancipación humana solo se dará cuando el hombre individuo ha reconocido sus propias fuerzas como fuerzas sociales (Marx, 1843).

Por su parte, los *iusrealistas* como Ross (1963) precisan que los derechos son las prácticas humanas en contextos socio-históricos que dotan de significación a aquello que denominamos derechos. Por ello, critican el idealismo *iusnaturalista*, así como la formalidad *iuspositivista*, por ser teorizaciones abstractas que no tienen en cuenta las condiciones reales de las que depende el efectivo disfrute de los derechos.

De otra parte, las tesis mayoritarias en derechos humanos se encuentran en el contexto del *liberalismo*, que a su vez contiene diversas variantes según los teóricos que las desarrollan, incluidos Hobbes (1651), Locke (1690), Montesquieu (1748), Mill (1863) hasta llegar a los gestores de las posiciones neoliberales como las defendidas por Hayek (1944) y Nozick (1974), que precisaron los derechos como individuales y al Estado mínimo como garante de las libertades en el sentido privatista.

En su momento Dworkin (1989) desde el *neiusnaturalismo* indicó que los derechos son “cartas de triunfo contra la mayoría” y el maestro Bobbio (1991) nos precisó de manera paradigmática que los derechos no son más que “límites al poder del Estado” y desde el *garantismo*, Ferrajoli (1999) conceptualizó a los derechos como “la ley del más débil contra la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia”.

Aun así, a fines del siglo XX, las teorías *comunitaristas*, *multiculturalistas*, *interculturalistas* y *decolonialistas*, desde autores como Walzer (1993), Kymlicka (1996), Santos (1998) o Walsh (2007) nos precisan en términos generales que los derechos se reconocen en la diversidad de un mundo de cosmovisiones, culturas y sistemas éticos divergentes y a menudo contrarios, incompatibles o con pocas posibilidades dialógicas; derechos de grupos y no solo de individuos, resultado de diálogos de saberes inter y transculturales, controvirtiendo el universalismo abstracto de las teorías liberales y defendiendo formas cultu-

1 Para el marxismo los derechos no son instrumentos para liberar al hombre de la alienación, pues solo lo es cuando el hombre haya reconocido sus propias fuerzas como fuerzas sociales; ello es así porque los derechos son derechos del burgués y son las protecciones legales para su defensa como clase propietaria de los medios de producción; por tanto, solo las condiciones materiales determinan el alcance real de los derechos y para su realización efectiva es necesaria una auténtica emancipación política.

rales diversas.

Para algunos *multiculturalistas*, los derechos han sido una estrategia de cooptación estatal de la diferencia cultural en el marco del capitalismo global de mercado, y para otros, la interculturalidad en los derechos es la construcción de un espacio inter-epistémico que incorpora y negocia conocimientos comunitarios y occidentales manteniendo una relación crítica con la llamada “colonialidad del poder”<sup>2</sup>, en la formulación de Walsh (2007: 52).

Por su parte, los derechos humanos desde las teorías *republicanas* como las cercanas a aquella defendida por Habermas (1998) nos recuerdan que los derechos son el resultado de deliberaciones y decisiones ciudadanas, donde la igualdad y los derechos solo se darán por autogobierno y ciudadanía activa (virtudes cívicas) comprometida al servicio del interés común, público y general.

Un enfoque de especial interés para los derechos en el siglo XXI, es la teoría *interseccional* de los derechos, la cual formula críticamente los múltiples procesos contextuales de carácter complejo e, irreducible, variados y variables, derivados de la interacción de diversos factores sociales, económicos, políticos, culturales y simbólicos, que buscan superar las formulaciones de exclusión, marginación y discriminación a la que son sometidos ciertos sujetos individuales y colectivos, aspecto relevante para comprender los enfoques diferenciales, tal como Crenshaw (1989, 139) precisó al indicar cómo las mujeres afro-estadounidenses habían sido excluidas de las políticas feministas y antirracistas, ya que ninguna de estas políticas tuvo en cuenta la intersección entre raza y género.

Pero es quizás desde las *teorías femeninas del derecho*, donde mejor se ha expresado la crítica de cómo las teorías del derecho y los derechos son esencialmente construidas y enunciadas en versión masculina y basadas en la idea de individualidad, segmentación, separación y delimitación, según West (2000: 71); en cambio, los derechos vistos desde las mujeres, serían formulados a partir de las relaciones e interconexiones de las mujeres con otros seres humanos.

Desde nuestra teoría de la *integralidad y procesualidad de los derechos*, indicamos que los derechos no son solo normas y derechos subjetivos y/o colectivos, sino que, además, son esencialmente “procesos sociales políticos, culturales y colectivos de demandas de ideas de dignidad ambiental (humana y ecosistémica) concreta en espacio y tiempo determinados”, tal como se expresa en Mesa Cuadros (2001), aspecto que también se puede ver en Herrera Flores (2005).

---

2 Para Walsh (2007: 55) el multiculturalismo es un término que refleja “un esfuerzo por incorporar las demandas y el discurso subalternos “dentro” del aparato estatal. [Por su] política de incorporación y división, diseñada “no simplemente para debilitar la oposición, sino para hacerlo en el orden de asegurar la implementación de un proyecto neoliberal... El reconocimiento de y la tolerancia hacia los otros que el paradigma multicultural promete, no sólo mantiene la permanencia de la inequidad social, sino que deja intacta la estructura social e institucional que construye, reproduce y mantiene estas inequidades”.



## Una teoría de los Derechos Ambientales

Es inadecuado por incompleto y reduccionista seguir insistiendo solo en la relación entre los derechos de los seres humanos y su ambiente, y no insistir en la idea de derechos ambientales como una ruta que permite consolidar los derechos de la Naturaleza<sup>3</sup> (de los ecosistemas y de los seres humanos), en una era nueva (la del *capitaloceno*) que requiere y reclama de la academia, propuestas y respuestas construidas común y colectivamente con otros y otras, especialmente con quienes más sufren los impactos ambientales negativos de quienes se apropian injustificadamente de ecosistemas y culturas en los últimos siglos.

De acá surge la necesidad de profundizar en una nueva teoría de los derechos, que desde la perspectiva ambiental haga enunciaciones integrales y sistémicas de una nueva comprensión del mundo que supere visiones reduccionistas, parceladas y simplistas. Consideramos que una teoría desde la integralidad, procesualidad, sistemicidad, holismo, globalidad y sus interdependencias y co-dependencias, puede contribuir a desarrollar un nuevo enfoque de derechos, los derechos ambientales.

El reconocimiento de otros sujetos de derecho, y no solo de los humanos como seres con derechos, va en la vía correcta, pues concreta la idea de justicia ambiental (Mesa Cuadros, 2018) con todos los sujetos, tanto humanos como de otras especies, incluido el Ambiente o Naturaleza, desde criterios inter y trans-generacionales e inter-especies incorpora seres humanos y seres no humanos como sujetos, junto necesaria redistribución de los beneficios que aporta la Naturaleza para todos ellos, así como los costos del deterioro ambiental, para que no haya cargas exageradas e injustas sobre determinados seres discriminados por algún determinismo anti-ambiental, ya sea de género, racial, territorial, climático, geográfico, de origen, ideología, capacidad o discapacidad o rol social, por ejemplo.

Por ello, una idea de derechos ambientales debe comprender derechos de los seres humanos y derechos de otros seres o especies más allá de los humanos, tener en cuenta la temporalidad en los derechos, es decir, derechos de las presentes, pasadas y futuras generaciones (aspecto diacrónico y sincrónico de los derechos), definir con precisión la nueva forma Estado que supere los límites estrechos del Estado/Nación para que haya dignidad (Estado Ambiental de Derecho), el cual se desenvuelve en el cosmopolitismo y post-cosmopolitismo global e integral y no solo como partes desagregadas de formas estado modernas que discriminan derechos con ocasión de la pertenencia o no a un determinado territorio o cultura.

Esta justicia no estará completa si no incorpora verdaderos límites al proceso productivo y de comercio desde el imperativo ambiental, facilita sin

3 Usamos esta acepción en mayúsculas para indicarla como sinónimo de “ambiente”, ya que cuando se indica “naturaleza” con minúscula, se hace referencia a los “ecosistemas”, es decir, a uno de los subsistemas de la Naturaleza, el otro es lo social o la cultura. Son conceptos sinónimos, además, Biosfera, Ecosfera y Madre Tierra o Pacha Mama.

trabas el acceso a la administración de justicia (administrativa o judicial, según sean las circunstancias), con ocasión de las dificultades o limitaciones estructurales, contextuales y/o coyunturales que se generen sobre ciertos sujetos de derecho y, ello solo será posible, con la concreción de la democracia y la ciudadanía ambientales que promueven la protección efectiva de todos los sujetos y todos sus derechos.

La mayoría de las sociedades tradicionales alrededor del mundo han considerado al Ambiente o Naturaleza o sus elementos, como sujetos de derechos (Mesa Cuadros, 2018a). En efecto, la primera norma que el ser humano creó debió ser una norma de derecho ambiental que definió un límite concreto al uso de la naturaleza; en este caso, prohibió cazar un animal del cual vivía, para evitar su extinción y la sí mismo como cultura.

Pro como quiera que las visiones hegemónicas del mundo, desde el pensamiento moderno, privilegiaron la imposición del hombre sobre la naturaleza, se fueron olvidando las conexiones y la idea de sacralidad de la Naturaleza, que además era considerada como madre y maestra.

En el olvido de la conexión estrecha del ser humano con la naturaleza se fue imponiendo la idea de derechos que protegían los derechos de unos cuantos humanos (por ejemplo, hombres, blancos, francés -inglés o español-, burgués, propietario), pero con la ampliación del ámbito de protección se llegó a la idea de generalización y universalización de los derechos en cabeza de todos los seres humanos.

Pero este déficit de derechos, sumado a la retórica negativa de los mismos, ha evidenciado la necesidad de continuar con la ampliación de la protección a otros sujetos más allá de lo humano, en la idea de comprender la integralidad de cuidado con todos los seres de la Naturaleza.

Por primera vez en la historia constitucional del mundo, la Constitución Política de Ecuador (2008) reconoce al Ambiente, la Naturaleza o Pacha Mama como un ser vivo sujeto de derechos, de la que los seres humanos somos parte, y que es vital para nuestra existencia. Para ello plantea una nueva forma de convivencia en diversidad y armonía con ella para alcanzar el buen vivir, el *sumak kamsay*. La Constitución Política de Bolivia (2009) consagra especial protección a la Naturaleza y el Tribunal Plurinacional de Bolivia (2016) reitera la protección del agua y otros elementos del ambiente.

En Colombia, la Corte Constitucional (2016) en Sentencia de Tutela T-622 del 10 de noviembre, reconoce al río Atrato como un sujeto de derechos, junto con los bosques y demás elementos de su cuenca hidrográfica, después de una larga lucha por su defensa contra distintas autoridades del Estado (el Legislativo, el Ejecutivo, el Judicial, y los organismos de control) y empresas nacionales e internacionales, que antes y después de la sentencia lo atacan, despojan y siguen apoyando diversas ilegalidades. Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia (2018) abril 5, declara al bosque húmedo tropical amazónico colombiano como sujeto de derechos y el Tribunal Administrativo

de Boyacá (2018), el 9 de agosto reconoce al Páramo<sup>4</sup> de Pisba como sujeto de derechos y de especial protección como ecosistema esencial para la vida en esa región colombiana.

Por su parte, el Parlamento de Nueva Zelanda (2017), el 15 de marzo, después de más de ciento cuarenta años de exigencia por parte del Pueblo Indígena Maorí, reconoce la personalidad jurídica al río Whanganui con los mismos derechos legales que tienen los neozelandeses, precisando que es una entidad viva, junto a *Te Ava Tupua* (Madre Tierra) como un todo indivisible y vivo, que comprende el río Whanganui desde las montañas hasta el mar, y todos sus elementos físicos y espirituales.

Posteriormente, en el norte de la India, cordillera del Himalaya, el Tribunal Supremo del Estado de Uttarakhand y Nainital (2017) marzo 20, concedió personalidad jurídica a los ríos Ganges y Yamuna, y a los glaciares que los originan, y ordenó su protección, declarando a los dos ríos como entidades vivas y, por tanto, con los mismos derechos legales que una persona humana, aspecto asociado principalmente a la lucha de las comunidades de la región y a algunos funcionarios, de la necesidad de ayudar a su descontaminación, queja reiterada de las comunidades quienes consideran a estos dos ríos como seres sagrados<sup>5</sup>.

Estos y otros desarrollos legislativos y jurisprudenciales, a lo largo y ancho del globo en la última década, presentan algunos avances para comprender y desarrollar la necesidad de protección como sujetos de derechos de otros seres distintos a los humanos, aspecto que requiere, además, mecanismos concretos para su protección efectiva, evitando el mismo déficit que se encuentra respecto de los derechos humanos.

Una teoría de los *Derechos Ambientales* como la exponemos aquí, presupone, entre otras, las siguientes dimensiones, contenidos y características generales:

- 1) **Polisemia:** el discurso y el concepto de los derechos no tiene una sola versión sino varias conceptualizaciones y fundamentaciones, que dirigen hacia diversas teorías. Defendemos una que trate de incorporar la totalidad de las posibilidades para la protección material de eso que llamamos derechos.

---

4 Es un ecosistema especial de alta montaña en los Andes Tropicales, caracterizado por vegetación típica de pajonales, frailejones, matorrales, prados y chuscales, así como bosques bajos y arbustos y ser una zona rica en humedales (ríos, quebradas, arroyos, turberas, pantanos, lagos y lagunas) y habitado por campesinos y sociedades étnicas indígenas y de negritudes. Véase, además Ley 1930 de 2018 en su artículo 3° o ley de páramos de Colombia.

5 Posteriormente el Tribunal Superior de la India decidió no aplicable esta teoría, por el hecho que el Ganges es un río internacional y, por tanto, se requería una discusión y acuerdo internacional y, además, como quiera que los ríos podrían afectar derechos de los seres humanos, no era aceptable que el río no pudiera responder por tales hechos; argumento desde la teoría liberal de los derechos humanos que insiste en que los derechos solo son si existe una obligación o deber correlativo, asunto que no tiene por qué ser trasladado a sujetos no humanos.

- 2) ***Los derechos son su universalización y su especificación:*** la idea de derechos no puede ser subsumida en una sola vía, reconocemos la potencialidad de unas dimensiones de los derechos que los reconocen en múltiples vías o dinámicas, tales como los procesos de generalización o universalización para todos, y especificación o derechos para otros.
- 3) ***Los derechos son colectivos e individuales:*** es necesario superar la visión liberal restrictiva de los derechos -que se luchan colectivamente pero que se reconocen y aceptan solo individualmente-, pues somos seres individuales que vivimos en comunidad.
- 4) ***Los derechos como todos los derechos:*** además de comprender los derechos humanos civiles y políticos (DHCyP), conjuntamente con los derechos humanos económicos, sociales, culturales, colectivos y ambientales (DHESCCA), nuestra teoría integra los derechos de los ecosistemas, las aguas, las montañas, bosques, animales, etc., y en desarrollo del principio ambiental del holismo, los derechos del ambiente, la Madre Tierra o Ecosfera.
- 5) ***Los derechos son todos los derechos y no solo unos pocos:*** la mayoría de las teorías sobre los derechos, enunciadas más arriba, precisan que estos solo son unos pocos -como lo hace el liberalismo al insistir en que solo unos derechos lo son realmente, por ejemplo, los derechos civiles y políticos-, ya que los demás solo serán expectativas que se colmarán en el futuro, cuando los Estados sean ricos.
- 6) ***Todos los derechos son derechos ambientales:*** pues tienen lugar en el ambiente y no son ajenos a sus dinámicas, interrelaciones y codependencias.
- 7) ***Diacronía y sincronía de los derechos:*** los derechos son no solo los derechos del pasado, reivindicados por burgueses, trabajadores y otros movimientos o sectores poblacionales, también son los derechos del presente y del futuro, pues si persiste la indignidad, los sujetos, individuales o colectivos, se levantan, denuncian y luchan para que se reconozcan y se respeten las antiguas, actuales y nuevas ideas de dignidad.
- 8) ***Los derechos son además la historia de los derechos:*** la historia de los derechos puede ser vista como un proceso de múltiples dimensiones, que puede sintetizarse en varios momentos, el de su negación por unos seres, grupos humanos o instituciones, y la historia de su reivindicación por parte de aquellos discriminados, así como su consagración normativa en numerosos procesos a lo largo de la historia humana.
- 9) ***Los derechos no son solo normas o solo facultades preexistentes al Estado:*** para su protección los derechos han sido consagrados en normas positivas y en ocasiones hay que defenderlos contra el poder del Estado y del capital, pero verlos solo así termina siendo

- reduccionista y en ocasiones no ayuda a resolver su ineficacia.
- 10) ***Los derechos son procesos ambientales:*** la idea liberal de los derechos que los reduce a garantías formalizadas en normas jurídicas olvida, descuida o desconoce las dinámicas sociales, políticas, culturales, económicas y jurídicas de pueblos, individuos y sociedades humanas en sus relaciones múltiples, diversas y complejas con los ecosistemas y con otros seres humanos. En tal sentido, los derechos son esencialmente procesos ambientales de lucha, demanda, reivindicación y concreción de ideas de dignidad ambiental en tiempo y espacio concretos, usualmente como resultado de su negación como sujetos.
  - 11) ***Los derechos son de seres humanos y de otros sujetos no humanos:*** superando las restricciones de las teorías liberales del idealismo universalista abstracto -que indicó que los derechos eran de solo unos cuantos humanos, a la declaración formal de todos en el universalismo abstracto, sin hacer mucho por traducir lo formal en materiales y reales formas de promoción y protección de la dignidad de todos los sujetos-, hoy debe reclamarse la idea de derechos para el Ambiente, los ecosistemas, los bosques, los animales y otros elementos del ambiente, si consideramos pertinente su protección por la vía de los derechos, tal como ha sido enunciado para los seres humanos.

## **A manera de conclusiones**

Una teoría contemporánea de los derechos debe superar las visiones restrictivas de las teorías anteriores que los reducen, minusvaloran o niegan. Una teoría de los derechos ambientales (derechos humanos y derechos de la naturaleza y sus ecosistemas) desarrolla la ciudadanía, la democracia y la justicia en perspectiva ambiental, desde nuevas visiones temporales, territoriales y espaciales.

Esta idea de sujetos de derecho precisa que todos los seres humanos tienen derechos junto a otros seres del Ambiente, en el entendido que, siendo la Naturaleza madre, maestra y sagrada en muchas culturas, requiere de todos respeto y consideración especial, ya que de su cuidado depende la vida presente y futura de los demás sujetos.

Desde la perspectiva temporal, no solamente se debe pensar en los sujetos de la generación actual, sino también pensar en el futuro; esa es la idea de sostenibilidad; perspectiva diacrónica (derechos de las generaciones futuras) y sincrónica (derechos de las generaciones actuales que no pueden y no tienen).

La dimensión espacial o territorial debe superar la visión liberal de los derechos que se piensan solamente desde el escenario del Estado-Nación, ya que los conflictos y problemas ambientales hoy son globales, graves y generalizados a todo el Ambiente y este nuevo contexto invita a pensar una globa-

lización de los derechos, desde el escenario material en el cual se suceden los conflictos y problemas ambientales, ya que las contaminaciones e impactos ambientales negativos se mueven por el globo sin ninguna restricción física o jurídica artificial.

Pensar en derechos ambientales solo es posible desde una perspectiva integral, sistémica, compleja y global, pues ello permite reconocer todos los humanos y otros seres no humanos como sujetos de derechos, desde otra forma de leer y entender el mundo desde visiones distintas a las hegemónicas.

Esas otras visiones lo son desde pueblos, comunidades y sociedades que piensan y se relacionan con el ambiente de manera distinta. Reconocer y potenciar esas visiones es importante y la academia y la sociedad debería discutir y reflexionar sobre ello para concretar los nuevos derechos en el siglo XXI para que haya dignidad ambiental (humana y ecosistémica).

## **Bibliografía**

BOBBIO, Norberto. **El tiempo de los derechos**. Trad. R. de Asís Roig. Madrid: Sistema, 1991.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIA. **Sentencia T-622/2017, Río Atrato sujeto de derechos**. MP: Jorge Iván Palacio Palacio, 2016.

CORTE PROVINCIAL DE LOJA. Sala Penal. **Sentencia que resuelve en segunda y definitiva instancia la Acción de Protección No. 11121-2011-0010. Protección derechos de la naturaleza, Río Vilcabamba**, 2011.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIA - Sala Civil. **Sentencia STC 4360-2018, abril 5, Amazonia sujeto de derechos**. MP Luis Armando Tolosa Villabona, 2018.

Constitución Política del Ecuador 2008.

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia 2009.

CRENSHAW, K. "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics". **University of Chicago Legal Forum**, 14 (1989), pp. 139-167.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Trad. M. Guastavino. Barcelona: Ariel, 1989.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 1999.

GINÉS DE SEPÚLVEDA, Juan. **Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios**. México: FCE, 1941.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. Trad. M. Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HAYEK, Friedrich A. **Camino de servidumbre**. Madrid: Alianza, 2011.

- HERRERA FLORES, Joaquín. **Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto**. Madrid: Libros de la Catarata, 2005.
- HERRERA FLORES, Joaquín (Ed.). **El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal**. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.
- HIGH COURT OF UTTARAKHAND AT NAINITAL. **Writ Petition (PIL) No.126 of 2014 Mohd. Salim vs. State of Uttarakhand & others**, 2017. <http://lobis.nic.in/ddir/uhc/RS/orders/22-03-2017/RS20032017WPPIL1262014.pdf>
- HIGH COURT OF UTTARAKHAND AT NAINITAL. **Writ Petition (PIL) No.140 of 2015 Lalit Miglani vs. State of Uttarakhand & others**, 2017. <http://lobis.nic.in/ddir/uhc/RS/judgement/31-03-2017/RS30032017WPPIL1402015.pdf>
- HIGH COURT OF UTTARAKHAND AT NAINITAL. **Writ Petition (PIL) No. 43 of 2014, Narayan Dutt Bhatt vs. Union of India & others**, 2018. <http://lobis.nic.in/ddir/uhc/RS/judgement/07-07-2018/RS04072018WPPIL432014.pdf>
- HOBBS, Thomas. **Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil**. Bogotá: Planeta/Deusto, 2018.
- KYMLICKA, Will. **Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías**. Trad. Carme Castells Aulleda. Barcelona: Paidós, 1996.
- LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre el Gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno civil**. Trad., prólogo y notas de Carlos Mellizo. Madrid: Alianza, 1994.
- MARX, Carlos **Sobre la cuestión judía**. Bruno Bauer. La cuestión judía (Die Judenfrage). Braunschweig, 1843.
- MESA CUADROS, Gregorio. **Derechos Ambientales, Conflictividad y Paz Ambiental**. 1. ed. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2019.
- \_\_\_\_\_. **Estándar Ambiental y Derechos Ambientales en pos-acuerdos de Paz: algunos estudios de caso**. 1.ed. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia – Unijus, 2019.
- \_\_\_\_\_. **Derechos Ambientales en perspectiva de integralidad. Concepto y fundamento de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el Estado Ambiental de Derecho**. 4. ed. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - Unijus. 1. ed. 2007; 2.ed. 2010; 3.ed. 2013.
- \_\_\_\_\_. **Una Idea de Justicia Ambiental**. 1. ed. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia – Unijus, 2018.
- \_\_\_\_\_. **Ambientalismo Popular**. Bogotá: Desde Abajo. Colección Primeros Pasos 25, 2018.
- \_\_\_\_\_. **Ambiente y derechos: tendencias actuales en ética, política y derechos ambientales**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, tesina de doctorado, 2001.
- MILL, J.S. **Utilitarianism**. Londres: Parker, Hijo y Bourn: 1863
- MONTESQUIEU. **Del espíritu de las leyes**. Madrid: Tecnos, 2007.
- NOZICK, Robert. **Anarquía, estado y utopía**. México: FCE. Título original:

*Anarchy, State, and Utopia* (1974).

PARLAMENTO DE NUEVA ZELANDA. **Te Awa Tupua Bill (sobre Liquidación de Reclamaciones del Río Whanganui)**, 2017. [https://www.parliament.nz/en/pb/bills-and-laws/bills-proposed-laws/document/00DBHOH\\_BILL68939\\_1/te-awa-tupua-whanganui-river-claims-settlement-bill](https://www.parliament.nz/en/pb/bills-and-laws/bills-proposed-laws/document/00DBHOH_BILL68939_1/te-awa-tupua-whanganui-river-claims-settlement-bill)

PARLIAMENTARY COUNSEL OFFICE. New Zealand Legislation. **Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017**, 2017. <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2017/0007/latest/whole.html>

ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires: EUDEBA, 1963.

SANTOS, Boaventura de Souza. **La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación**. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia – Ilsa, 1998.

\_\_\_\_\_. **Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur**. Bogotá: Siglo del Hombre, UAndes, Siglo XXI, 2010.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Sierra Club v. Morton*, 401 U.S. 727, 1972.

TOMÁS DE AQUINO (siglo XIII). **Summa Theologica / S. Thomae Aquinatis; edition eminentissimo Cardinali Josepho Pecci Oblata**. París: Lethielleux Bibliopoe, 1939.

*Transboundary rivers, territorial sovereignty, human right to...* (2017) Available from: [https://www.researchgate.net/post/Transboundary\\_rivers\\_territorial\\_sovereignty\\_human\\_right\\_to\\_water\\_whom\\_belongs\\_water\\_from\\_Lockean\\_sight?view=59adb67b615e277fb4649b9c](https://www.researchgate.net/post/Transboundary_rivers_territorial_sovereignty_human_right_to_water_whom_belongs_water_from_Lockean_sight?view=59adb67b615e277fb4649b9c) [accessed Sep 4, 2017].

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ – COLOMBIA. **Páramo de Pisba, sujeto de derechos**. (Exp: 1523833330022018 0001601). Fecha: 09-08-18). Tunja, 2018.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESTADO PLURINACIONAL BOLIVIA. **Acción de amparo constitucional Expediente: 16071-2016-33-AAC. Protección derecho fundamental al agua**, 2016. 1230/2016-S3 Sucre, 8 de noviembre de 2016 Sala Tercera, Magistrado Relator: Dr. Ruddy José Flores Monterrey.

WALSH, Catherine. “Interculturalidad y Colonialidad del Poder. Un pensamiento y posicionamiento “otro” desde la diferencia colonial”. En: Castro-Gomez, Santiago y Grosfoguel, Ramón (Eds.) **El Giro Decolonial: Reflexiones para una Diversidad Epistémica más allá del capitalismo global**. Bogotá: Siglo del Hombre, 2007.

WALZER, Michael. “La política de la diferencia: estatalidad y tolerancia en un mundo multicultural”. Trad. Rafael del Águila. En: **Isegoría**, No. 14, 1996, Madrid: CSIC, pp. 37 a 53, 1996.

WEST, Robin. **Género y teoría del derecho**. Bogotá: Ediciones Uniandes, Instituto Pensar y Siglo del Hombre Editores, 2000.



# EFETIVIDADE DOS MECANISMOS DE PROTEÇÃO À MULHER BRASILEIRA

**Maria Eduarda Lievore Barros**

Graduanda de Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa, Brasil.

## **Resumo:**

Analisando os caminhos percorridos pelo Ordenamento jurídico brasileiro, especialmente pelas áreas que compõe os direitos fundamentais, o objetivo deste artigo consiste na análise da efetividade dos mecanismos garantidos pelo Direito para proteger a mulher e promover justiça e igualdade de gênero no Brasil. A relevância social da pesquisa assenta-se na utilização de dados comprovando constante aumento dos casos de violência doméstica, oportunizando discussões sobre medidas a serem adotadas pelo Estado Brasileiro. Utilizou-se o método histórico na verificação dos textos legislativos em seus devidos contextos, sociais, políticos e culturais. Apesar da existência de mecanismos tencionados a erradicar a violência contra a mulher, falta efetividade, estrutura, celeridade e eficácia no sistema jurídico brasileiro. Leis ocasionais e isoladas não são suficientes para eliminar da sociedade um problema que tem origem na história e na cultura brasileira, é preciso ir além da assistência jurídica.

**Palavras-chave:** Violência doméstica; Proteção à mulher; Direitos humanos.

## **Introdução**

O presente artigo discorrerá no âmbito dos direitos humanos, no que diz respeito aos direitos da mulher, os quais, ao longo da história nunca foram priorizados pelo Estado, visto que o Direito, meio pelo qual o Estado exerce sua soberania, é um sistema intrinsecamente masculino. Algumas perguntas que inspiraram a produção desta pesquisa são: O que significa para a mulher brasileira ter direitos fundamentais? Até que ponto os mesmos são protegidos e garantidos pelo Estado Brasileiro? Quais as causas históricas da violência de gênero e de que forma o direito reforçou dinâmicas sociais de injustiça e desigualdade de gênero?

O Direito provem de um sistema patriarcal e as consequências disso são sentidas diariamente pelas mulheres brasileiras. Discutir os direitos das mulheres é de extrema importância, porque elas sofrem a violação dos mesmos

constantemente. Entre os direitos desrespeitados, destacam-se o direito à liberdade de ir e vir, à segurança, à igualdade, à dignidade, direitos econômicos e sociais e o direito à vida.

A violência doméstica e o feminicídio são questões hodiernas que infringem o direito fundamental à vida e a aplicação das leis e tratados internacionais que protegem a mulher brasileira. O termo feminicídio foi criado pela escritora e ativista feminista, Diana Russel e define casos de assassinato de mulheres, por serem mulheres. Para Russel e Caputti (1992) o feminicídio é o ápice de um longo e contínuo período de terror e abusos à mulher. Na visão de Oliveira, Costa e Sousa (2016), trata-se de um fenômeno social presente em todas as sociedades que têm a cultura de dominação do masculino sobre o feminino. Costa e Porto (2014) afirmam que a violência de feminicídio está relacionada com a independência da mulher e sua inserção no mercado de trabalho, porque alguns homens não aceitam essa autonomia. No Brasil, o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos<sup>1</sup> divulgou que em 2018, foram registradas 92.323 denúncias de agressão à mulher, 25,3% a mais que em 2017.

Analisando os caminhos percorridos pelo Ordenamento jurídico brasileiro, especialmente pelas áreas que compõe os direitos fundamentais, o objetivo deste artigo é discutir a violência de gênero e analisar a efetividade dos mecanismos garantidos pelo Direito para proteger a mulher e promover justiça e igualdade de gênero no Brasil. O método utilizado para essa análise foi o método histórico.

Com a perspectiva de entender a ineficiência dos mecanismos existentes em defesa da mulher, esta pesquisa expõe o constante aumento dos casos de violência doméstica, por meio da utilização de dados e oportuniza debate sobre novas medidas a ser adotadas pelo Estado Brasileiro.

## **Uma análise histórica da mulher brasileira**

Abordar a história da mulher não é tarefa simples, posto que a história do Brasil sempre foi interpretada e reproduzida do ponto de vista das classes dominantes. Beauvoir (1949) afirmou que, “toda a história das mulheres foi feita por homens” podendo, portanto, ser questionada. Teles (1993) ratifica que apesar de o feminismo ser relativamente recente no Brasil, a luta das mulheres tem raízes em movimentos mais antigos e populares, como de trabalhadoras em fábricas e negras dentro dos quilombos.

Na história ocidental sempre existiram mulheres que tentavam romper com os padrões impostos pelo monopólio masculino e que lutavam por independência e espaço, contudo, elas sempre foram uma ameaça ao governo

---

1 Antigo Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos, extinto em 2016, no governo de Temer e recriado sob o nome de Ministério dos Direitos Humanos. No governo Bolsonaro o órgão é transformado em Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.

(PINTO, 2010). A chamada primeira onda do feminismo só aconteceu no fim do século XIX e se manifestou principalmente através da luta pelo direito ao voto. No livro *Uma história do feminismo no Brasil* a autora Céli Pinto esclarece que essa fase foi marcada pelo movimento sufragista, o qual teve à frente Bertha Lutz, esse feminismo era “bem comportado” devido a seu caráter conservador. Schumacher (2000) afirma que na mesma época surgiram também movimentos femininos em prol do direito à educação, que até então, era voltada exclusivamente à formação de meninas para trabalhos domésticos. Além da criação de diversos jornais, editados por mulheres que tratavam de seus direitos e deveres. Defendiam a igualdade da mulher, o divórcio, o direito à educação e ao voto e igualmente abordavam temas como saúde, maternidade, moda e cuidados domésticos (TELES, 1993).

O direito ao voto feminino só foi conquistado depois de um longo período de lutas, passeatas e campanhas na imprensa. A Federação Brasileira pelo Progresso Feminino fez campanha e levou em 1927, um abaixo-assinado ao Senado, pedindo a aprovação do Projeto de Lei, que dava o direito ao voto às mulheres. Em 1932, esse direito foi promulgado no Novo Código Eleitoral brasileiro, como explica Pinto (2010). Na primeira onda surgiu também o movimento das operárias de ideologia anarquista, reunidas na “União das Costureiras, Chapeleiras e Classes Anexas”, em que o anarquismo foi um importante e forte movimento no século XIX para Brasil e para o mundo (PINTO, 2010).

Na década de 60 a Europa e os Estados Unidos viviam o fervor do movimento hippie e da intensa participação dos jovens em movimentos revolucionários e enquanto a música vivia a revolução dos Beatles e dos Rolling Stones. O feminismo ganhava força como movimento libertário, passando a lutar, não apenas pelo espaço da mulher, mas também, pela sua autonomia e liberdade. Enquanto que, o Brasil vivia uma realidade diversa, marcada pela total repressão dos movimentos políticos. Nesse contexto, da Ditadura Militar, o feminismo renasce, gerando a segunda onda do feminismo que é mais politizada e elitista. Em 1975 é realizada pela ONU a I Conferência Internacional da Mulher e conseqüentemente no Brasil é realizada uma semana de debates sob o título “O papel e o comportamento da mulher na realidade brasileira” (PINTO, 2010). Ao mesmo tempo, as mulheres que foram exiladas devido a Ditadura Militar conhecem o feminismo europeu e começam a associar-se. Apesar de seus companheiros, também exilados, discordarem do movimento é lançado em 1976 a Carta Política pelo Círculo da Mulher em Paris, que exemplifica a situação da mulher (PINTO, 2003, p. 53).

Ainda no período da ditadura, especificamente em 1968, alguns estudantes foram presos em Ibiúna e teve início um movimento formado pelas mães desses estudantes, pedindo a libertação dos seus filhos. Em 1975, foi criado o Movimento Feminino pela Anistia, que teve origem com o Manifesto da Mulher Brasileira e com o abaixo-assinado pedindo anistia. Apesar disso, a lei da anistia só foi aprovada em 1979 e resultou na volta de inúmeros intelec-

tuais e líderes de esquerda, bem como, perdão a crimes realizados durante o Regime Militar (TELES, 1993).

A volta das mulheres exiladas proporcionou uma nova maneira de entender a situação da mulher e com a redemocratização em março de 1985 a luta feminista brasileira entra em uma nova fase (PINTO, 2010). O movimento adquire força ligando-se à outros movimentos sociais e, assim, é aderido pelas classes populares (ALVES, 2013). Em 1984 é criado o Conselho Nacional da Condição da Mulher (CNDM) responsável pela promoção da campanha nacional para inclusão dos direitos das mulheres no novo texto constitucional. No ano seguinte foram criadas as delegacias de defesa da mulher, considerado um avanço, visto que a mulher passou a ser reconhecida como vítima de violência. Contudo, os homens acusados geralmente eram absolvidos, alegando defesa à honra (PINTO, 2010). Segundo Teles (1993), foram criados locais de apoio à mulher, como SOS- Mulher e o Centro de Defesa da Mulher, todavia existiam inúmeros empecilhos no caminho de proteção da mulher. Ressalta-se que a própria justiça era baseada em princípios patriarcais e arcaicos, e não garantia os direitos humanos básicos da mulher, como a dignidade humana e a igualdade.

Com a promulgação da nova Constituição Federal a violência doméstica é reconhecida como crime e passa a ser dever do Estado criar mecanismos para acabar com a mesma. Assim sendo, na *década de 90* surgiram entidades autônomas de mulheres, que desenvolveram projetos e ações pelos direitos da mulher (TELES, 1993). Em 1996, foi reivindicado que as mulheres participassem mais da política e foi criado pelo Congresso Nacional um sistema de cotas, obrigando que cada partido tivesse no mínimo 20% das chapas eleitorais formadas por mulheres (BORBA, 2018, p. 28). Em 2002 o Código Civil Brasileiro deixou de considerar válida a anulação do casamento motivada pela falta de virgindade da mulher e no mesmo ano ocorreu o 1º Encontro de Mulheres Indígenas da Amazônia Brasileira em Manaus, com o objetivo de discutir seus direitos e promover a inserção das mesmas na sociedade.

O ano de 2006 foi marcado por uma, das maiores e mais importantes conquistas da mulher brasileira, a criação da Lei Maria da Penha. A lei é consequência do caso da brasileira Maria da Penha, que sofreu duas tentativas de homicídio pelo marido, Marco Antonio Viveros, sendo que em 1983 teve início o julgamento, caracterizado por pressão internacional. Durante dezenove anos o tribunal brasileiro delongou decidir o caso, sem justificar tal demora. Em 1998 Maria da Penha apelou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA) que atendeu a acusação de violência doméstica (PIOVESAN E IKAWA, 2004). A tramitação teve início no mesmo ano, pois após a análise dos fatos a OEA destacou a ineficiência do artigo 24 da Convenção Americana em relação ao direito de igualdade perante a Lei e ao direito à justiça protegidos pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e do artigo 7º da Convenção de Belém do Pará, que define os deveres do Estado para prevenir, punir e erradicar todas as formas de violência contra a mulher.

A OEA completou em seu relatório que a violação contra Maria da Penha e tantas outras mulheres era parte de um padrão de negligência e ineficácia do Brasil. Somente com a vexação do Estado Brasileiro que foi responsabilizado internacionalmente, a demanda do movimento feminista pela implementação da lei, foi encampado pelo Estado Brasileiro. Em função disso, em 22 de setembro de 2006 entrou em vigor a Lei Maria da Penha – Lei 11.340/06 designada a elaborar mecanismos para impedir, penalizar e derrogar com toda forma de violência doméstica.

Em 2010 Dilma Rousseff foi eleita à primeira mulher Presidenta do Brasil e foram convocadas nove mulheres para compor os Ministérios. Em 2015, outra grande conquista na luta das mulheres pelos seus direitos foi a aprovação da Lei do Femicídio que passou a incluir no Código Penal o feminicídio como mais uma modalidade de homicídio qualificado.

Apesar de alguns avanços, a luta feminista é contínua. Hoje no Brasil, ainda é fundamental a luta das mulheres por direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade e à segurança. Atualmente o feminismo brasileiro combate a violência doméstica e ao feminicídio, luta pelo fim da cultura do estupro, pelo direito de amamentar em lugares públicos, pela legalização do aborto, pelo fim da desigualdade salarial e de gênero. Luta pela criação de políticas públicas que protejam os direitos humanos da mulher e garantam soluções úteis, efetivas e tempestivas em caso de sua eventual violação (ALVES, 2013).

## **Mecanismos de proteção aos direitos humanos das mulheres no Brasil e sua efetividade**

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948, foi fundamental para o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, marcado pela adoção de tratados internacionais que objetivavam proteger os Direitos Humanos. Todavia, como afirmou Piovesan e Ikawa (2004), não resguardou os direitos das minorias, a persistência da violência doméstica, a participação mínima da mulher na política, a desigualdade salarial em razão de gênero ou raça comprovaram a insuficiência da Declaração em resguardar e proteger o direito de alguns grupos, na sociedade.

Em meados da década de 80, surgiu a necessidade de instrumentos que protegessem igualmente os sujeitos de direito, sem privilegiar as maiorias. Tal deficiência fez nascer dentro do Direito Internacional, convenções que se dedicassem exclusivamente a proteção de certos sujeitos de direito, como as mulheres (SOUZA, 2010). Sendo assim, pode-se dizer que, a primeira vez que o Estado brasileiro demonstrou interesse em assegurar à mulher proteção contra a violência doméstica foi em 1984, quando ratificou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW). A CEDAW visa à igualdade de gêneros e participação máxima da mulher na vida social, política, econômica e cultural do seu país (PIOVESAN

E IKAWA, 2004).

A CEDAW (1984) reconheceu em seu conteúdo que para alcançar a igualdade, de fato, entre homens e mulheres, era necessário modificar o papel tradicional dos mesmos na sociedade e na família. Para tanto, adotou em seus artigos, medidas para suprimir todas as formas de discriminação. No artigo 5º seus estados-membros se comprometeram em modificar padrões socioculturais baseados na ideia de inferioridade de um sexo em detrimento do outro. Evidencia também, a necessidade de proteger os direitos civis, econômicos, sociais e políticos da mulher, além dos direitos fundamentais à segurança, liberdade, igualdade, dignidade humana e à integridade física.

Após a CEDAW, em 1995, houve ratificação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – conhecida como “Convenção de Belém do Pará”. Em seu texto, a Convenção pretende acabar com toda forma de violência contra a mulher, considerando a violência uma ofensa à dignidade humana. Em seu artigo 3º afirma-se que “Toda mulher tem direito a uma vida livre de violência, tanto na esfera pública como na esfera privada”. Declara-se também que a violência contra a mulher é um fenômeno que atinge um grande número de mulheres, sem distinção de classe, raça, idade ou religião, é um efeito generalizado fruto da relação histórica de dominação do homem sobre a mulher.

Ambas as convenções, tanto a CEDAW, quanto a Convenção de Belém do Pará, são compromissos que estabelecem obrigação jurídica, portanto a partir da ratificação devem ser cumpridas. Ou seja, não garantem somente o respeito do Estado Brasileiro aos direitos fundamentais, asseguram também deveres positivos e negativos do Estado, sob pena de responsabilização. (ALGAYER, 2012). Além disso, estas Convenções tiveram um significativo impacto social porque permitiram que o Direito atingisse também a esfera privada, rompendo com a dicotomia entre o público e o privado. Até então, o âmbito doméstico não admitia qualquer intervenção do Direito e consequentemente o modelo familiar era marcado por desigualdade, pela inferiorização e submissão da mulher, que eram socialmente aceitas e naturalizadas (PIOVESAN E IKAWA, 2004).

Em 2002, a ratificação do Protocolo Facultativo à CEDAW, autorizou denúncias individuais desde que cumpridas as seguintes requisitos: haja o esgotamento dos recursos da jurisdição interna; seja apresentada dentro do prazo de seis meses; o caso não esteja pendente de outro processo internacional; e apresente petição contendo nome, nacionalidade, profissão e domicílio. Em caso de violação à algum direito, a Convenção permitiu também investigação no território brasileiro. Desse modo o Estado é responsabilizado também, por omissão, negligência e incompetência em acabar com a violência de gênero (PIOVESAN E IKAWA, 2004).

No âmbito interno é importante apontar a Constituição Federal de 1988, que teve sua origem no contexto de consolidação do Estado Democrático de Direito e conta com a positivação de importantes direitos humanos,

alguns deles tutelados pela primeira vez. Essa positivação interna demonstra certo paralelismo com a proteção dos direitos fundamentais pelo direito internacional (FACHIN, 2019). Cabe destacar dois artigos que visam proteger a igualdade de gênero, sendo eles, o artigo 5º inciso primeiro que declara: “Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos dessa Constituição” e o artigo 226 parágrafo 8º que determina: “O Estado assegurará assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Em 2006, entrou em vigor a Lei Maria da Penha (Brasil, 2006) designada a elaborar mecanismos para impedir, penalizar e derrogar com toda forma de violência doméstica, amparada pelo art. 226, § 8º da Constituição, pela CEDAW e pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Segundo Algayer (2012), a Lei caracteriza-se por uma conquista histórica para as mulheres, trazendo mudanças fundamentais na forma como a sociedade enfrentava e solucionava os casos de violência. Entre essas transformações cita-se: a classificação dos crimes de violência feminina como transgressão dos direitos humanos, os procedimentos judiciais e alteração do Código Penal que permitem prisão preventiva e prisão em flagrante.

A Lei Maria da Penha (Brasil, 2006) classifica as formas de violência contra a mulher como: violência física, psicológica, patrimonial, sexual e violência moral. Além disso, determina em seu texto que sua aplicação é válida a toda mulher independentemente da classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião. Também proíbe as penas pecuniárias e impede que a intimação seja entregue pela vítima ao agressor. Com relação ao atendimento policial, a lei permite que este prenda o agressor em flagrante, e proporcione a ajuda necessária à vítima (encaminhar ao hospital; fornecer transporte; informar sobre seus direitos). A autoridade policial deverá ouvir a vítima e testemunhas, colher provas e registrar boletim de ocorrência. Ademais autoriza o juiz a obrigar o agressor a participar de programas de reeducação e recuperação ou a prisão preventiva do acusado. Determina a criação de juizados especiais de violência doméstica e remete o inquérito policial ao Ministério Público. Referente ao Processo Judicial as mudanças conferidas pela Lei são: o juiz pode, no prazo de 48 horas, conceder medidas protetivas de urgência; o juiz do juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher pode resolver questões de família como pensão e separação; o Ministério Público deve apresentar a denúncia ao juiz e propor penas de 3 meses a 3 anos de prisão e o juiz delibera a sentença final.

Garcia; Freitas e Höfelmann realizaram estudos pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em 2013, avaliando o impacto da Lei Maria da Penha e utilizando dados do período de 2001 a 2011. Os autores concluíram que a lei não gerava impacto, ou seja, não reduzia a quantidade de casos de violência doméstica que resultavam em morte. Concomitante, Cerqueira (2015) concluiu que existe dificuldade em obter diminuições consideráveis

e permanentes nos casos de mortalidade feminina e destaca a importância de reforçar a aplicação das medidas adotadas pela lei e de criar de novos mecanismos para erradicar a violência contra a mulher.

Segundo Costa e Porto (2014) foi consequente à pressão internacional que em 2015 o Brasil criou a Lei do Feminicídio (Brasil, 2015), que alterou o Código Penal e incluiu o feminicídio na classificação de homicídio qualificado. Assim, o parágrafo 7º do artigo 121 do Código Penal, aumentou a pena de 1/3 até a metade, quando o crime for cometido nos seguintes casos: “durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto; contra pessoa menor de 14 anos, maior de 60 anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental; na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima; ou ainda em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006”. Neste sentido, Garita (2013) afirma que o feminicídio é um crime de Estado, porque viola os direitos fundamentais das mulheres, os quais têm proteção garantida na Constituição Federal.

Apesar da mulher brasileira ter conquistado no âmbito jurídico apoio do Estado e por conseguinte, alcançado esses instrumentos de proteção e garantia dos Direitos Humanos, ainda hoje, inúmeras são as denúncias recebidas diariamente de violência contra a mulher e os casos registrados de feminicídio. O *Atlas da Violência 2019*, produzido pelo Ipea e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) analisou os dados de violência contra a mulher no período de 2007 a 2017 e concluiu um aumento de 30,7% dos casos de feminicídio. Além disso, entre 2016 e 2017 houve um crescimento de 6,3%, ou seja, neste período 4.539 mulheres foram assassinadas no Brasil. Apenas no ano de 2017, mais de 221 mil mulheres procuraram delegacias de polícia para registrar casos de violência doméstica, enquanto mais de 1,2 milhão de casos de violência doméstica estavam pendentes nos tribunais.

Segundo dados do extinto Ministério dos Direitos Humanos, órgão responsável pela administração da Central de Atendimento à Mulher em Situação de Violência apenas no primeiro semestre de 2018, foram registrados 63.116 casos de violência doméstica no Brasil, destes, vale destacar que 33.835 foram denúncias de violência física; 2.396 de cárcere privado; 3.647 de violência sexual e 878 foram casos de feminicídio. Dados como esses, comprovam a necessidade de mudança e levam a refletir sobre a efetividade do Direito, além de questionamentos sobre até que ponto os direitos das mulheres estão sendo, de fato, protegidos e garantidos pelo Estado Brasileiro.

Nesse sentido Smart afirmou em suas obras *Feminism and the Power of Law e Law* (1995) e *Law, Crime and Sexuality* (1999) que o direito tem o poder de definir a mulher na base do gênero, e explica que o direito emana do Estado com caráter autoritário, como forma de justiça e de verdade. Os discursos do Direito, afirmados com cientificidade, oprimem e moldam as mulheres como sujeitos sexuais. Smart *apud* Casaleiro (2014) propõem como única so-



lução para o fim da desigualdade a desconstrução do direito através do feminismo, por meio de questionamentos e da produção de um contradiscurso, ou seja, abrir espaço, dentro do ordenamento jurídico para a mulher.

Historicamente o Direito lidou com casos de violência física, psicológica, moral e sexual contra a mulher, não puniu casos de feminicídio justificados como “defesa à honra” e se omitiu e negligenciou à inúmeras denúncias de violência. Portanto os recentes avanços do ordenamento jurídico brasileiro são válidos e fundamentais, visto que trazem para reflexão e estudo, conceitos e casos que devem ser compreendidos pela sociedade. Mas essas conquistas ainda não são suficientes, conforme ressalta Costa e Porto (2014), apenas o recepcionamento da violência contra a mulher no ordenamento jurídico não implica na mudança social de reconhecer a mulher como sujeito de direitos fundamentais.

A legislação e as políticas públicas de promoção e proteção aos direitos da mulher, ou medidas isoladas ou acessórias não são suficientes e não garantem a diminuição da violência contra a mulher (OLIVEIRA; COSTA; SOUSA, 2016; PIOVESAN E IKAWA, 2004). A judicialização do feminicídio é apenas uma das muitas modificações que o Estado deve fazer para mudar essa realidade. A aplicação da Lei Maria da Penha, o combate ao feminicídio e a efetivação de medidas jurídicas contra o agressor, de acordo com Mello (2015), dependem de vontade política para funcionar, ou seja, é necessário superar as deficiências nas investigações e negligência e omissão do próprio Estado. Para que o Direito funcione na prática, é necessário um trabalho de desconstrução de ideologias que sustentam as desigualdades entre os gêneros e que legitimam os casos de displicência e ausência estatal.

Uma justiça mais célere e acessível é fundamental no Brasil. É preciso maior envolvimento dos governos estaduais para garantir a eficácia desses mecanismos de proteção à mulher, seja por meio de campanhas educativas combatendo a violência de gênero ou de cursos aos operadores de Direito e à comunidade sobre a igualdade de gênero. Segundo Oliveira (2006) a falta de estrutura é tida como principal dificuldade para aplicar a lei, portanto é preciso ir além da assistência jurídica, fornecendo também, assistência social e psicológica às vítimas de violência.

## **Conclusão**

A violência sofrida pela mulher é histórica, e consequência do sistema patriarcal que legitima a hierarquização do masculino sobre o feminino. A análise histórica feita mostrou o caminho percorrido pelas mulheres no Brasil e as sequelas deixadas pelo sistema na sociedade, exteriorizadas pela violência física, moral, verbal ou psicológica e pelo feminicídio, legitimadas durante muito tempo pelo próprio Direito. Essa pesquisa destacou a constante violação dos direitos fundamentais sofridos pela mulher e suas lutas em busca da igualdade e da dignidade humana.

O movimento feminista brasileiro buscou o reconhecimento da mulher como sujeito de direito e lutou por um Ordenamento jurídico mais justo, que respeitasse os direitos humanos das mulheres.

Na tentativa de minimizar a violência doméstica, assegurar proteção à mulher e garantir igualdade entre os gêneros, o Estado Brasileiro ratificou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e em 1995, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. A Lei Maria da Penha foi a primeira norma brasileira dedicada exclusivamente à proteção da mulher e trouxe mudanças fundamentais na maneira como a sociedade entendia os crimes de violência feminina. A Lei do Femicídio, por sua vez, veio reforçar a proteção à mulher, visto que é o crime de feminicídio fere direitos fundamentais declarados na Constituição Federal e que são dever do Estado garantir.

No entanto, apesar da existência desses mecanismos tencionados a erradicar a violência contra a mulher, falta efetividade, estrutura, celeridade e eficácia no sistema jurídico brasileiro. Conclui-se que leis ocasionais e isoladas não são suficientes para eliminar da sociedade um problema que tem sua origem na história e na cultura brasileira. É preciso ir além da assistência jurídica e garantir também assistência social e psicológica às vítimas. Igualmente indispensável é o maior comprometimento do Estado, a fim de garantir a eficácia das leis e convenções, utilizando de outros meios, como campanhas, propagandas e cursos educativos e de combate à violência de gênero direcionada para a sociedade e para os operadores do Direito.

## Referências

ALGAYER, Kélin Kássia et al. **O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: considerações e condenações.** Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], v. 13, n. 2, p. 211-226, 2012.

ALVES, Ana Carla Farias; ALVES, Ana Karina da Silva. **As trajetórias e lutas do movimento feminista no Brasil e o protagonismo social das mulheres.** Seminário CETROS Neodesenvolvimentismo, Trabalho e Questão Social, v. 4, p. 113-121, 2013.

BORBA, Angela. **Mulher e política, gênero e feminismo no Partido dos Trabalhadores.** Editora Fundação Perseu Abramo, 1998.

BRASIL. **Constituição Federal** de 1988.

BRITO, Auriney. **Lei do feminicídio:** entenda o que mudou. Disponível em: <https://aurineybrito.jusbrasil.com.br/artigos/172479028/lei-do-femicidio-entenda-o-que-mudou>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

CASALEIRO, Paula. **O poder do direito e o poder do feminismo:** revisão crítica da proposta teórica de Carol Smart. Ex aequo, n. 29, p. 39-53, 2014.

CERQUEIRA, Daniel et al. **Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha.**

2015.

CONVENÇÃO Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra Mulher. 1994. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em: 05 de maio de 2019

CONVENÇÃO sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. 1979. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao\\_cedaw.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf). Acesso em: 05 de maio de 2019.

CORREIO BRASILIENSE. **Feminicídios e tentativas de assassinato disparam no Brasil em 2018**. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/01/08/interna-brasil,729519/feminicidios-e-tentativas-de-assassinato-disparam-no-brasil-em-2018.shtml>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

DE ALMEIDA TELES, Maria Amélia. **Breve história do feminismo no Brasil**. Ed. Brasiliense, 1993.

DA COSTA, Marli MM; PORTO, Rosane. **O feminicídio uma patologia sociojurídica nas sociedades contemporâneas: uma análise a partir do agir comunicativo de Habermas**. Barbarói, n. 42, 2014.

FACHIN, Melina Girardi. **Guia de proteção dos direitos humanos: sistemas internacionais e sistema constitucional**. 1. ed. Curitiba: Intersaberes, 2019.

Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Atlas da Violência 2019**. Disponível em: [http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Atlas-da-Violencia-2019\\_05jun\\_vers%C3%A3o-coletiva.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Atlas-da-Violencia-2019_05jun_vers%C3%A3o-coletiva.pdf). Acesso em: 20 de setembro de 2019.

GARCIA, Leila Posenato; FREITAS, Lúcia Rolim Santana de; HÖFELMANN, Doroteia Aparecida. **Avaliação do impacto da Lei Maria da Penha sobre a mortalidade de mulheres por agressões no Brasil, 2001-2011**. Epidemiologia e Serviços de Saúde, v. 22, n. 3, p. 383-394, 2013.

GARITA, A. I. **Ministra da Justiça e Paz da Costa Rica fala sobre feminicídio no Brasil**. ONU Mulheres, 22 nov. 2013. Disponível em: < <http://www.onumulheres.org.br/noticias/22-11-13-ministra-de-justica-e-paz-da-costa-rica-ana-isabel-garita-fala-sobre-feminicidio-no-brasil/> > Acesso: 13 de maio de 2019.

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

MELLO, A. R. de. **Feminicídio: conceitualizar para politizar**. In: PINTO, A. S.; MORAES, O. C. R. de; MONTEIRO, J. (org.). Dossiê Mulher 2015. Rio de Janeiro: Instituto de Segurança Pública, 2015. p. 3 -7.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2018/agosto/ligue-180-recebe-e-encaminha-denuncias-de-violencia-contra-as-mulheres>> Acesso em: 09 de maio de 2019.

OLIVEIRA, Ana Carolina Gondim de A.; COSTA, Mônica Josy Sousa; SOUSA, Eduardo Sérgio Soares. **Feminicídio e violência de gênero: aspectos sociojurídicos**. TEMA-Revista Eletrônica de Ciências (ISSN 2175-9553), v. 16, n. 24; 25, 2016.

OLIVEIRA, Andréa Karla Cavalcanti da Mota. Cabral de. **Histórico, produção e**

**aplicabilidade da Lei Maria da Penha: Lei nº 11**, v. 340, 2006.

PASINATO, Wânia et al. **“femicide” And The Death Of Women In Brazil [“femicídios” E As Mortes De Mulheres No Brasil]**. Cadernos pagu, 2011.

PINTO, Céli Regina Jardim. **Feminism, history and power**. Revista de Sociologia e política, v. 18, n. 36, p. 15-23, 2010.

PINTO, Céli Regina J. **Uma história do feminismo no Brasil**. 2003.

PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. **A violência doméstica contra a mulher e a proteção dos direitos humanos**. Direitos humanos no cotidiano jurídico, 2004.

RADFORD, Jill; RUSSELL, Diana EH. **Femicide: The politics of woman killing**. Twayne Pub, 1992.

SCHUMAHER, Maria Aparecida. **Dicionário Mulheres do Brasil: de 1500 até a atualidade-biográfico e ilustrado**. Zahar, 2000.

SMART, Carol. **Law, crime and sexuality: Essays in feminism**. Sage, 1999.

SMART, Carol. **Feminism and the Power of Law e Law**. Sage, 1995.

SOUZA, Mércia Cardoso de et al. **A Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (Convenção de Belém do Pará) e a Lei Maria da Penha**. Rev Âmbito Jurídico [Internet], v. 13, p. 77, 2010.

# O DISCURSO DA LEI E DA JURISPRUDÊNCIA: ENTRE O SIGNIFICADO E A DESCRIÇÃO

**Cláudia Ernst P. Rohden**

Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestra em Filosofia e Ética Social. Graduada em Ciência Jurídicas e Sociais. Professora da graduação da Instituição São Judas Tadeu - Faculdades Integradas São Judas Tadeu. Professora da pós-graduação da Universidade La Salle. Advogada e mediadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

## **Resumo:**

Esta escrita desenvolve uma reflexão sobre os significados que podem ser auferidos pelo operador do direito quando da descrição/interpretação de fatos e decisões judiciais e o quanto as compreensões pré-concebidas podem transmitir o que não foi dito, mas está entrelaçado com o modo de ver o mundo do intérprete. Questiona as implicações decorrentes dos entendimentos dos operadores do direito e do uso da palavra - obriga pensar sobre a necessidade de construir novos rumos, a fim de respeitar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. A metodologia utilizada é dialética e fenomenológica-hermenêutica. Os resultados demonstram o quanto a mobilidade da linguagem deixa à mostra a subjetividade num discurso pretensamente neutro, cujos saberes nele veiculados tomam aparência de verdade, neutralidade e universalidade.

**Palavras-chave:** Mediação; Hermenêutica; Significado; Decisão judicial.

## **Introdução**

O estudo parte do cotejo entre um artigo<sup>1</sup> publicado no sítio eletrônico Consultor Jurídico – CONJUR e uma decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região (recurso de apelação nº 0802803-23.2016.4.05.8200), no qual foi reconhecido o direito de divisão da pensão previdenciária entre a amante<sup>2</sup> (utilizando da designação apresentada pela autora no publicado) e a viúva do extinto. Tal decisão faz surgir muitos questionamentos e, por que não dizer: preocupação. Preocupação com o que se está fazendo com o di-

1 Para ser exata: uma opinião.

2 Cf. SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Pensão previdenciária para amantes e a jurisprudência do STF e do STJ. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-30/regina-beatriz-pensao-amantes-jurisprudencia-stf-stj#author>. Acesso em: 24 de jul. de 2018.

reito e a justiça. Preocupação com a leitura e a interpretação dos operadores do direito. Preocupação com o que se diz ou não se diz nos escritos e comentários jurídicos. Preocupação com os significados. Preocupação com o social, com a temporalidade e historicidade. Dentre outras... Se está diante de uma crise sem precedentes: crise de modelo e crise de caráter epistemológica, oriunda de uma crise “emanada da tradição liberal-individualista-normativista (e iluminista, em alguns aspectos); e, de outro, a crise do paradigma epistemológico da filosofia da consciência”.<sup>3</sup>

Para a construção do texto foi utilizado o método dialético e fenomenológico-hermenêutico, em face da necessidade de compreender os elementos que integram a linguagem e a interpretação, buscando sua contextualização jurídica-social.

Entretanto, o cerne do presente trabalho são os efeitos que a interpretação das decisões e das escrituras podem transformar (ou manter) entendimentos arraigados e preconceituosos que afetam as relações sociais, culturais e jurídicas dos indivíduos e a sociedade.

Portanto, questionar a respeito das implicações decorrentes dos entendimentos dos operadores do direito e do uso da palavra - obriga pensar sobre a necessidade de construir novos rumos, a fim de respeitar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Constitui-se em uma tarefa fundamental pensar as práticas jurídicas e os conceitos legais realizando comparação com práticas e anseio sociais, haja vista as novas constituições familiares, além daquelas reconhecidas na Constituição Federal de 1988. Para o direito de família respeita vontades e é o lugar para o pleno desenvolvimento do indivíduo.

Desse modo, organiza-se a reflexão a partir: a) do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região; b) do artigo publicado no sítio do Consultor Jurídico – CONJUR e; c) do significado e descrição/interpretação da legislação. Perguntar até que ponto a ação interpretativa jurisdicional garante os direitos dos indivíduos é o que se propõe a escrita.

## O Acórdão

O acórdão sob comento foi proferido na apelação cível AC/PB, processo nº 08028032320164058200, Relator Desembargador Federal Edílson Nobre, 4ª Turma, julgado em 17 de maio de 2018, sendo Relator para o acórdão o Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto, haja vista que foi decidido pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em julgamento ampliado, por maioria, dar provimento à apelação. É o conteúdo da ementa:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PENSÃO POR MORTE. CONCUBINATO

3 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 100.

LONGO E DURADOURO. CONVIVÊNCIA POR 30 ANOS QUE RESULTOU EM DOIS FILHOS. UNIÃO ESTÁVEL. CARACTERIZAÇÃO. AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, ISONOMIA E PROTEÇÃO DA FAMÍLIA. FORÇA NORMATIVA. RECONHECIMENTO. RATEIO DO BENEFÍCIO EM PARTE IGUAIS. POSSIBILIDADE. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO STF NO RE 669.465, AINDA SEM APRECIÇÃO DO MÉRITO. JULGAMENTO EM COMPOSIÇÃO AMPLIADA (ART. 942 DO CPC-15).

1. Apelação interposta por convivente em entidade familiar em face de sentença que, em ação promovida em desfavor da viúva de servidor público federal, da União e da UFPB, julgou improcedente o pedido para lhe que fosse reconhecido direito à percepção de quota-parte de pensão por morte em razão de sua condição de companheira e dependente financeira do falecido.

2. A CRFB, em seu art. 226, parágrafo 3º, reconheceu a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Em se tratando de pensão por morte de servidor público federal, a Lei 8.112/90, em seu art. 217, I, “c”, prevê que, dentre os beneficiários da pensão vitalícia, se encontra “o companheiro ou companheira designado que comprove união estável com entidade familiar.”

3. Impossibilidade de conferir-se, sob os influxos do neoconstitucionalismo, interpretação literal ao art. 1.723, parágrafo 1º, do CC/02, que proíbe a constituição de união estável se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521 do mesmo diploma legal, mercê da ampliação do conceito de família dado por força normativa da CF/88, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, isonomia e proteção à família. Neste ponto, à guisa de exemplo, cita-se o reconhecimento pelo STF do casamento entre pessoas do mesmo gênero, por meio de interpretação conforme do art. 1.723 do CC/02 para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família (ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ).

4. Situação em que as provas denotam que o falecido, quando vivo, dispensou cuidados ao longo de trinta anos de convivência com a autora, notadamente quanto à sua saúde, moradia, assistência afetiva e financeira, sem olvidar das fotografias que revelam a participação do de cujus em diversos momentos da vida em comum com a parte autora.

5. Há indicativos de que a esposa tinha ciência da relação extraconjugal simultânea de seu marido com a demandante, cujo relacionamento rendeu dois filhos fora do casamento, tendo ambas as relações se estendido até o final da vida do instituidor da pensão.

6. É devido o rateio, em parte iguais, a contar da citação, da pensão por morte entre a autora, a viúva e sua filha incapaz, tendo em vista a prova da convivência duradoura e da dependência econômica entre o instituidor da pensão e a demandante convivente.

7. Apelação provida. (PROCESSO: 08028032320164058200, AC/

A decisão reconhece a possibilidade de rateio da pensão por morte, entre a concubina e a esposa do falecido, porquanto o concubinato perdurou por mais de trinta anos e resultou no nascimento de dois filhos. A decisão contempla o novo conceito de família, protege a dignidade da pessoa humana, isonomia e proteção da família.

Em síntese, o caso apresentado trata de um recurso de apelação interposto pela convivente do falecido, que era servidor público Federal da União e da UFPB, casado, buscando fosse reconhecido o direito a receber percentual de pensão, por morte, haja vista sua condição de companheira e dependente financeiramente do *de cuius*.

A base legal e os argumentos para a procedência do recurso de apelação, foram: a) o art. 226, §3º, da Constituição Federal, o qual reconhece como entidade familiar a união estável; b) o art. 217, I, “c”, da Lei nº 8.112/90, que enumera dentre os beneficiários da pensão vitalícia: o companheiro ou companheira designado que prove a união estável; c) a impossibilidade de realizar interpretação literal do §1º, do art. 1.723, do Código Civil, com base no neoconstitucionalismo e a luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, isonomia e proteção à família e faz comparativo ao reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo; d) a análise pormenorizada do caso concreto, onde restou comprovado que durante todos os trinta anos de vida em comum, ainda que paralela ao casamento, o falecido procedeu com todos os cuidados com a concubina, quanto à sua saúde, moradia, assistência afetiva e financeira, sendo que as fotografias mostraram o falecido em diversos momentos da vida em comum com a concubina; e) o fato de indícios de que a esposa tinha ciência do relacionamento com a concubina e da existência dos filhos fora do casamento, bem como que ambos os relacionamentos vigoraram até o falecimento do instituidor da pensão e; f) conseqüentemente, a divisão, em parte iguais, da pensão por morte, para a viúva e sua filha incapaz, considerada a comprovação da convivência duradoura e dependência econômica entre o instituidor da pensão e a convivente.

Destarte, o rateio da pensão deixada em decorrência da morte do instituidor decorreu do reconhecimento de entidade familiar dúplice.

## Sobre a Coluna do Conjur<sup>5</sup> e o Problema da Nomenclatura

A coluna intitulada “Pensão previdenciária para amantes e a jurisprudência do STF e do STJ”, publicada em 30 de maio de 2018, da autoria de Regina Beatriz Tavares da Silva sustenta que a sua escritura partiu de um acór-

4 Disponível em: <https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>. Acesso em: 2 de jul. de 2018.

5 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-30/regina-beatriz-pensao-aman-tes-jurisprudencia-stf-stj#author>. Acesso em: 24 de jul. de 2018.



ção, o qual conferiu pensão previdenciária para uma amante e, que a decisão para elaborar o texto decorreu da necessidade de esclarecimento de que tal “decisão é passível de recurso e que a corte superior que o julgará tem pensamento em não atribuir direitos à mancebia”. Refere que a decisão não foi uniforme e que o neoconstitucionalismo não admitiria a compreensão literal do disposto no art. 1.723, §1º, do Código Civil Brasileiro. Salienta que a conferência de direitos teve por base uma interpretação extensiva. Sustenta que não se pode reconhecer a existência de união estável em concomitância com o casamento. E que para o reconhecimento do direito ao recebimento da pensão previdenciária a amante - o casamento teria que ter acabado, ao menos, de fato. Apesar de toda a concretude da construção teórica apresentada, importa questionar se, no caso concreto, não se estaria agredindo princípios constitucionais caso não se reconhecesse o direito de recebimento de pensão pela companheira supérstite.

Pode-se afirmar que a monogamia é uma orientação nos relacionamentos, mas não um princípio<sup>6</sup>. A sociedade mudou, os indivíduos querem ver respeitadas suas escolhas e, cada situação é uma e assim deve ser analisada sob a ótica dos princípios constitucionais balizadores<sup>7</sup>.

O que é mancebia? Mancebia é o “estado de duas pessoas que mantêm uma relação amorosa e vivem juntas sem estarem casadas = CONCUBINATO”<sup>8</sup>. Entretanto, o concubinato pode auferir direitos, conforme o Código Civil Brasileiro.

Em nosso ordenamento jurídico vigente, o concubinato trata-se de união formada por pessoas, que mantêm um relacionamento afetivo não eventual, mas estão impossibilitados de contrair o casamento civil, por ainda manterem o vínculo conjugal com terceira pessoa.

A legislação civil distingue, pois, a união estável do concubinato<sup>9</sup>, está enquadrada como entidade familiar, conforme discrimina a Constituição Federal de 1988 e o art. 1.723, do Código Civil Brasileiro.

Hoje, não se concebe mais o concubinato como apenas um relacionamento que busca a satisfação carnal. Ainda que seja controvertido falar em concubinato<sup>10</sup>, em direitos e deveres advindos desse relacionamento, a legislação, doutrina e jurisprudência reconhecem que as relações entre indivíduos,

6 Ainda que para alguns operadores do direito seja um princípio.

7 Cf. a Teoria Crítica da Hermenêutica, obra Verdade e Consenso, do Professor Lenio Luiz Streck. O professor defende a premência de um “[...] conjunto mínimo de princípios conformadores de um agir concretizador da Constituição”.

8 Disponível: <https://www.priberam.pt/dlpo/mancebia>. Acesso em: 24 de jul. de 2018.

9 “A palavra concubinato tem origem no latim, concubinatus, junção de concu (coito ou cópula carnal) e binatus (com alguém). Deste modo, em sua literalidade, significa a união de pessoas com o fito do prazer meramente carnal. O concubinato surgiu na Roma Antiga, onde as pessoas e os seus bens pertenciam ao pater famílias, que era o sacerdote, o dirigente e o magistrado e a ele todos se subordinavam até a sua morte.” Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Concubinato>. Acesso em: 4 de ago. de 2018.

10 No sentido etimológico da palavra.

impedidos de casar entre si, mas que escolhem viver em uma união como se casados fossem – deve ter o reconhecimento de direitos, ou seja, o concubinato tem sido definido como o relacionamento entre pessoas impedidas de casar e que não podem estabelecer família<sup>11</sup>.

O Código Civil de 2002, em seu art. 1.727, dispõe que o concubinato cuida de relação não eventual entre homem e mulher, impedidos de casar, autorizando as situações de pessoas separadas de fato e judicialmente que, apesar de possuírem impedimento matrimonial podem formar a união estável, nos termos do art. 1.723<sup>12</sup>, da lei civil. Em outras palavras, a lei estabelece distinção entre união estável e concubinato, entretanto, equipara os direitos, haja vista que no §1º, do art. 1.723, do Código Civil, fixou que os separados de fato e os separados judicialmente podem constituir união estável, ou seja, mesmo em havendo impedimento para o casamento, a união estável pode ser conhecida. De outra banda, para os relacionamentos não inseridos em união estável, mas em concubinato<sup>13</sup>, os direitos reconhecidos estão na seara do direito das obrigações. Destarte, pela letra da lei, as regras atinentes ao direito de família não deveriam incidir nas relações extramatrimoniais, como é o caso do concubinato (como sociedade de fato). Todavia, esse concubinato trata-se do concubinato, antigamente chamado de impuro, no qual havia, além do impedimento matrimonial, a concomitância de relacionamentos -, como é o caso do julgamento proferido. Fato é que, se o concubinato havido entre as partes fosse puro, estaria enquadrado nos direitos conferidos a união estável e, conseqüentemente, quem teria direito a receber o pensionamento seria a companheira.

Ocorre que, a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal entende que não há possibilidade de autorizar o reconhecimento direitos para famílias paralelas, salientando em seus julgamentos que, a conceituação de união estável não abarca os casos de relacionamentos impedidos e concomitantes. Todavia, na modernidade, houve alteração significativa, quanto as formas de constituição das famílias e seu reconhecimento social. Importa, pois, refletir a necessidade (ou não) de alteração legislativa, pois inúmeras injustiças podem (estão sendo) ser realizadas.

De toda a forma, para a superior instância não há como configurar a existência da união estável se um dos indivíduos da relação é casado e vive maritalmente com seu cônjuge. Em outros termos, para reconhecer a união estável como entidade familiar, apesar da doutrina e da jurisprudência dos tri-

---

11 Concubinato puro.

12 “[...] a relação não matrimonial entre duas pessoas (homem e mulher), de caráter público, contínuo e duradouro, com o objetivo de constituir família, também estabelece critérios de configuração e efeitos, com o intuito, inclusive, de fazer diferença entre relação concubinária e união estável.” Disponível em: CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. O conceito de união estável e concubinato nos tribunais nacionais. [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5910](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5910). Acesso em: 4 de ago. de 2018.

13 Concubinato impuro, adúlterino.

bunais, não pode haver concomitância de relacionamentos para que gere efeitos jurídicos.

## Entre o Significado e a Descrição/Interpretação

O significado da palavra amante é pejorativo, limitando-se a satisfação sexual. Quando um homem e uma mulher ou mesmo pessoas do mesmo sexo passam a se relacionar com a finalidade de constituir família, de forma duradoura, ininterrupta, conhecida no meio social em que vivem, com filhos<sup>14</sup>, não há suficiência de base para afastar o reconhecimento de direitos ou mesmo de percebimento/rateio de pensão.... Ainda que nossas origens<sup>15</sup> legais, culturais e sociais apontem para a monogamia dos relacionamentos, o operador do direito não deve desconhecer as novas configurações familiares contemporâneas existentes.

A forma de abordagem e a força do processo comunicacional ao definir como amante - uma pessoa que viveu como se casada fosse, por mais de trinta anos, com o extinto e com ele teve dois filhos, é desolador, pois o peso da palavra impacta o indivíduo nesse processo.

A vida social, que engloba o comportamento do indivíduo, é pautada pela informação, pelas palavras, pelos símbolos, expressões etc. A comunicação não mais se reduz a língua falada e escrita, mas pelos meios de comunicação, pela música, cinema, publicidade, pela imagem e comunicação gestual.<sup>16</sup>

Para que a comunicação se estabeleça impõe-se que o emissor da mensagem utilize o mesmo código do receptor. Todavia, além disso é fundamental atender ao repertório, entendido como o aglomerado vocabular de que cada indivíduo/falante utiliza para se expressar. De modo que, é possível concluir que o repertório pode variar, consoante o grupo, a região, o tempo, a história.<sup>17</sup>

Pela língua portuguesa, mesmo sendo utilizado o mesmo código, nem sempre aquele que está falando (emissor) e aquele que está *ouvindo* (receptor) se comunicam, eis que o repertório de cada um pode ser diferente e, no mais das vezes, o é.<sup>18</sup> No caso, observa-se a inadequação de nomear a companheira

14 Comportam exemplos para configuração de entidade familiar. Elementos caracterizados. No caso, não são exaustivos.

15 Observada a história da sociedade, em especial, no Brasil, não havia óbice para que o marido tivesse amantes, era sinônimo de masculinidade. A vedação estava em estabelecer família em duplicidade. O que se mantém no novo século da leitura do entendimento do STJ e STF. Na sociedade atual, a família é aberta, transparente, é lugar para o pleno desenvolvimento de seus integrantes. Cf. LOBO, Paulo Luiz Neto. Direito civil: famílias. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

16 MARTINS, Dileta Silveira; ZILBERKNOP, Lúbia Scliar. Português Instrumental de acordo com as atuais normas da ABNT. 22. ed. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2001, p. 28.

17 MARTINS, Dileta Silveira; ZILBERKNOP, Lúbia Scliar. Português Instrumental de acordo com as atuais normas da ABNT. 22. ed. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2001, p. 31.

18 Ibid, p. 31.

de mais de trinta anos de amante.

A linguagem tem por função ser um instrumento de comunicação, perfazendo requisitos basilares que se tenha um emissor, um receptor e o conteúdo do que se fala. No processo simbólico e na arbitrariedade do signo o indivíduo pode fazer qualquer coisa e representar outra, a isso se chama processo simbólico.<sup>19</sup> Dentro do processo simbólico há, pois, uma série de signos que, ao serem utilizados desencadearão no outro um complexo singular de reações. E, mais “[...] a função do intelecto humano consistiria, basicamente, em captar essa realidade e expressá-la usando a linguagem como uma ferramenta”.<sup>20</sup>

O problema está na origem da palavra concubinato que tem como sinônimo a mancebia: relação de coito, de conjunção carnal. O termo, com o passar do tempo, transmutou não pode mais ser enquadrado como equivalente exclusivamente a figura da amante, de relacionamento esporádico. Ora, se o próprio Código Civil Brasileiro confere a concubina direitos e a equipara a figura da companheira, em determinadas situações, o vocábulo e seu significado não pode mais ser entendido no sentido de desvalia. A palavra no contexto não tem apenas a um significado, tem uma gama de significações que somente o contexto poderá desvelar, ou seja, a tradução da palavra deve ser observada no conjunto do texto. Sem a leitura do texto o significado da palavra pode não estabelecer seu significado.

No momento em que o legislador incluiu a palavra concubinato e a equiparou a união estável se está diante de uma entidade familiar.

Ademais, o diálogo se dá na forma de linguagem e com a escolha de palavras. Elas são ditas e atingem o outro ou não. O fato de querer dizer algo não é certeza de que será recebida como se espera. Para a hermenêutica filosófica, o diálogo é a forma mais apropriada de comunicação e interpretação.<sup>21</sup> Dentro dessa experiência hermenêutica, o sujeito é inserido em uma circularidade de conhecimento, onde não é possível perguntar ou fugir daquilo que já é pré-concebido, haja vista que sempre se parte de algo que conhecemos ou, supomos conhecer, ao menos em parte.

A legislação esclarece no que consiste a união estável e, a doutrina edifica a existência de uma série de outras composições familiares, apresentando princípios que regem o moderno direito de família.

O que está disposto no art. 1.723, §1º, do Código Civil Brasileiro é: o instituto da união estável pode ser reconhecido quando o casamento dos envolvidos na relação tenha sido desfeito no plano fático; é requisito ter sido ter perfectibilizada a separação de fato ou judicial. Porém, o questionamento está no fato de que não se pode reconhecer direitos quando há relacionamentos familiares paralelos. O conceito de concubina, hoje, não se enquadra no mes-

19 Ibid, p. 40.

20 STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 161.

21 Ibid, p. 180.

mo significado de amante – como antes era. Explica-se.

Não é correto chamar a companheira de mais de trinta anos de (exclusivamente) amante. A amante é aquela pessoa que atende as necessidades sexuais. A companheira(o) e a esposa(marido)<sup>22</sup> são ou devem ser parceiras(os), amantes, amigas(os), etc. exercem diversos papéis no núcleo familiar. A situação do julgado, ora comentada, não enquadra a figura da amante, mas de companheira; da existência efetiva de duplicidade de relacionamentos, ou seja, trata-se de situação peculiar, que deve ser atentamente analisada.

*In casu*, os direitos de família, sucessórios e previdenciários devem ser pensados, pois a regra social da monogamia está sendo rejeitada, ao menos, por aqueles que escolheram tal estruturação familiar. A natureza monogâmica das relações está sendo questionada e desobedecida por muitos, basta verificar o número de demandas similares ajuizadas, buscando o reconhecimento de direitos em relacionamentos paralelos. A monogamia não pode ser imposta. A realidade social moderna não comporta tamanha interferência nas escolhas dos indivíduos. Trata-se de evolução. Não se pode ficar arraigado ao que era. O novo século é tecnológico, é informativo, é conectado, não permite a ingerência da vida individual, onde as escolhas pessoais não prejudicam a coletividade.

Será provável, nos dias atuais, em havendo família paralela, crer que em um casamento se mantenha por mais de trinta anos sem haver qualquer desconfiança de que o seu cônjuge tenha outro(s) relacionamento(s)? E, ainda mais, com outros filhos? Não parece verossímil. De modo que, se a cônjuge tem conhecimento do relacionamento paralelo e mantém o casamento, presume-se que o aceita e, se o aceita, um dos riscos é partilhar patrimônio e pensão. Diferentemente é se há o desconhecimento, pois não foi dada a possibilidade de escolha.

Na sociedade pluralista hodierna, os indivíduos devem poder escolher quando da formação de seus relacionamentos – e, se dentro de seus anseios incide a monogamia.

Repete-se, a análise do caso concreto é premente para que injustiças não sejam procedidas pelo judiciário. Não há proibição, nem se mantém a ilicitude do adultério, por exemplo. E, isso demonstra que a legislação evoluiu, conforme a busca social impôs.

Correto que amantes sempre serão amantes, porém, é possível a duplicidade de relacionamentos de união estável e casamento, assim como de duas uniões estáveis concomitantes<sup>23</sup>. E, nessas situações, é justo a exclusão de direitos? Os institutos são diversos e não se confundem, mas podem ser concomitantes e os direitos não podem ser negados. Entretanto, precisam ser definidos, sob pena de as consequências comportarem conclusões equivocadas daquilo que os integrantes da entidade familiar esperam. Não se pode deixar ao livre arbítrio do julgador a criação das leis e princípios, conforme já foi

22 Assim como o marido e o companheiro.

23 Hoje se fala em poliamor.

destacado.

Considerando que os amantes não têm o intuito de constituir família, por certo, não há base para conferência de direitos ou mesmo deveres entre eles. Mas a questão é o enquadramento da situação concreta. Como considerar amante aquela que viveu e teve filhos com o de cujus por mais de trinta anos? Vai ficar à míngua, se não tiver trabalhado, não tiver patrimônio, aposentaria, previdência privada. Será que pode ser essa a presunção de vontade do extinto?

Não há vedação legal para constituição de relacionamentos paralelos e, em não havendo vedação e ilicitude, é possível seu estabelecimento se for vontade dos indivíduos e partícipes da entidade familiar estabelecida.

De toda a sorte, ainda que essa decisão proferida pelo TRF4 possa ser reformada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, fica a reflexão: quais são os limites que devem ser obedecidos por aquele que julga? Um deles é rechaçar a prática da injustiça em seu *mínus*.

## A Autonomia de Vontade e os Direitos

Não se vê como possível reconhecer direitos para a/o amante. Diferentemente, é a possibilidade de se ver reconhecido o direito de constituir a(s) família(s) consoante o anseio e escolha do indivíduo.

Da análise de julgados do STJ e STF cumpre realizar algumas considerações:

- a) Onde consta na lei a vedação a construção de famílias paralelas? Onde está a impossibilidade jurídica? Pelo contrário, a doutrina entende que se trata de rol exemplificativo a entidades familiares apontadas na Constituição Federal<sup>24</sup>;
- b) O impedimento para o casamento, em tese, impossibilita o reconhecimento da união estável. Todavia, se os envolvidos no relacionamento – casamento e união estável - tem ciência dos relacionamentos paralelos, é justa a vedação de direitos?<sup>25</sup>;
- c) Se os relacionamentos paralelos se estabelecem em lapso temporal considerável, qual a base legal a impossibilitar o rateio da pensão previdenciária? Onde consta a vedação legal?<sup>26</sup>;
- d) Manter o entendimento arcaico, inviabilizando o reconhecimento das famílias paralelas, é oferecer justiça e obedecer a Constituição Federal?<sup>27</sup>;
- e) Observa-se o recorrente argumento de que o entendimento da ju-

24 Cf. STF, MS 33.555-DF, 2ª T., Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em: 06/10/2015.

25 Cf. STJ, 1ª T., AgRg no Recurso Especial nº 1.418.167-CE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em: 24/03/2015.

26 Cf. STJ, 1ª T., AgRg no Recurso Especial nº 1.418.167-CE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em: 24/03/2015.

27 Cf. STJ, 5ª Turma, AgRg no Recurso Especial nº 1.267.832-RS, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em: 13/12/2011.

risprudência é de que o concubinato adulterino impossibilita a constituição da união estável<sup>28</sup>, apesar do discurso de que as instâncias julgadoras devem acompanhar o anseio social...;

- f) Onde está especificado que as relações devem ser monogâmicas e que há vedação ao reconhecimento de relacionamentos familiares paralelos? A sociedade apresentava como elemento estrutural a monogamia. Não é o que se constata da sociedade atual<sup>29</sup>;
- g) O entendimento arcaico do STJ é clarificado quando sustenta que situações ilegítimas, como as de concubinato, não merecem inclusão no conceito de entidade familiar. A Carta Magna de 1988 igualou todos os filhos e inviabilizou a classificação de filhos legítimos, ilegítimos, adulterinos e espúrios. Da mesma forma, é discriminatório classificar o concubinato como adulterino<sup>30</sup>. Hoje, o significado da palavra concubinato não é o mesmo da sua origem romana. Amante não é o mesmo que concubina;
- h) Trata-se de violação aos princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade e afetividade interferir na comunidade familiar estabelecida pelos indivíduos<sup>31</sup>;
- i) Com efeito, não se pode confundir institutos, expressões e vocábulos, especialmente, quando seu significado mudou e, da mesma forma, não se pode negar direitos sem análise do caso concreto e dos princípios constitucionais vigentes. Companheira é aquela que não impedito matrimonial; concubina tem impedimento matrimonial, mas o Código Civil não veda o reconhecimento da união estável; cônjuge é aquela que é casada, perante o Cartório de Registro de Pessoas Naturais e amante<sup>32</sup> é aquela que satisfaz anseios sexuais<sup>33</sup>.

Assim, ainda que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça tenha se firmado, por mais de uma década, no afastamento de conferência de direitos a concubinas que, modernamente, não são exclusivamente amantes, mas formam uma entidade familiar se presentes os requisitos do art. 1.723, do Código Civil Brasileiro, necessário, definir o quanto a autonomia de vontade deve prevalecer em termos de direitos.

A sociedade mudou, transcendeu e evoluiu – firmando princípios no di-

28 Cf. STJ, 5ª Turma, AgRg nos EDcl no Recurso Especial nº 1.059.029-RS, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu, julgado em: 15/02/2011.

29 Cf. STJ, REsp 1.157.273/RN, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em: 18/05/2010.

30 Cf. STJ, REsp 1.142.584/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Haroldo Rodrigues, julgado em: 01/12/2009.

31 Cf. STJ, REsp 1.114.490-RS, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em: 19/11/2009.

32 Cf. música popular de Mariza Mendonça, caracteriza quem é a amante no social, segue refrão: “[...] E o preço que eu pago É nunca ser amada de verdade Ninguém me respeita nessa cidade Amante não tem lar Amante nunca vai casar”. Disponível em: <https://www.lettras.mus.br/marilia-mendonca/amante-nao-tem-lar/>. Acesso em: 4 de ago. de 2018.

33 Cf. STF, RE 397.762/BA, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em: 03/06/2008.

reito de família: da afetividade, dignidade da pessoa humana, igualdade, dentre outros. Em suma, se observa uma série de novas constituições familiares, bem como a ocorrência, cada vez mais comum de famílias paralelas. O direito de família não tem mais um conceito consolidado de família, hoje, se fala em famílias!

## Considerações Finais

Do exame do caso concreto as ideias preconcebidas exsurgem e fecham a possibilidade de pensar sobre o justo e qual era a vontade real do instituidor da pensão. Os argumentos do STJ e STF, em sua maioria, são morais e arcaicos e a resposta já está formulada. A base para afastar o direito sucessório e previdenciário em havendo família paralelas está na cognição do que consiste a mancebia. Há conflito entre princípios constitucionais, em especial da dignidade da pessoa humana, liberdade e isonomia.

O direito de família busca conciliar a igualdade entre os indivíduos que compõem a família, proporcionando igualdade entre eles. São princípios do direito de família: igualdade, liberdade, afetividade, convivência familiar e princípio do melhor interesse da criança e adolescente, dentre outros.

Ao usar a ponderação e proporcionalidade e, aqui se permanece atento aos argumentos do STJ e STF – está-se a adentrar e confundir conceitos do pensamento jurídico pós-positivista. Agride-se a teoria do direito, porquanto o direito individual à liberdade de escolha deve se sobrepôr aos preconceitos e ao arcaico. Em outras palavras, os direitos individuais devem prevalecer sobre os direitos coletivos, quando se está diante do direito de família! Na realidade, não há concorrência entre direitos individuais e coletivos em direito privado – de família<sup>34</sup>.

Ademais, o princípio da liberdade<sup>35</sup> e dignidade não pode soçobrar em face de uma legislação antiquada e construções preconceituosas de operadores do direito. Cabe a doutrina, enquanto ciência do direito, apontar o caminho correto e não se limitar a identificar equívocos.<sup>36</sup>

Salienta Streck:

[...] a jurisdição constitucional deve se constituir na garantia daquilo que é o cerne do pacto constituinte de 1988!  
Entretanto - e esse é motivo pelo qual defendo uma Teoria da Decisão - isso não depende (e não pode depender) da visão solipsista (consciência individual) de juízes ou tribunais.<sup>37</sup>

34 Não há (não deve haver) lugar mais privado do que a família.

35 [...] a liberdade jurídica assenta-se na pressuposição do livre-arbítrio: na possibilidade de escolha entre duas alternativas tendo em vista apenas e tão somente a vontade de quem escolhe [...]. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria jurídica da liberdade. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015, p. 38.

36 Cf. Streck, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

37 STRECK, Lenio Luiz. *O passado, o presente e o futuro do STF em três atos*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-15/senso-incomum-passado-presente-futuro>



Essa dimensão interpretativa, segundo o autor, envolve o dever de conferir às práticas jurídicas o melhor “sentido possível para o direito de uma comunidade política”<sup>38</sup>.

A fundamentação das decisões deve preceder ao julgamento e não o contrário e há de se ter atenção em não agredir o princípio basilar da Constituição Federal que é o da dignidade da pessoa humana. Desconhecer direitos as novas constituições familiares é desconsiderar nossa Carta Maior.

## Referências

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório:

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. Tradução: SILVA, Virgílio Afonso da.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas fronteiras da argumentação: A discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy**. Salvador: *Juspodium*, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 9. ed. Salvador: Ed JusPodivm, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito civil: famílias**. 3. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MADALENO, Rolf. **Novos Horizontes no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense. 2010.

MARTINS, Dileta Silveira; ZILBERKNOP, Lúbia Scliar. **Português Instrumental de acordo com as atuais normas da ABNT**. 22. ed. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2001.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

---

-stf-tres-atos. Acesso em: 4 de ago. de 2018.

38 Ibid.

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem**. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

ROHDEN, Luiz. **Interfaces da hermenêutica**. Caxias do Sul: Educs, 2008.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Pensão previdenciária para amantes e a jurisprudência do STF e do STJ**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-30/regina-beatriz-pensao-amantes-jurisprudencia-stf-stj#author>. Acesso em: 24 de jul. de 2018.

STRECK, Lenio Luiz; DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **ABORTO – a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alexiana-stf>. Acesso em: 15 de mai. de 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil v. 1: lei de introdução e parte geral**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

# **A OPERACIONALIZAÇÃO DO PROGRAMA DE PROTEÇÃO À CRIANÇAS E ADOLESCENTES AMEAÇADOS DE MORTE NO ESTADO DO CEARÁ SOB A ÓTICA DA ORGANIZAÇÃO GESTORA: O DESAFIO DE SALVAGUARDA DA VIDA NA PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO INTEGRAL**

**Mônica Sillan de Oliveira**

Mestre em Planejamento e Políticas Públicas (UECE, 2014); Graduada em Serviço Social (UECE, 1998). Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas Sociais (NUPES/UECE); Pós-graduanda em Especialización y el Curso Internacional en Infancias y Juventudes pelo Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO/Argentina), Coordenadora Geral da OSC - Frente de Assistência à Criança Carente – FACC (Desde 2005); Conselheira do Conselho Gestor do PPCAAM/CE. Professora Conteudista das Escolas de Conselhos do Ceará e da Amazônia Legal; Ex- Presidente do Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente - CE.  
<http://lattes.cnpq.br/2018791617617578>

**André Henriques Bueno**

Mestrando em Planejamento e Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará - UECE, Pós Graduado em Controle da Administração Pública pela Universidade Gama Filho e Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Sete Lagoas – FADISETE

## **Resumo:**

Este artigo apresenta noções gerais sobre o Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte – PPCAAM, que, desde novembro do ano de 2013, está sendo executado no Estado do Ceará, Brasil. Programa este que tem sido operacionalizado numa perspectiva tripartite, congregando esforços de forma unificada na parceria entre Governo Federal, Governo Estadual e a Organização Não Governamental Frente de Assistência à Criança Carente - FACC. A presente proposta tem por pretensão maior apresentar os desafios para a execução do PPCAAM no Estado do Ceará, a partir do olhar da FACC, instituição executora. Essa análise pretende englobar três aspectos principais: a rede de apoio, o financiamento público e atualidades do território cearense. Diante de tamanhos desafios, o de salvaguardar vidas jovens resguardando os princípios basilares do Estatuto da Criança e do Adolescente pode ser facilitado ou dificultado, se analisado pela ótica de cada um desses

três aspectos aqui analisados.

**Palavras-chave:** Ameaça de morte; Criança; Adolescente; Programa de proteção; Organização social. Proteção integral.

## **Breve Histórico do Processo de Implementação do Programa no Estado do Ceará**

### **Contextualização Programática**

Desde novembro do ano de 2013, o Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte - PPCAAM está sendo executado no Estado do Ceará, Brasil. Trata-se de um programa federal, criado em 2003, como estratégia de enfrentamento à violência letal infantojuvenil. Atualmente, o PPCAAM é executado e coordenado através do Ministério de Direitos Humanos, pela Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – SNDCA, na Coordenadoria de Proteção do Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte – PPCAAM. O objetivo do Programa é preservar a vida de crianças e adolescentes ameaçados de morte, junto aos seus familiares ou com vínculos fragilizados, com foco na proteção integral e na convivência familiar.

O Programa tem sido operacionalizado numa perspectiva tripartite, congregando esforços de forma unificada na parceria entre Governo Federal, Governos Estaduais e Organizações Não Governamentais. A escolha desses estados baseia-se no compromisso do Ministério com a Agenda Política com a garantia dos direitos humanos da Criança e Adolescente, cuja perspectiva é a da redução da violência nas regiões metropolitanas que possuem alto índice de letalidade no país.

O PPCAAM Ceará é operacionalizado pela organização não governamental Frente de Assistência à Criança Carente – FACC, percebendo recursos oriundos dos Tesouros federal e estadual, mediante convênio com a Secretaria de Justiça e Cidadania do Ceará – SEJUS. A organização FACC é uma personalidade jurídica de direito privado, de natureza filantrópica, sem fins econômicos ou lucrativos, de caráter socioassistencial e cultural e de defesa e garantia de direitos humanos e sociais de indivíduos e grupos em situação de exclusão, fundada em 13/10/1986. Tem um currículo de mais de três décadas de atuação social, acompanhando a mudança das demandas sociais e políticas dos segmentos populares em exclusão social, na perspectiva de contribuir para a construção de uma cultura de paz social, através da transformação e melhoria das condições de vida de crianças, adolescentes e jovens em integração com famílias e comunidades. A proposta de trabalho da FACC preocupa-se em dar sua contribuição para a formação de gerações, comunidades e atores sociais que rompam com a lógica de exclusão, vulnerabilidade e passem a cultivar a incidência nas políticas públicas, enquanto uma das formas de promover uma CULTURA DE PAZ. Para isso desenvolve programas,

projetos e ações interventivas na formação individual, grupal e intergeracional baseada nos elementos de diretriz espiritual, a partir de premissas da ÉTICA E VALORES HUMANOS UNIVERSAIS, balizadas nos princípios da justiça social que envolve equidade, tolerância, respeito às diversidades, solidariedade social e emancipação.

A atuação do PPCAAM ocorre por meio de equipes técnicas, selecionadas pelas entidades da sociedade civil sem fins lucrativos (ONGs, OSCIPs e OSs), que executam o Programa nos estados conveniados. O trabalho executado é pautado no cumprimento das Normas Gerais do Programa, que constam no Decreto Federal que o instituiu, assim como nos Decretos Estaduais (quando houver) e nos Guias de Procedimentos estabelecidos pela Coordenação Nacional de Proteção de Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte.

### **Breve contextualização da situação da violência letal no Ceará durante o processo de implementação do PPCAAM/CE**

No Estado do Ceará, a implementação do PPCAAM se inicia em meio a uma migração da violência letal do Sudeste para o Nordeste do país. O Mapa da Violência, documento produzido pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais - Brasil, sob coordenação do Prof. Julio Jacobo Waiselfisz que estuda a evolução dos homicídios por armas de fogo no Brasil desde a década de 80 até 2016, revela um processo de agudização do quadro da violência letal, notadamente nas regiões Norte e Nordeste, com bastante ênfase nas capitais nordestinas, enquanto o Sudeste, região mais populosa do Brasil, apresenta queda nos números da violência letal em quase todos os seus Estados. Dos 6 Estados com maior índice de violência letal no ano de 2011, 4 estavam no Nordeste, em 2016 dentre as 10 capitais brasileiras com maiores índices, 8 são nordestinas. Ceará e Sergipe, além de Alagoas, que ostenta a pesada marca de 56,1 HAF por 100 mil habitantes; 94,4% das vítimas, em 2014, foram homens; 60% eram jovens de 15 a 29 anos. A vitimização negra do país é de 158,9%, ou seja, morrem 2,6 vezes mais negros que brancos vitimados por arma de fogo.

Não há grande diferenciação entre estes indicadores do Mapa da Violência 2016 e o Índice de Homicídios de Adolescentes – UNICEF 2014, coordenado pelos Professores Doriam Borges e Ignácio Cano, que traz a capital do Ceará em primeiro lugar no *ranking* nacional de violência letal contra adolescentes.

### **Avanços e Desafios no Processo de Operacionalização do Programa de Proteção à Crianças e Adolescentes do Ceará**

Na nossa breve análise acerca do processo de implementação e operacionalização do Programa de Proteção à Criança e Adolescente Ameaçado de Morte do Ceará (PPPCAAM/CE), nos debruçamos, no sentido de alcançar o

seguinte objetivo principal: Apresentar o olhar da Organização Gestora que executa o Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte – PPCAAM, sob o prisma de 3 (três) aspectos de influência: **a rede de apoio, o financiamento público e o atual cenário do território cearense** e os seguintes objetivos secundários: discutir a forma tripartite de execução de Políticas Públicas de proteção e a responsabilidade dos entes estatais para a manutenção orçamentária do Programa de Proteção; analisar a importância da rede de apoio local para a implementação da proteção integral de crianças e adolescentes, como preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente e avaliar a influência que tem a atual situação de violência recrudescida vivida pelo Estado do Ceará exerce na instituição executora de um Programa de Proteção.

### **O Desafio da operacionalização do PPCAAM/CE a partir das suas relações com o Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente do Ceará enquanto Rede de Apoio**

Dentre as ações do Programa de Proteção, a ação primordial diz respeito à retirada da criança e/ou adolescente (em situação de ameaça) do local de risco, colocando—o numa condição de proteção. Essa proteção precisa cumprir ao que preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069/1990), ainda que para que isso ocorra faça-se necessária a perda de alguns direitos, como a convivência familiar e comunitária. Isso se dá por conta de que o Programa prioriza a recolocação da criança/adolescente numa modalidade familiar (acompanhado de todos os membros da família), mas há casos em que a família apresenta uma série de implicações para essa mudança brusca de território, trabalho, vida escolar dos demais membros, dentre outras inúmeras situações, que acarretam na colocação da criança/adolescente em situação de ameaça na modalidade de acolhimento institucional, uma vez extintas todas as possibilidades de colocação em família extensa. A partir do momento que é dado esse passo no fluxo de atendimento considera-se que a criança/adolescente sai da situação de ameaça e passa a está em proteção e portanto, em “reinserção social”.

Para essa reinserção social acontecer de fato, o PPCAAM encaminha os protegidos para equipamentos da rede de proteção local, quais sejam: escola, Centro de Referência da Assistência Social, posto de saúde, rede de acolhimento institucional, emprego (nos casos elegíveis) etc. Nesse aspecto, configura-se grande desafio o atendimento qualificado, à luz do que apregoa o Estatuto, no que remete ao trabalho intersetorial que deve ocorrer entre os órgãos, concebida essa intersetorialidade, do seguinte modo: *“A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios” (Art. 86).*

Observa-se que por inúmeros fatores (políticos, culturais e econômi-

cos), manifestos na insuficiência do aparato do Estado, na ausência de equipamentos em regiões menos populosas, na rotatividade dos profissionais, dentre outros aspectos, o conjunto das políticas públicas desempenhadas por esses órgãos que compõem o Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente ainda se encontra em fase de construção, tendo, por vezes, estagnados ou em retrocessos, não conseguindo cumprir com sua competência do modo como se encontra no desenho da Resolução nº 113/2006 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA):

Dispõe sobre os parâmetros para a institucionalização e fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente. O Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente constitui-se na **articulação e integração das instâncias públicas governamentais e da sociedade civil**, na aplicação de instrumentos normativos e no **funcionamento dos mecanismos de promoção, defesa e controle para a efetivação dos direitos humanos da criança e do adolescente**, nos níveis Federal, Estadual, Distrital e Municipal (GRIFO NOSSO).

Além da dificuldade constatada no funcionamento dos órgãos do SGD por conta de alguns dos fatores já mencionados acima, há também uma evidente resistência no atendimento, por conta do estigma da situação da ameaça em que se encontram as crianças e adolescentes destinatários dos serviços desses órgãos. Esse desafio pertinente à não existência ou existência ineficiente e inadequada do SGD não é um desafio exclusivo do PPCAAM, porém como se trata de um atendimento de mais alta complexidade, há uma sistemática agenda de diálogo, convergência e ajustes entre a equipe de trabalho do Programa e dos profissionais que atuam nos órgãos no sentido de pactuar fluxo, nivelar concepções e tentar mitigar os problemas que mais afetam a re-inserção social das crianças/adolescentes protegidos.

Um dos maiores desafios nessa estrutura, diz respeito à política de acolhimento institucional. Desafio não apenas do estado do Ceará, mas de todos os PPCAAMs dos demais estaduais. Duas questões são recorrentes na mesa de diálogo no atendimento dessa política: uma remete à questão da territorialidade (os municípios não querem atender casos que não pertencem à sua localidade), a outra se refere ao estigma já citado acima (a queixa recorrente de que para segurança da unidade de acolhimento não se faz possível receber à criança/adolescente, mesmo sabendo que ao ser encaminhada para determinada unidade de acolhimento a equipe do PPCAAM já analisou o mapa de risco e portanto a ameaça foi debelada. Essa temática continua sendo motivo de debate, na busca de encontrar solução.

## **O Desafio da operacionalização do PPCAAM/CE a partir da garantia orçamentária num padrão exequível**

O Programa de Proteção é executado com financiamentos do Governo Federal e do Governo Estadual. Após a transferência dos recursos para uma conta gerida pela Secretaria Estadual de Justiça e Cidadania, os valores devem ser liberados para a organização gestora, a FACC, de acordo com um Cronograma de Desembolso semestral, que prevê datas e montante a ser repassado. Porém, por problemas financeiros atravessados por todos os estados, inclusive o Ceará, tais repasses à organização não ocorrem nas datas e montantes convencionados. Sem os recursos necessários, faz-se contingenciamento das ações necessárias à melhor execução do Programa de Proteção. Faz-se mister mencionar que o estado do Ceará é o único a aportar contrapartida em 50% do valor aportado pelo Governo Federal.

A falta de recursos dificulta as ações de disseminação do Programa entre os atores da rede de garantia dos direitos, que ainda não o conhecem, dificulta também a realização de ações de proteção com maior esmero, prejudicando a qualidade da atuação, acarretando, também, instabilidade aos profissionais que trabalham no PPCAAM, pois a falta de recursos pode trazer uma precarização da relação trabalhista e até sua demissão.

Insta também informar que, como financiador, o Governo Federal vem diminuindo o valor aportado aos Estados convenientes. Porém, até o presente momento, e por possuir um convênio tri-anual, o Estado do Ceará ainda não sofreu com a redução do valor anual a ser repassado.

## **O Desafio da operacionalização do PPCAAM/CE a partir do atual cenário do território cearense**

O Brasil está vivenciando uma nova realidade quanto à criminalidade violenta em territórios vulneráveis: o domínio de territórios por organizações criminosas armadas. Conhecidas por facções, essas organizações impõe a lei do terror, cerceiam a mobilidade e impossibilitam o acesso dos cidadãos aos equipamentos públicos localizados fora da área de seu controle, sob a pena de morte. A realidade das facções encontrou no Estado do Ceará território fértil para sua expansão. Atualmente, não há em sua capital, e na grande maioria das cidades do interior do Estado, locais onde se tenha notícia da presença de um dos grandes grupos criminosos atuantes no Ceará. Efetivar a proteção de pessoas ameaçadas neste contexto se torna tarefa das mais difíceis de se realizar.

O aumento da demanda e a agudização e complexidade dos casos é reflexo desse cenário, isso torna-se bastante perceptível quando sistematizamos os dados do atendimento realizado pelo PPCAAM/CE entre 2013 até os dias atuais:



Número de atendimento PPCAAM/CE			
Relatório Geral (Set/13 a Mai/19)- 1°, 2° e 3° Convênio	1° Convênio- (Set/13 a Dez/15) - Duração: 27 meses	2° Convênio- (Jun/16 a Mai/18) - Duração: 24 meses	3° Convênio- (Mai/18 a Mai/19) Duração: 13 meses
108 casos	20 casos	62 casos	26 casos
<b>309 pessoas protegidas</b>	<b>83 pessoas protegidas</b>	<b>170 pessoas protegidas</b>	<b>56 pessoas protegidas</b>
110 Adultos 74 Crianças 125 Adolescentes	27 Adultos 17 Crianças 39 Adolescentes	59 Adultos 46 Crianças 65 Adolescentes	24 Adultos 11 Crianças 21 Adolescentes

Tabela 1: Número de Atendimentos pelo PPCAAM/CE entre 2015 e 2019

Balanco das solicitações e orientações (Todos os convênios)

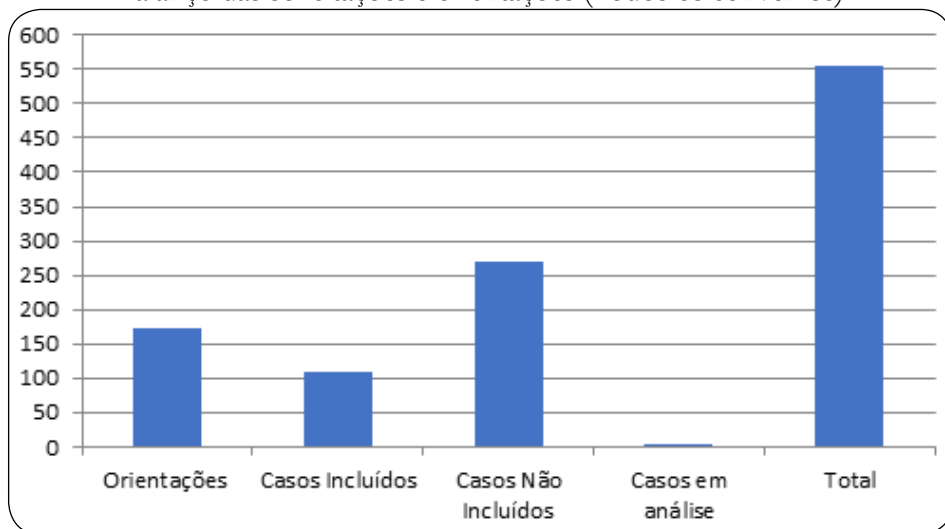


Figura 1: Balanço das solicitações e orientações atendidos pelos Convênio

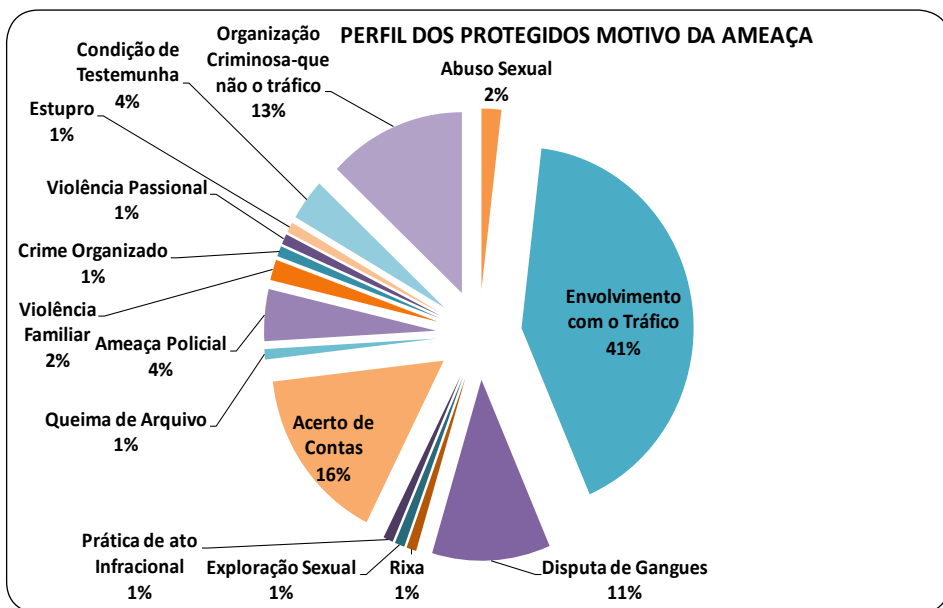


Figura 2: Perfil dos protegidos por Motivo de Ameaça

## Conclusão

Com o objetivo de garantir a proteção de crianças e adolescentes ameaçados de morte no Estado do Ceará, o PPCAAM fora instalado neste Estado a partir do final do ano de 2013. De lá pra cá, o Estado experimentou um crescente índice de violência letal infanto-juvenil, fazendo com que o Estado, assim como sua capital Fortaleza, assumisse a liderança em praticamente todos os rankings que medem homicídios no Brasil.

O número de casos encaminhado ao Programa de Proteção aumenta a cada dia. Porém há diversos desafios a serem transpostos. Junto com eles, colhemos alguns avanços e experiências exitosas que merecem ser replicados, principalmente pela incidência política que o Programa traz para a pauta da letalidade infanto-juvenil.

No presente trabalho, debruçamo-nos sobre os três aspectos que julgamos assumir a liderança dos desafios na implementação e manutenção exitosa do referido Programa, quais sejam: a rede de apoio, o financiamento público e o atual cenário do território cearense.

O trabalho não pode ser julgado concluso, uma vez que necessita mais informações e exige uma análise mais profunda das impressões e dos dados até aqui coletados.

No entanto, diante dessa breve análise já se torna visível que os debates e estudos acerca da existência do Programa no país coadunam para a necessidade da criação de uma Política de estado (lei), não apenas de governo (Decreto), como vem ocorrendo desde 2003.

## Referências

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 68/2011, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/1994. 35. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012a. 454 p. (Série textos básicos, n. 67).

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Brasil). **Resolução nº 113**, de 19 de abril de 2006. Dispõe sobre os parâmetros para a institucionalização e fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/legislacao/id2410.htm>>. Acesso em: 20 maio 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Síntese de indicadores sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira 2013. Rio de Janeiro, 2013. (Estudos e Pesquisas, Informação Demográfica e Socioeconômica, n. 32). Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv66777.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. **Síntese de indicadores sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira 2012. Rio de Janeiro, 2012. (Estudos e Pesquisas, Informação Demográfica e Socioeconômica, n. 29). Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores\\_Sociais/Sintese\\_de\\_Indicadores\\_Sociais\\_2012/SIS\\_2012.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Sintese_de_Indicadores_Sociais_2012/SIS_2012.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2014.

UNICEF. **A Convenção sobre os Direitos da Criança**. Adotada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de Setembro de 1990. [Lisboa, 2004]. Disponível em: <[https://www.unicef.pt/docs/pdf\\_publicacoes/convencao\\_direitos\\_crianca2004.pdf](https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2014.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2013 – homicídios e juventude no Brasil**. Brasília: Secretaria-Geral da Presidência da República/Secretaria Nacional de Juventude, 2013. Disponível em: <[http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/mapa2013\\_homicidios\\_juventude.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/mapa2013_homicidios_juventude.pdf)>. Acesso em: 18 maio 2014.

# SUJEITOS, OBJETO E VIOLÊNCIA DO DISCURSO NA MÍDIA DIGITAL

**Márcia Fernandes Bezerra**

Doutoranda em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná,  
Mestre em direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.  
Especialista em Direito Administrativo e Constitucional. Advogada graduada na  
Universidade Federal do Paraná

## **Resumo:**

O presente estudo visa a analisar a violência no discurso e sua correlação com a utilização da mídia digital. A violência é um dos grandes obstáculos para o desenvolvimento humano e concretização dos direitos fundamentais nos mais diversos países ao longo da história. Todavia, na pós modernidade, sua manifestação alcança uma nova dimensão, potencializada pela cobertura midiática conferida a fenômenos como a guerra e o terrorismo. O problema central proposto consiste em verificar se a mídia digital contribui de alguma maneira na criação ou propagação de um discurso que pode ser caracterizado como violento. Os resultados alcançados indicam que os atributos da mídia digital, utilizada como suporte do discurso, intensificam caracteres identificados como violentos, tais como a (i) preponderância do orador; (ii) alienação do ouvinte; (iii) limitação da polissemia e reflexividade; (iv) polarização excludente; e a (v) substituição do objeto por pós-verdades, e atuam como limitadores da comunicação dialógica.

**Palavras-chave:** Violência; Discurso; Mídia digital.

## **Introdução**

O tema do presente estudo consiste na violência do discurso na mídia digital. A violência é analisada como um fenômeno que atinge os elementos que integram o discurso, ou seja, o orador, o ouvinte e o conteúdo. A seu turno, a mídia digital é aqui tomada como um novo suporte do discurso, que abrange tanto páginas de conteúdo na internet como redes sociais (Facebook, Instagram, Twitter, entre outros).

A discussão reveste-se de relevância e singularidade. Muito se discute a respeito da violência associada ao poder, notadamente em relação ao Estado, ou à violência cotidiana, que atinge a integridade dos cidadãos. Na pós-

modernidade, contudo, o tema tem sido analisado sob óticas inovadoras, que buscam o entendimento de fenômenos como massacres conduzidos por civis e atos de terrorismo. Não há, portanto, como desconsiderar também as implicações no discurso e comunicação, atos que singularizam o ser humano, indissociável de sua natureza gregária.

A isto soma-se o crescente acesso às mídias eletrônicas que se tornaram um dos principais recursos para a busca de informações e interação social entre as pessoas. Este fenômeno, nem sempre visto com bons olhos pelos estudiosos, tem gerado profundas alterações nas relações intersubjetivas, bem como na comunicação humana.

Assim, a questão que se pretende responder neste artigo é se a mídia digital contribui de alguma maneira na criação ou propagação de um discurso que pode ser caracterizado como violento. A hipótese cogitada é a de que os atributos da mídia digital - aqui tomada como veículo de suporte do discurso - contribuem para a intensificação de caracteres de um discurso violento cuja existência a precede.

Para tanto, primeiramente serão abordadas diferentes visões que buscam os fundamentos da violência na pós-modernidade e as características que a distingue da violência física no modo em que correntemente analisada. Na sequência, serão apresentados os elementos que constituem o discurso, modalidades e o que se entende por discurso para fins da presente análise. Em um terceiro momento, será dado enfoque às características assumidas pela comunicação e o discurso nas mídias digitais. Em seguida, o estudo se voltará à identificação de alguns reflexos da mídia digital em relação aos sujeitos do discurso e em que medida o resultado pode dar origem a um discurso violento. Enfim, o mesmo será feito em relação ao objeto do discurso.

Optou-se pela adoção de um método hipotético dedutivo desenvolvido a partir da documentação indireta cujo material de consulta será constituído essencialmente por obras literárias (digitais ou impressas).

## **A violência da pós modernidade**

Violência, conforme Stoppino (1998, p. 1301), consiste “na intervenção física de um indivíduo ou grupo contra outro indivíduo ou grupo (ou também contra si mesmo)”. Trata-se de uma intervenção física voluntária que tem por finalidade “destruir, ofender e coagir”. (STOPPINO, 1998, p. 1301).

O estudo da violência comumente associa este fenômeno ao poder exercido por grupos ou pelo próprio Estado, aos embates históricos entre diferentes civilizações ou à ação de indivíduos que atuam à margem das regras sociais. Contudo, na pós modernidade, a violência adquire novos contornos e significações.

Em Maffesoli (2004), a violência é vista como uma parte indissociável da própria natureza humana. Suas manifestações constituem menos uma constatação e mais uma prática de iniciação ritualística; “um elemento essencial

da construção simbólica do social: precisamente naquilo em que ela nos liga, ou nos religa, à natureza”. (MAFFESOLI, 2004, p. 70). Mais do que isso, é um exemplo do aspecto indivisível do mundano, que congrega em si os opostos, a contradição e a polaridade. É a violência mitológica, força motriz que dá origem à vida e que não pode ser negada ou extirpada.

Segundo Maffesoli (2004), todos os sistemas que tentam regulamentar a relação com a alteridade esbarram no mal. Por isso, apenas o reconhecimento da alteridade e sua integração permitem que se adote uma postura de vida mais completa e serena<sup>1</sup>.

Baudrillard (1990) opõe-se, em certa medida, a esta visão. Para o autor, a violência pós-moderna não é uma ressurreição da violência atávica. Ao contrário! Ela tem origem no terror, no vazio e na mídia. Não é resultado do embate entre forças hostis, mas sim de forças ociosas e indiferentes.

É o vazio político (mais do que o ressentimento deste ou daquele grupo), é o silêncio da história (e não o recalque psicológico dos indivíduos), é a indiferença e o silêncio de todos que implodem nesse acontecimento. Não é. Portanto, um episódio racional da vida social, está em cheio na lógica de sua aceleração no vácuo” (BAUDRILLARD, 1990, p. 84).

A violência pós-moderna é também resultado de uma inversão de papéis entre os espectadores e os atores, que buscam de alguma forma participar dos acontecimentos. Eventos como o massacre ocorrido em abril de 1999 em Columbine nos Estados Unidos, quando dois jovens de 17 e 18 anos entraram armados em uma escola, matando 13 pessoas e depois cometendo suicídio<sup>2</sup>, revelam o desejo de protagonismo, a resposta ao chamado da cultura da participação e – por que não? – o terrorismo do Estado que provoca, desqualifica e desespera seus cidadãos conduzindo-os “a uma situação quase suicida”. (BAUDRILLARD, 1990, p. 86).

Contudo, assim como Maffesoli (2004), Baudrillard (1990) reconhece que o mal está em toda parte.

Numa sociedade em que, à força de profilaxia, de extinção das referências naturais, de embranquecimento da violência, de exterminação dos germes e de todas as partes malditas, de cirurgia estética do negativo, só se quer tratar com a gestão calculada e com o discurso do Bem, numa sociedade em que já não há possibilidade de denunciar o Mal, este metamorfoseou-se em todas as formas virais e terroristas que nos obsessam (BAUDRILLARD, 1990, p. 89).

O autor também denuncia a tentativa de expurgo do mal na pós modernidade. Sob sua ótica, a habilidade de denunciar o mal foi perdida, emergindo

1 Integrar, na visão de Maffesoli (2004) não é pretender transformar o outro, mas admitir sua influência na sociedade.

2 Novamente, o exemplo é nosso.

em seu lugar o discurso dos direitos humanos.

## Qual discurso?

Como ensina Warat (1995), a linguagem pode ser analisada sob três diferentes pontos de vista: a sintaxe, semântica e pragmática. O primeiro deles, a sintaxe, estuda as relações dos signos entre si. Do ponto de vista da sintaxe, a linguagem somente terá sentido quando se adequar às regras sintáticas. Já a semântica, estuda a relação entre os signos e os objetos a que se referem. O problema central da semântica consiste na verdade, pois um enunciado somente terá significado semântico quando empiricamente verificável.

A análise do discurso na forma aqui pretendida, contudo, está associada ao terceiro ponto de vista, a pragmática. A pragmática estuda a relação dos signos com os usuários. Parte da ideia de que “fatores intencionais dos usuários provocam alterações na relação designativa denotativa dos significados das palavras ou expressões. Quando se utiliza uma expressão em um contexto comunicacional, esse emprego provoca uma alteração na estrutura conceitual” (WARAT, 1995, p. 46). É dizer: um conceito ou expressão possui um significado de base, independente de seu contexto de uso, mas que quando empregado, tem sua significação alterada.

Sob a ótica pragmática, Ferraz Júnior (1997) caracteriza o discurso como uma ação linguística, assim entendida como uma ação dirigida a outros homens e que apela ao entendimento de outrem. A discussão, a seu turno, consiste na articulação de perguntas e respostas. A pergunta revela um não estar seguro de sua própria ação e comportamento, que se articula em um mundo de justificações e fundamentos que consistem nas respostas. O modelo de perguntas e respostas envolve o questionamento das próprias justificativas, dando origem a uma ação reflexiva, voltada sobre si.

Há três elementos essenciais no discurso. O primeiro deles é o orador, “aquele que é dotado de engenho (*ingenium*), no sentido de produtividade ou fantasia, uma capacidade “natural”, que deve ser orientada pelo discernimento (*judicium*) e pela prudência (*concilium*)”. (FERRAZ JÚNIOR, 1997, p. 8-9).

O segundo componente indicado por Ferraz Júnior (1997) é o ouvinte, aquele a quem é dirigido a ação linguística do orador e sobre quem se quer exercer influência. Contudo, o ouvinte não é um sujeito passivo, alguém que se pretende conquistar, mas sim um alguém que reage e que também constrói o discurso<sup>3</sup>.

Enfim, o terceiro elemento é o objeto, “aquilo que se diz” (FERRAZ JÚNIOR, 1997, p. 11).

3 Conforme se verá ao longo do artigo, cada autor possui uma nomenclatura própria para designar os sujeitos do discurso. Thompson (1998), por exemplo, alude a “emissor” e “receptor”, já Orlandi fala em “locutor” ou “falante” (em substituição a “orador”) e “ouvinte” e, em conjunto, “interlocutores”. Considerando que a variedade de termos não compromete o entendimento do texto, preferiu-se, por fidelidade à obra dos autores, não uniformizar os termos que serão adotados como sinônimos.

A análise dos componentes do discurso permite distinguir suas diferentes funções pragmáticas. Por parte do orador, o discurso tem uma função sintomática, pois expressa sentimentos. Do lado do ouvinte, o discurso tem uma função de sinal, pois é capaz de despertar variados comportamentos, como ensina Ferraz Júnior (1997).

Embora todo discurso exprima uma ação comunicativa, o verdadeiro discurso dialógico é aquele em que o ouvinte está habilitado a intervir ou interessado ativamente. No discurso dialógico, o orador não é apenas um proponente, mas também um partícipe da discussão que sofre as consequências da ação linguística que desencadeou.

Por outro lado, o discurso monológico pode ser definido como aquele em que o ouvinte não está habilitado ou interessado em uma intervenção. Assume, por isso, uma postura passiva, o que modifica as características do discurso e a própria ação do orador. Isso não significa que não exista um ouvinte, mas apenas que seu comportamento não apresenta as mesmas características ativas que marcam o discurso dialógico. A par desta passividade do ouvinte, o próprio orador perde sua subjetividade, tornando-se uma porta voz da ação linguística (FERRAZ JÚNIOR, 1997)

A concordância com a caracterização do discurso e seus elementos feita por Ferraz não permite, contudo, que se endosse seu entendimento quanto à finalidade do discurso. Para o autor, um discurso somente pode ser assim considerado quando voltado ao mútuo entendimento. Um discurso é dito racional quando “os agentes não se deixam determinar por meras emoções ou por meras tradições e costumes”.

A concepção aqui adotada de discurso é a da linguagem como espaço de interação social “em que se considera que a relação estabelecida pelos interlocutores, assim como o contexto, são constitutivos da significação do que se diz” (ORLANDI, 1996, p. 157-158).

Por isso mesmo, não há discurso isento de emoções, tradições ou costumes, assim como não há como esperar que dele resulte consenso. O discurso aqui referido é aquele gestado em uma sociedade que possui “uma esfera pública vibrante onde muitas visões conflitantes podem se expressar e onde há uma possibilidade de escolha entre projetos alternativos legítimos” (MOUFFE, 2003, p. 1). O dissenso, portanto, desempenha papel central em tal espécie de discurso.

Assumir a relevância do dissenso é, em certa medida, aceitar o outro, o mal, a contradição, a polaridade e a parte maldita, tal qual proposto por Maffesoli (2004) e Baudrillard (1990). É compor e integrar o oposto em relação à própria fala e na prática discursiva. Somente assim, quer-se acreditar, o discurso será verdadeiramente dialógico, permitindo uma participação ativa do orador e do ouvinte e fomentando a reflexividade do objeto.



## A comunicação na mídia digital

A comunicação de acordo com Thompson (1998) exige sempre um meio técnico, ou seja, um suporte material no qual a informação ou o conteúdo simbólico encontra-se fixado e por meio do qual será transmitido do produtor para o receptor.

Estes meios técnicos são marcados por vários atributos. Primeiramente, possuem um certo grau de fixação ou preservação da forma simbólica que possui diferentes graus de durabilidade. Um segundo atributo diz respeito ao grau de reprodução, ou seja, a capacidade de extração de cópias do meio técnico. Em terceiro lugar, os meios técnicos possuem diferentes graus de distanciamento espaço-temporal. É dizer: todo processo de comunicação implica em algum distanciamento (no tempo e espaço) entre o contexto de produção da forma simbólica e o contexto de sua utilização.

Enfim, segundo Thompson (1998) o uso dos meios técnicos pressupõe um processo de codificação e decodificação da informação e do conteúdo simbólico, que exige diferentes graus de habilidades, competências e formas de conhecimento.

A mídia, portanto, no sentido aqui adotado, nada mais é do que um meio técnico que serve para a transmissão de informações e conteúdo simbólico a uma pluralidade de destinatários. Seu surgimento e transformação são retratados por Chomsky (1999) que alude a cinco grandes revoluções culturais da época moderna.

A primeira foi a invenção da imprensa em 1445, por Johannes Gutenberg”, que gerou uma cultura escrita universal para uma elite informativa. O emprego do rádio, nos anos vinte do nosso século, fez aparecer uma cultura auditiva de massas, seguida pela revolução comunicativa das imagens da televisão nos anos cinquenta. A quarta revolução teve por base o uso massivo dos computadores, a partir da década de oitenta, e atualmente estamos vivendo a revolução da multimídia. Por “multimídia” entende-se a convergência das funções do telefone, da televisão e do computador numa só tecnologia mediante a transmissão de imagens, dados e vozes. Com este último desenvolvimento, está-se criando a cultura cibernética que é a primeira cultura realmente universal na história do homem. Trata-se de um verdadeiro sistema neurológico mundial – uma gigantesca rede de transmissores e receptores, que interagem mediante agentes “neurotransmissores” eletrônicos -, que permite ao ser humano comunicar-se em tempo e espaço real à semelhança do cérebro humano, cuja rede de mais de cem bilhões de neurônios transmite informação por meio de neurotransmissores químicos (CHOMSKY, 1999, p. 216-217).

A mídia digital aqui analisada está ligada precisamente a esta última revolução cultural, que vê surgir uma profusão de páginas de conteúdo na *web*, bem como de redes sociais (Facebook, Instagram, Twitter, entre outros). Tra-

ta-se, em última análise, de um *locus* de interação social que permite o intercâmbio de informações e conteúdo simbólico.

Em uma comunicação face a face, o distanciamento entre interlocutores é reduzido, pois a conversa ocorre num contexto presencial, em que há partilha das referências de espaço e de tempo. As falas, segundo Thompson (1998) estão disponíveis apenas aos interlocutores e indivíduos próximos e a memória é a única forma de registro de conteúdo.

Na interação face a face “o fluxo de comunicação tem mão dupla: uma pessoa fala, a outra responde, e assim por diante. Em outras palavras, os intercâmbios numa interação face a face são fundamentalmente dialógicos” (THOMPSON, 1998, p. 78).

Contrariamente ao que ocorre com a comunicação face a face, a mídia digital, possui, no mais das vezes, um alto grau de fixação e preservação da comunicação e reprodutibilidade. Afora isso,

(...) o fluxo de comunicação é esmagadoramente de sentido único. As mensagens são produzidas por um grupo de indivíduos e transmitidas para outros situados em circunstâncias espaciais e temporais muito diferentes das encontradas no contexto original de produção. Por isso os receptores das mensagens da mídia não são parceiros de um processo de intercâmbio comunicativo recíproco, mas participantes de um processo estruturado de transmissão simbólica. (THOMPSON, 1998, p. 31).

Ainda que os receptores tenham alguma capacidade de intervir e contribuir com a produção do conteúdo (comentando uma notícia na web ou respondendo a uma mensagem nas redes sociais), expressando assim seus pontos de vista, a comunicação midiática será – mesmo que não totalmente monológica ou de sentido único – assimétrica, como afirma Thompson (1998). A comunicação midiática também traz consigo a disjunção entre o espaço e o tempo. Isso porque o distanciamento espacial não está mais diretamente associado ao distanciamento temporal. Mesmo afastados por quilômetros de distância, o conteúdo produzido pelo emissor pode estar concomitantemente acessível ao receptor. A isso, Thompson denomina “descoberta da simultaneidade não espacial” (THOMPSON, 1998, p. 36).

Castells (1999, p. 462) também registra estas alterações na relação espaço-tempo operada pela mídia:

Localidades ficam despojadas de seu sentido cultural, histórico e geográfico e reintegram-se em redes funcionais ou em colagens de imagens, ocasionando um espaço de fluxos que substitui o espaço de lugares. O tempo é apagado no novo sistema de comunicação, já que passado, presente e futuro podem ser programados para interagir entre si na mesma mensagem.

Mas a alteração da compreensão do lugar e do espaço também modificou o sentido de pertencimento dos sujeitos. A ideia de pertencimento está ligada, em alguma medida, ao sentimento de partilha de uma história e de um lugar comum no tempo e espaço. Quando a compreensão do passado se torna dependente da mediação de formas simbólicas e se alimenta dos produtos da mídia, sentimo-nos pertencentes a grupos e comunidades que também se constituem através da mídia. A esse fenômeno Thompson (1998) denomina socialidade mediada.

## **Muito “eu”, pouco “tu” e nenhum “nós”: a interação dos sujeitos na mídia digital**

Segundo Orlandi (1996), um dos equívocos da linguística é sua construção a partir da figura do locutor. Sob tal ponto de vista, “se trabalha o privilégio do falante, ou seja, a perspectiva pela qual se considera o “eu” e o “outro” dá-se pelo enfoque do “eu”. (ORLANDI, 1996, p.149). A contrapartida a esse posicionamento é privilegiar o papel do ouvinte, o que revela a “tirania do tu” (ORLANDI, 1996, p.150).

O segundo problema da linguística seria o de enfatizar a função representativa ou informacional da linguagem. Contudo, sob a ótica da autora, não é possível vislumbrar tal tranquilidade e placidez na linguagem, pois nela

(...) há tensão, confronto, reconhecimento e mesmo conflito na tomada da palavra. Há tensão entre o texto e o contexto (social, histórico-social). Há tensão entre interlocutores: tomar a palavra é um ato social com todas as suas implicações. E se há sentido em se falar em dois “eus” é no sentido de que há conflito na constituição dos sujeitos (ORLANDI, 1996, p. 151).

Assim, na visão de Orlandi (1996), se a função primeira da linguagem não é a informação, mas sim a construção de um texto, assim entendido uma unidade de significação, a partir da interação, nele haverá espaço para múltiplos significados (polissemia).

Segundo Orlandi (1996), um discurso autoritário seria aquele no qual não há reversibilidade e o objeto do discurso é ocultado pelo dizer. No discurso autoritário há um único agente – o locutor – que é o responsável por delimitar a relação com a referência, impondo a verdade. Neste tipo de discurso a polissemia é contida e seu exagero consiste na sujeição a um comando. No discurso autoritário predomina a paráfrase (a permanência do sentido único ainda que sob diferentes formas).

Como expõe Orlandi (1996),

(...) sob a égide do Discurso autoritário – se desarticula o característico da interlocução que é a articulação locutor-ouvinte, assim como se rompem as outras articulações que daí decorrem e que se organizam sob a forma de dicotomias. No interior dessas dicotomias, se

passa a olhar através de um de seus pólos – o do eu locutor, o da produção, o da intenção, o do percurso psíquico, o da representação, etc – colocando-o como fundamental. Primeiro se dicotomiza e depois se iguala tudo através de um dos lados. Dessa forma, o parcial se absolutiza. E a forma do discurso autoritário passa a ser forma da linguagem em geral. Consequentemente, essa linguística, que assim se faz, tende a privilegiar a função referencial, a informação, a paráfrase” (ORLANDI, 1996, p.157).

Ocorre que, na “quase interação mediada”, ou seja, na interação social mediada pelos meios de comunicação de massa, na definição de Thompson (1998), há uma facilitação do desenvolvimento do discurso autoritário.

A interação quase mediada, na descrição de Thompson (1998), é caracterizada por uma extensa disponibilidade de informação disseminada através do espaço e tempo, na qual as formas simbólicas são produzidas para um número indefinido de receptores potenciais. Neste modelo, prepondera o caráter monológico, eis que o fluxo de informações ocorre quase que em sentido único. Estas características possuem reflexos sobre o comportamento dos sujeitos do discurso.

Na quase interação mediada, o emissor é, no mais das vezes o responsável pela delimitação do objeto do discurso. Daí resulta, na opinião de Thompson (1998) uma evidente desigualdade entre os sujeitos dado o pequeno campo de atuação dos receptores, limitados que estarão aos tópicos e conteúdo eleitos pelo emissor.

Afora isso, segundo Thompson (1998), o emissor também será privado de formas diretas e contínuas de *feedback*, como ocorre na interação face a face. Vale aqui o alerta feito por Perelman (2005): não basta falar é necessário ser ouvido! “Ouvir alguém é mostrar-se disposto a aceitar-lhe eventualmente o ponto de vista” (PERELMAN, 2005, p. 19). No limite, o controle dos meios de comunicar as ideias permitirá que alguns utilizem a ameaça ou coerção para levar os dissidentes a se submeterem ao discurso.

Por outro lado, essa ausência de “monitorização reflexiva” (THOMPSON, 1998, p. 90) exime os receptores de dispensar atenção aos emissores e reduz drasticamente qualquer possibilidade de intervir na interação, determinando seu curso e conteúdo.

Mas se por um lado a ausência de *feedback* autoriza o emissor a não ouvir outros pontos de vista, ela também lhe priva de um contraponto que deseje. Está aí estabelecida uma dupla negativa das condições necessárias para uma argumentação.

O obscurantismo do receptor permite, ainda, a adoção de comportamentos extremos como o fanatismo e o cepticismo, assim caracterizados por Perelman (2005):

Como a prova retórica jamais é totalmente necessária, o espírito que dá sua adesão às conclusões de uma argumentação o faz por um

ato que o envolve e pelo qual é responsável. O fanático aceita esse envolvimento, mas como alguém que se inclina ante a uma verdade absoluta e irrefragável; o céptico recusa esse envolvimento a pretexto de que ele não lhe parece poder ser definitivo. Recusa-se a aderir porque tem da adesão uma idéia que se assemelha à do fanático: ambos desconhecem que a argumentação visa uma escolha entre possíveis; propondo e justificando a hierarquia deles, ela tenciona tornar racional uma decisão. Fanatismo e cepticismo negam essa função da argumentação em nossas decisões. Tendem ambos a deixa, na falta de razão coercitiva, campo livre à violência, recusando o envolvimento da pessoa (PERELMAN, 2005, p. 69-70).

É equivocado supor que o uso da argumentação implica na renúncia ao uso da força, no apreço à adesão do interlocutor por meio da persuasão racional e, principalmente, que “recurso à argumentação supõe o estabelecimento de uma comunidade dos espíritos que, enquanto dura, exclui o uso da violência”. (PERELMAN, 2005, p. 61).

Mas o fato é que muito “eu”, pouco “tu” e nenhum “nós”, são “circunstâncias “patológicas” contingentes”, nos dizeres de Žižek (2014, p. 50), que “distorcem a lógica imanente da comunicação simbólica” e configuram a primeira das manifestações da violência do discurso.

## **Simulacro e pós verdade, a desnaturação do objeto**

Em seu livro “Viagem na irrealidade cotidiana” Umberto Eco (1984) descreve com riqueza de detalhes uma viagem pela costa Oeste dos Estados Unidos e a visita a museus, réplicas de castelos, parques temáticos entre outros monumentos que, de uma forma ou outra, prestam homenagem à cultura dos Estados Unidos. A partir desse roteiro – ricamente adornado com objetos kitsch em profusão – é possível extrair um vislumbre delirante da hiper-realidade, a representação que se torna mais real que a própria realidade.

A pós modernidade, é o terreno da hiper-realidade, campo fértil para o simulacro, que se espalha em toda a vida social. O ser humano, segundo Duarte Júnior (1997), tende hoje a interagir bem mais com representações das coisas e pessoas do que com objetos e com seus semelhantes. “O mundo lhe aparece enquanto imagem, por meio de fotografias e nas telas da televisão e dos computadores”. (DUARTE JÚNIOR, 1997, p. 56).

Castells (2014, p. 462) também registra a capacidade da mídia em criar novas realidades: “O espaço de fluxos e o tempo intemporal são as bases principais de uma nova cultura, que transcende e inclui a diversidade dos sistemas de representação historicamente transmitidos: a cultura da virtualidade real, onde o faz-de-conta vai se tomando realidade”.

O problema é que o simulacro, a representação exata do objeto, possui mais atrativos que a própria coisa. E a mídia, segundo Duarte Júnior (1997), é hábil em construir “simulacros da realidade, imagens que pretendem não

apenas representar o mundo, mas, quase num passe de mágica, substituí-lo”. (DUARTE JÚNIOR, 1997, p. 60/61).

A substituição do objeto do discurso pelos simulacros está associada ao segundo problema da linguística diagnosticado por Orlandi (1996): o recrutamento da polissemia. O objeto do discurso, ditado pelo locutor, é uma representação da realidade que a ela se sobrepõe. E se essa representação é mais verdadeira que o próprio real, não serão admitidas reinterpretações, ressignificações ou reflexões. Afinal, a verdade é uma só e o senso comum tem facilidade em admitir a existência de verdades absolutas e indiscutíveis, que não podem ser defendidas ou questionadas, como reconhece Perelman (2005).

Estão aí delineadas as características do discurso autoritário de Orlandi (1996) antes destacadas: (i) a ausência de reversibilidade; (ii) o ocultamento do objeto do discurso pelo dizer; e (iii) a predominância de um sentido único.

O paradoxal é que a facilidade de acesso e de tornar públicas as ideias na mídia digital torna qualquer objeto aceitável e reproduzível. Todos são emissores do discurso, construindo simulacros e bradando suas próprias verdades a ouvidos moucos. E assim, “todas as mensagens dos media funcionam de maneira semelhante: nem informação nem comunicação, mas referendo, teste perpétuo, resposta circular, verificação do código” (BAUDRILLARD, 1991, p. 98). Um eterno eco que reverbera no vazio da interação.

E aí está a segunda violência do discurso na mídia eletrônica: a deposição do objeto e o início do reinado do simulacro. *Le roi est mort, vive le roi!*

## Considerações finais

A violência é elemento indissociável da natureza humana; é, em parte, o outro, o mal que tentamos expurgar. Contudo, não há como reduzi-la ao nada, sendo necessário encontrar meios para compor e integrá-la.

Na pós-modernidade, a violência adquire novos contornos. Está associada ao vazio dos acontecimentos, ao desejo que todos nutrem de serem protagonistas em seu próprio tempo. A violência da pós-modernidade, portanto, é a violência do espetáculo, devidamente registrada e reproduzida pela mídia.

Há uma ideia intuitivamente no sentido de que o discurso seria, precisamente, uma alternativa à violência. Onde há comunicação não haveria violência. Contudo, em uma sociedade múltipla e pluralista, a existência de um discurso desprovido de violência não passa de uma quimera. A conciliação não é - e nem deve ser - a finalidade última do discurso.

O discurso é o *locus* da interação, questionamento, ação reflexiva. Local em que orador e ouvinte constroem em conjunto o objeto do discurso, a partir da discordância e do conflito. O discurso, portanto, precisa reconhecer o oposto, integrar o outro e reconhecer sua própria parte maldita. Exige-se dos sujeitos que ouçam seu adversário e não o vejam como um inimigo a ser destruído.

Todavia, a mídia digital – aqui vista como um dos tantos meios técnicos que servem de suporte material às informações ou o conteúdo simbólico – possui atributos que comprometem o desenvolvimento de um discurso tal qual concebido. Em relação aos partícipes, o fato de o discurso não se desenvolver presencialmente terá múltiplas consequências. Na mídia digital a interação entre os sujeitos é entrecortada pois o fluxo de troca não é contínuo.

Há, ademais, uma preponderância do orador, dado que ele terá muito mais liberdade de escolher e delimitar o objeto da discussão. Mas, se por um lado, a alienação do ouvinte permite que o orador desconsidere qualquer outro ponto de vista que não seja o seu, por outro, acaba privando o orador de respostas, ainda que ele as deseje.

Do lado do ouvinte, há uma severa redução da capacidade de intervir e contribuir com a produção do conteúdo. Esse alijamento pode, bem é verdade, contribuir para a assunção de uma postura passiva e indiferente pelo ouvinte, mas pode também estimular a adoção de comportamentos extremos como o fanatismo (a adesão cega ao argumento) e o cepticismo (a rejeição total), sem que haja um verdadeiro processo de reflexividade. A polarização, portanto, é a consequência natural destas posturas, seja em relação ao orador, seja, atuando em conjunto com este, contra outros ouvintes. Enfim, a virtual aproximação entre os sujeitos do discurso - conectados que estão em qualquer tempo e lugar – possui a capacidade de potencializar ainda mais tais comportamentos.

Enfim, fatores como (i) a ausência de uma verdadeira interação entre sujeitos; (ii) a preponderância do orador; e (iii) o conhecimento da realidade sempre intermediado pelos filtros da mídia; permitem uma desnaturação do objeto que se torna, gradativamente, um simulacro. Não há mais polissemia, o que afasta qualquer possibilidade de reinterpretação ou ressignificação do objeto.

Paradoxalmente, o acesso facilitado às mídias digitais permite que qualquer um produza e propague sua própria versão da realidade a uma plateia que não conhece limites no espaço ou tempo. Estas versões da verdade, carregadas de tintas subjetivas e emocionais, são as pós-verdades que retroalimentam o sistema e servem de fundamento para novas pós-verdades.

Estas são as marcas da violência que comprometem as condições essenciais para o desenvolvimento de um discurso verdadeiramente dialógico.

## Referências

BAUDRILLARD, Jean. **A transparência do mal. Ensaios sobre os fenômenos extremos.** São Paulo: Papirus, 1990.

\_\_\_\_\_. **Simulacros e simulação.** Lisboa: Relógio d'Água, 1991.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** Volume I. 6.ed. Paz e terra, 1999.

CHOMSKY, Noam. **A sociedade global.** Educação, mercado e democracia.

Blumenau, Furb, 1999.

DUARTE JÚNIOR, João Francisco. **Itinerário de uma crise: a modernidade**. Curitiba: Editora da UFPR, 1997.

ECO, Umberto. **Viagem à irrealidade cotidiana**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Direito Retórica e Comunicação. Subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1997.

MAFFESOLI, Michel. **A parte do diabo: resumo da subversão pós moderna**. Rio de Janeiro: Record, 2004.

MOUFFE, Chantal. **Democracia, cidadania e a questão do pluralismo**. Política & Sociedade, n.º 03, outubro de 2003. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/2015/1763>. Acesso em 10 de julho de 2019.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **A linguagem e seu funcionamento**. As formas do discurso. 5. Ed. São Paulo: Pontes, 1996.

PERELMAN, Chaïm. **Tratado da argumentação. A Nova Retórica**. Olbrechts-Tyteca, Lucie. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

STOPPINO, Mario. Violência. In: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998 .

THOMPSON, John B. **A mídia e a modernidade: uma teoria social da mídia**. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

WARAT, Luís Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. Ed. Porto alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

ŽIŽEK, Slavoj. Violência. **Seis reflexões laterais**. São Paulo: Boitempo, 2014.

Posth-Truth. **Oxford Dictionaries**. Oxford: Oxford University Press, 2016. <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/post-truth>>. Acesso em: 10 de julho 2019.



# A INTERNET E A DOMINAÇÃO A PARTIR DO SILÊNCIO DO OUTRO

**Rodrigo Bandeira Marra**

Professor na Universidade Iguçu. Mestrando em Direito na Universidade Católica de Petrópolis, Bolsista PROSUC/CAPEES. Especialista em Educação Inclusiva com extensão em Docência do Ensino Superior na Universidade Candido Mendes. Graduado e Licenciado em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro

## Resumo

O domínio informacional dos meios de comunicação é latente na sociedade contemporânea, o poder de persuasão dos grandes veículos direciona e seleciona o que será noticiado e o que será esquecido. A internet, a cada dia, se torna a principal maneira de adquirir informações no século XXI e também a principal maneira de divulgar ideologias fazendo uso de uma sociedade composta por indivíduos, que se tornaram imediatistas dentro de um sistema, que não se importam em avaliar, mas sim em noticiar para outrem antes de qualquer um. Desta forma e na busca de créditos por informações inéditas e atualizadas, aliado à carência de fontes e ao medo de contrariar o que é colocado como atual e pioneiro surge a Espiral do silêncio capaz de fazer calar e proporcionar a aceitação em prol de uma suposta maioria que será bem mais acolhedora do que a opinião minoritária que tende a desaparecer dentro do complexo informacional sugerindo discriminação àqueles que não coadunam com o majoritário. À medida que a tecnologia avança e o acesso à mesma se multiplica, os grupos dominadores propagam seus ideais sem a preocupação de qualquer valor ético, mas sim com a ideia de ampliar seus interesses transformando a internet no mais contemporâneo, complexo, rápido e fácil meio de influência e manipulação de massa. Neste texto será exposta a teoria da “Espiral do silêncio” para que possamos perceber como tal teoria está diretamente ligada e pode ser percebida com “olhares” atentos na denominada *World Wide Web*.

**Palavras-chave:** Dominação; Silêncio; Opinião. Internet.

## Introdução

O presente estudo objetiva investigar o quanto somos suscetíveis a concordar com outras pessoas, mesmo que internamente tenhamos visões/opiniões completamente diferentes, pelo simples fato de uma necessidade

de inserção em um grupo ou da possibilidade de sofrermos algum tipo de discriminação. Muitos indivíduos mudam suas opiniões para se aproximarem daquelas que, aparentemente, são consideradas as dominantes. Por metodologia, através de pesquisa empírica investiga-se como o fenômeno da “Espiral do silêncio”, como não exposição de pensamentos, a partir da propagação de redes sociais em ambiente virtual pode gerar uma dominação maior por parte das ideias dominantes. O estudo centra naqueles que, simplesmente, se omitem ou apontam para a concordância a fim de evitar o isolamento, críticas ou até mesmo ser motivo de chacota entre seus pares sociais. A ideia de “Espiral do silêncio” nos é colocada pela cientista política alemã Elisabeth Noelle-Neumann (1916/2010) no livro: “A espiral do silêncio: opinião pública: nosso tecido social.” Obra esta que servirá de base majoritária ao estudo.

Apresenta-se o texto em virtude do IV Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra em Portugal realizado entre os dias 16 e 18 de outubro de 2019 que procurou demonstrar a necessidade de uma visão transdisciplinar sobre a matéria. Insta salientar que entre os grupos de trabalhos relacionados para o evento, o estudo que aqui se encontra inseriu-se no simpósio de número 3 que versava sobre: Mídia, política, tecnologias e direitos humanos. Desta feita a exposição direciona-se ao sentido de lançar luz às questões referentes ao avanço das tecnologias e a necessidade de progresso no que tange ao respeito das garantias de Direitos Humanos em ambientes, não só reais e sociais, mas também virtuais.

Respeitar as opiniões alheias, dar voz às mesmas e debater socialmente é fundamental para o avanço de qualquer sociedade e, em se tratando de sociedade, por extensão podemos aludir ao avanço de todo e qualquer indivíduo que a compõe. O múnus de cada cidadão é construir uma sociedade plural, sem preconceitos e com liberdade de pensamento e expressão. Tais liberdades, na contemporaneidade, devem ser levadas em consideração nos denominados meios reais e virtuais e, necessariamente, atreladas aos Princípios de Alteridade e a todos os que concernem e possam alcançar os princípios apreçados nas declarações e tratados que tenham por desígnio pesar mão sobre os Direitos Humanos.

## **A Espiral do Silêncio**

O homem, como diria Aristóteles (1998, p. 5), é um animal cívico que precisa de vínculos e por isso o medo do isolamento por seus comportamentos, atitudes e/ou opiniões, muita das vezes, o direciona e faz com que o mesmo realize concessões até então não desejadas em um primeiro momento. A partir deste princípio, Elisabeth Noelle-Neumann (1916/2010) no livro: “A Espiral do silêncio: opinião pública: nosso tecido social.” aborda o fato de o indivíduo tender a evitar expressar opiniões quando estas não coincidem com uma opinião dominante. O texto investiga o quanto o indivíduo se deixa levar por opiniões a partir do pensamento de outro, apesar de não concor-

dar com ele, o faz em virtude da busca por uma aceitação social, repetindo discursos e/ou opiniões sem par com seus próprios pensamentos; entramos aqui, em um primeiro momento, na seara ética podendo remeter-nos a um dos textos mais icônicos de Platão em sua obra República (Livro II) quando em um diálogo entre Sócrates e um de seus discípulos, a saber: Glauco; o filósofo ateniense questionava se agimos de forma ética por medo de punição ou se somos éticos por pensarmos nos princípios da alteridade ou por não desejarmos qualquer punição<sup>1</sup>. Óbvio e ululante que não se trata aqui de uma questão de delito ou crime, mas de agirmos conforme nossa consciência ou de acordo com aquilo que é imposto por uma suposta maioria, surgindo aí o debate sobre o que seria a opinião pública e de como a mesma poderia interferir na opinião de um indivíduo.

Nesse sentido Noelle-Neumann realiza uma análise da denominada opinião pública e nos apresenta a ideia de uma “Espiral do silêncio” que direciona nossa atenção para o fato de que a atual indústria da comunicação possui um grande poderio, podendo influenciar as mais diferentes sociedades. O aparato midiático contemporâneo coloca em nosso dia a dia, como diria George Orwell na obra intitulada “1984”, um “Big Brother” capaz de vigiar nossos atos e transformar todo o nosso cotidiano. Olhar nos olhos não é mais essencial, ser olhado por olhos metafóricos de sistemas de computador em que o outro nem sempre é o que diz ser é que passa a ditar nossas ações e porque não dizer omissões. A ideia filosófica, por excelência, de indagarmos sobre nossa existência e reconhecermos a fundamental existência do outro como ente, como aquilo que é e como emissor de ideias, dá lugar à simples aceitação quando algo se apresenta como opinião da maioria ou como entendimento mais razoável a ser seguido; este modelo, porém nos remete a um sistema de controle social. O medo do isolamento, segundo Noelle-Neumann é a força ativadora da “Espiral do silêncio”, segundo a cientista política alemã:

A baixa autoestima faz com que poucas (...) pessoas se imaginem, alguma vez, estarem entre os vencedores. Parece que “seguir a multidão” descreve melhor aquilo que desejam obter aqueles que “se unem”. Mas esta situação se aplica, mais ou menos, a toda a humanidade. Quando uma pessoa se sente isolada, seu sofrimento é tal que fica fácil manipulá-la através de sua própria fragilidade (NOELLE-NEUMANN, 2017, p. 23).

1 “Faz-se alusão à alegoria de Platão denominada “o anel de Giges”, em que é narrada a história de um pastor (Giges) que servia em casa do que era então soberano da Lídia. Certa vez, quando um terremoto abriu uma fenda na terra no local onde apascentava o rebanho do seu rei, teve a oportunidade de descer ao Hades. Chegando lá, entre as coisas espantosas que viu, encontrou um cadáver com um anel de ouro no dedo. Giges tirou dele o anel e saiu dali. Depois disso, quando se reuniu com outros pastores para ir prestar contas ao rei dos seus rebanhos, virou sem querer o anel para a parte interna da mão e, ao fazer isso, notou que se tornara invisível. Quando se deu conta de que o anel tinha aquele poder, entrou na comitiva que iria se encontrar com o rei. Chegando à corte, seduziu a mulher do soberano e com a sua ajuda matou-o e tomou o poder.”

PLATÃO. **República**. Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Scipione, 2001. p.35

A alemã Elisabeth Noelle-Neumann (1916-2010), além de cientista política, estudou: filosofia, história e jornalismo na Universidade Friedrich Wilhelm e Universidade de Königsberg Albertina, especializou-se em opinião pública na Universidade de Missouri e foi professora emérita da Universidade de Mainz. Realizou estudos a partir da década de 60 do século XX analisando pesquisas de intenção de voto nas eleições na Alemanha e percebeu que a partir de tais pesquisas muitos eleitores mudavam suas opiniões, subitamente, para se aproximarem daquelas que, aparentemente, eram consideradas as dominantes. O estudo centrava naqueles que, simplesmente, se omitiam e apontavam para a concordância a fim de evitar o isolamento, críticas ou até mesmo ser motivo de chacota entre seus pares sociais. A fonte teórica direta da autora foi o pensador francês Alexis de Tocqueville (1805/1859) que ao estudar a Revolução Francesa percebeu que o furor anticlerical dos revolucionários gerou um isolamento dos defensores da Igreja.

## **A “Espiral do Silêncio” e seus Pressupostos**

Noelle-Neumann se apoia em quatro pressupostos que interligados explicam a formação, manutenção e modificação do que vai chamar de opinião pública e justificam a existência da “Espiral do Silêncio”, a saber: No primeiro consta que “a sociedade ameaça os indivíduos desviados com o isolamento” (NOELLE-NEUMANN, 2017, p.271), entendemos que o que a autora denomina como desviados não são criminosos ou pessoas que comentam algum delito, mas sim aqueles que não coadunam com a opinião da maioria que surge da chamada, grosso modo, opinião pública - termo que posteriormente será devidamente analisado em relação às suas origens e aplicações. Nas palavras de Alexandre, “a coesão social tem de ser constantemente assegurada através de um nível de acordo sobre valores e objetivos. Para assegurar este acordo, a sociedade ameaça os indivíduos que ameaçam esse consenso” (ALEXANDRE, 2018. p. 185). O segundo versa sobre a ideia de que “os indivíduos experimentam o medo constante do isolamento” (NOELLE-NEUMANN, 2017, p.271). Tal pressuposto está, diretamente, ligado ao anterior à medida que temendo o isolamento, o indivíduo, se deixa levar por toda sorte de ameaças oriundas da sociedade e acaba cedendo aos anseios da mesma através de seu silêncio. O medo é uma sensação que proporciona um estado de alerta demonstrado pelo receio de fazer alguma coisa, geralmente, por se sentir ameaçado, tanto físico como psicologicamente e sendo assim, a pessoa acaba por aceitar aquilo que ela acredita ser o mais forte para não sofrer qualquer tipo de represália. A ideia de medo sempre foi usada em sociedades primitivas para o controle social por parte dos mais poderosos para com os de menor influência; tal modelo foi verificado em várias passagens ao longo da história da humanidade. Como aduz Alexandre:

Os indivíduos experimentam um medo permanente à ameaça de

isolamento. Este medo, provavelmente genético ou desenvolvido ao longo do curso da evolução, fá-los temer serem rejeitados pelos que os rodeiam. Regra geral, os indivíduos não têm consciência desse medo, nem da ameaça de isolamento que lhe está subjacente (ALEXANDRE, 2018, p. 185).

Dando prosseguimento aos pressupostos da “Espiral do Silêncio”, o terceiro tópico decorre da ideia de que “este medo faz com que os indivíduos busquem avaliar continuamente o clima de opinião” (NOELLE-NEUMANN, 2017, p.272). Neste item, Noelle-Neumann proclama a necessidade do indivíduo com medo do isolamento buscar saber qual a opinião de maior aceitação sobre determinado assunto para ser inserir no grupo, sendo assim, ao reproduzir o pensamento dominante, que não necessariamente será o da maioria numérica, mas sim da maioria de poder e/ou representatividade vai se tornar mais bem quisto ou vai se perceber mais bem aceito entre seus pares sociais. Alexandre comenta da seguinte maneira:

Como resultado do medo de isolamento, os indivíduos observam e examinam constantemente o seu meio social. O sentido quase estatístico permite-lhes sondar e monitorizar a distribuição atual das opiniões, bem como as suas futuras tendências, seja através dos media, seja através da observação direta ou da discussão interpessoal dos assuntos (ALEXANDRE, 2018, p. 185).

O último pressuposto basilar da teoria diz que “os resultados desta avaliação influenciam no comportamento em público, na expressão pública ou no ocultamento das opiniões” (NOELLE-NEUMANN, 2017, p.272), ou seja, para a autora o medo acaba sendo a válvula motora das ações sociais do indivíduo que deseja se inserir em uma sociedade sem sofrer qualquer tipo de indagação, entendendo que a aceitação a princípios que nem sempre são aceitos pelo mesmo é mais interessante do que questioná-los. Aduzindo da seguinte maneira:

A teoria da Espiral do silêncio se apoia no pressuposto de que a sociedade – e não somente os grupos nos quais as pessoas se conhecem mutuamente – ameaça os indivíduos com o isolamento e a exclusão social daqueles que se desviam do consenso. Os indivíduos, por sua vez, têm medo do isolamento que é em grande parte subconsciente e provavelmente determinado de modo genérico. Este medo do isolamento faz com que as pessoas busquem comprovar constantemente quais são as opiniões e comportamentos aprovados ou desaprovados no seu meio, e quais deles estão ganhando ou perdendo força (NOELLE-NEUMANN, 2017, p. 271).

Coadunado por Alexandre:

A disposição do indivíduo para assumir em público o seu ponto de vista depende da avaliação que faz acerca da distribuição atual das

opiniões e da sua evolução futura. As pessoas estão mais predispostas a exprimir publicamente as suas opiniões quando pressentem que a maioria está, e estará, do seu lado. Por outro lado, tendem a silenciar-se e a ser cautelosas quando pressentem que estão, e estarão, do lado de uma minoria (ALEXANDRE, 2018, p.186).

A inclinação das pessoas a expressarem suas opiniões quando convenientes ou silenciarem quando contrárias acaba por gerar uma espécie de opinião que se apresenta como sendo da maioria, que muitas das vezes parte da falta de coragem de alguns indivíduos em manifestar suas ideias, sendo que na verdade correspondente a uma minoria numérica que se expressa tornando-se influente, representativa e de certa maneira poderosa e que só se desenvolve a medida que a maioria numérica se cala e se submete à influência. Como destaca a cientista política:

Se as pessoas creem que sua opinião faz parte de um consenso, expressam-se com confiança em conversas públicas ou privadas, manifestando suas convicções seja com *bottons*, adesivos, mas também pela roupa que vestem e outros símbolos publicamente perceptíveis. Inversamente, quando as pessoas se sentem em minoria tornam-se prudentes e silenciosas, reforçando assim a impressão de fraqueza, até que o grupo aparentemente mais fraco desaparece, sobrando apenas um núcleo duro que se aferra a seus valores anteriores, ou até que a opinião converta-se em um tabu (NOELLE-NEUMANN, 2017, p. 271).

Noelle-Neumann percebe a opinião pública como uma forma de controle social que integra e legitima determinadas ações e decisões sociais. Assim sendo: “Pressão para o conformismo, medo do isolamento – estes são os conceitos que temos de manter em mente se quisermos compreender a teoria que descreve as dinâmicas da opinião pública em situações em que o clima de opinião está a mudar” (NOELLE-NEUMANN & PETERSON, 2004, p. 347), ou seja, “para garantir a coesão do todo ou do sistema, a sociedade exerce uma pressão permanente sobre o indivíduo, ameaçando-o com o isolamento, a marginalização e a exclusão. O controle social só é eficaz na medida em que existe o medo do isolamento, o qual resulta do desejo do indivíduo em evitar sanções sociais que o isolem e marginalizem” (ALEXANDRE, 2018, p. 188). Não deve haver dissociação entre a ameaça e o medo do isolamento, pois devem caminhar juntas à medida que “O medo do isolamento é constitutivo da natureza social do homem e é, provavelmente, determinado geneticamente ou pode ser também o resultado do processo de evolução humana” (NOELLE-NEUMANN, 1995<sup>a</sup>, p. 253). A autora afirma que a maioria dos indivíduos atribui mais importância ao risco de ficarem isolados do que à sua própria opinião.

## O Silêncio e as Pesquisas de Opinião

O silêncio por medo de discriminação, por medo de isolamento, por medo de toda sorte de castigos possíveis e inimagináveis nos remete ao modelo mítico onde a fé, o próprio medo e a falta de conhecimento dava luz àquilo que ninguém conseguiria desvendar; calar nos torna comuns, comuns a um sistema que nem, ao menos, sabemos se está correto ou se é válido, porém nos dá uma falsa sensação de segurança mesmo que dentro de uma alegórica caverna platônica presos aos nossos grilhões, mesmo dentro de uma sociedade presos a um modelo de vida imposto por aqueles que não indagamos e calamos em troca de uma pretensa, mas não real tranquilidade interior ou tranquilidade ideológico-social. Deste modo acabamos por nos transformar em personagens com o intuito da adequação a um sistema, tornamo-nos, não o que desejamos, mas sim no que nos transformará em sujeitos aceitáveis socialmente, como reflete a escritora ucraniana naturalizada brasileira Clarice Lispector (1920/1977):

(...) abria-se em mim a larga vida do silêncio, a mesma que estava no sol parado, a mesma que estava na barata imobilizada. E que seria a mesma em mim! Se eu tivesse coragem de abandonar... de abandonar meus sentimentos? Se eu tivesse coragem de abandonar a esperança. A esperança de quê? Pela primeira vez eu me espantava de sentir que havia fundado toda uma esperança em vir a ser aquilo que eu não era. A esperança – que outro nome dar? – que pela primeira vez eu agora iria abandonar, por coragem e por curiosidade mortal. A esperança, na minha vida anterior, teria se fundado numa verdade? Com espanto infantil, eu agora duvidava. Para saber o que realmente eu tinha a esperar, teria eu antes que passar pela minha verdade? Até que ponto até agora eu havia inventado um destino, vivendo no entanto subterraneamente de outro? (...) (LISPECTOR, 1994. p. 62).

O se deixar levar por interesses alheios, de maneira não espontânea e sem a percepção disto, é o que se encontra no âmago da “Espiral do silêncio” onde ao centro estará o indivíduo que se deixa levar por tudo aquilo que está ao seu redor, que se apresenta como majoritário e, plausivelmente, passível de ser seguido.

O fato do indivíduo se calar quando percebe que o lado oposto é mais influente mesmo não sendo maioria nos remete aquele que é considerado o primeiro grande texto do mundo ocidental. No segundo livro da *Ilíada*, Homero narra uma cena próxima à praia em que Agamenon convoca uma reunião citando uma série de argumentos a favor de terminar a guerra, que já ocorria há nove anos, e voltar para casa. Em meio à discussão e opiniões a favor e contra o fim da guerra entre os soldados um grupo acaba se destacando e persuadindo vários companheiros de um ponto de vista. Em meio ao caos gerado pela situação os de alta patente tentavam impor ordens para que os demais se calassem e sentassem. Ulisses (Odisseu) enfrenta os soldados que

mais gritam com golpes e acaba isolando um dos líderes a favor da debandada (Tersites) pegando-o como exemplo e começando a escarnecer do mesmo em virtude de sua aparência física, sendo considerado o mais feio entre todos e segue com ameaças:

(...) dos cercantes feíssimo, era manco, Vesgo e giboso, e tinha o peito arcado E em pontuda cabeça umas falripas. (...) Pare a cantiga, charlador Tersistes, “Abarbar-te com reis tusó não queiras: Escória dos sectários dos Atridas, Na língua os teus balofa e audaz censura? Vil pela fuga opinas: duvidamos Se é bem, se é mal, que efeito isso produza; Mas porque vituperas Agamêmnon, O maior potentado, nos é claro: De heróis te pesa dádivas receba. Guar-te que eu te inda veja em tais loucuras. Fora mesmo a cabeça tenha Ulisses, nem pai do meu Telémaco me chamem, Se não te agarro e dispo-te os vestidos, Capa, túnica e o mais que o pudor vela, Se, da assembleia expulso e azorragado, Choramingando às naus te não remeto” (HOMERO, 2009, p.63-65).

Apesar da maior parte do militares pensar como Tersistes, o riso após considerações de Ulisses sobre o físico do mesmo se espalha entre os soldados fazendo com que manifestações contrárias ao interesse do Odisseu acabassem sendo silenciadas, fazendo com que os soldados voltassem a sentar e aceitassem pela continuação da guerra enquanto Tersistes quedava-se sozinho. A ameaça de isolamento, então, percebe-se no texto homérico a partir do riso fazendo com que aqueles do lado oposto se calassem para evitar serem eles alvos do escárnio.

Poucos indivíduos confiam em si mesmos quando confrontados com opiniões diferentes das suas, o medo do isolamento é maior do que o medo do erro. Noelle-Neumann cita uma série de pesquisas para comprovar a existência da “Espiral do silêncio”, dentre elas uma realizada, a partir da acuidade visual dos indivíduos, pelo psicólogo social polonês-americano Solomon Asch na década de 50 do século XX, nos Estados Unidos, em que um entrevistado iria analisar quatro linhas disponíveis:

Consistia em apresentar aos indivíduos do experimento três linhas, sobre as quais deviam dizer qual delas teria o comprimento mais parecido ao de uma quarta linha. Uma das três era sempre exatamente igual à quarta. À primeira vista, a tarefa parecia fácil. A correspondência correta era muito evidente e todos os pesquisados acertavam com facilidade. Em cada sessão, participava entre oito e dez pessoas. A linha de referência e as três outras linhas de comparação eram colocadas de uma maneira que todos as podiam ver. Em seguida, todos os indivíduos pesquisados, começando pela esquerda, diziam qual das linhas lhes parecia mais semelhante à quarta linha. Esse procedimento se repetia doze vezes em cada sessão (...). Depois de duas rodadas de acerto de todos os participantes (...), os ajudantes do experimentador passaram a declarar que a linha correta era uma notoriamente desigual (...). De cada dez indivíduos, dois mantive-



Asch queria demonstrar como o poder do grupo influenciava nas decisões de um indivíduo, desta forma provaria que a vontade de se inserir ao grupo ocasionava, na maioria das pessoas, uma possibilidade de mudança de opinião ou simplesmente de silenciar compactuando com a maioria para não sofrer com discriminações ou indiferenças. No início do experimento enquanto todos respondiam acertadamente aquilo que era óbvio não havia problema, porém, a partir da terceira pergunta ajudantes do pesquisador pronunciavam de maneira propositada e em conjunto respostas diferentes das percebidas por aqueles que não seriam ajudantes, ou seja, os analisados. Quando só havia um sendo analisado, o sujeito nega a evidência dos próprios olhos e segue a resposta dada pelo grupo, a cada dez indivíduos analisados apenas dois respondiam como de fato percebiam com a motivação de que ao notar que seria apenas ele diferente, o grupo deveria ter razão afinal ou talvez ele pudesse estar com algum problema de vista, por exemplo, fato este que o fazia concordar com os demais sem questionar sua própria opinião e/ou percepção. Uma confiança sem ressalvas naqueles que surgiam como maioria e o tornaram o único com distorção de ideia. Em um segundo momento do experimento, um dos voluntários dava a resposta correta o que acabava fazendo com que o sujeito analisado se sentisse mais seguro para emitir sua opinião tendo sido registrado o número de 5% entre aqueles que continuavam seguindo o grupo, ou seja, em caso de opiniões contrárias às suas, o sujeito tende mais ao medo do isolamento do que tentar impor sua percepção. Tal experiência foi realizada partindo de uma tarefa inofensiva, qual seja: a simples opinião sobre o tamanho de uma linha sem qualquer possibilidade de causar um transtorno à vida do indivíduo analisado e mesmo assim a maioria se cala no momento de contrariar a opinião alheia, desta feita se observarmos temáticas sociais relevantes com possíveis transtornos e/ou punições o experimento de Asch nos mostra que compartilhamos opiniões por medo do isolamento e acabamos seguindo a opinião dominante.

Nas pesquisas de intenção de voto, por meios virtuais, também encontramos o fenômeno da Espiral do silêncio. Em recente pesquisa realizada durante o processo eleitoral brasileiro em 2018 sobre exposição de ideias políticas em redes sociais, onde diversos indivíduos buscam, muitas das vezes, de forma desenfreada chamar a atenção, conquistar novos amigos e criar boas imagens de si, 300 pessoas de idades entre 16 e 64 anos, escolhidas aleatoriamente em diferentes classes sociais e formação educacional, foram entrevistadas. A partir de então se aferiu que 81% responderam que expunham sua opinião política para amigos próximos, porém, na rede virtual, apenas 38,3% colocavam ou colocariam em redes sociais suas preferências, sendo que a abstenção sobre o tema era justificado em virtude do risco de perder contatos em suas páginas de relacionamentos virtuais.

## Internet e a Facilidade de se Propagar uma Ideologia

O espantoso desenvolvimento dos meios de comunicação a partir do advento da internet provocou mudanças das relações em todas as esferas da sociedade, o chamado à comunicação se tornou frequente, carregamos conosco um imenso aparato midiático com o qual somos capazes de: ouvir músicas, ler notícias em tempo real, ver vídeos, regozijar com piadas, receber convites, consultar saldo bancário, fazer compras, mandar mensagens, contatar outras pessoas e acessar todo tipo de entretenimento. Por outro lado, percebemos que o mau uso dos equipamentos pode gerar uma série de vilipêndios que podem até figurar elencados entre os crimes de maior de rejeição na literatura legal. O silêncio ou não participação ativa no sistema gera repreensão, é necessário responder prontamente a um chamado, a ansiedade do outro pode gerar diferentes sentimentos, provocar inúmeras elucubrações e até mesmo potencializar monitoramentos digitais por parte de outrem. É necessário responder, responder sem tempo de analisar e neste interim a simples aceitação acaba sendo uma constante saída para aqueles que não querem se desgastar nas relações. A “Espiral do silêncio” se apresenta aqui na concordância, porém é cabível lembramos que o majoritário nem sempre é o melhor.

O sistema social, também com as influências do que ocorre em redes virtuais, é capaz de selecionar aqueles que serão alçados à ordem dominante e/ou submetidos aos domínios. O ideal de se criar uma minoria submissa a uma pretensa maioria ganha voz e se propaga, cada vez mais, por redes de comunicação via internet, fazendo com que, em muitos casos, a chamada opinião pública aja com a finalidade de que, com a manipulação de informação objetivando gerar uma massa de indivíduos que se omitam de suas funções de atores ativos do desenvolvimento social de seu tempo, cada indivíduo influenciado ou notadamente influenciável seja alocado como mero coadjuvante, sendo assim, complacente com opiniões e/ou ideologias alheias sem qualquer tipo de base e/ou fundamento. Tal azo proporcionaria a possibilidade de instituir uma noção de inferioridade à alguns grupos que, se for realizada uma análise mais apurada dentro da sociedade, são numericamente superiores em relação àqueles com opiniões contrárias, porém são considerados grupos minoritários por suas possibilidades de participações, forças políticas e, principal e fundamentalmente, seus poderios dentro de sistemas excludentes e preocupados com uma lógica de interesses de mercado.

Noelle-Neumann, em suas leituras, encontra correspondência à “Espiral do silêncio” em autores como: Maquiavel, Hobbes, Locke, Hume, Rousseau, Lutero entre outros e em Alexis de Tocqueville que escreveu como o silêncio da Igreja católica na França do século XVIII foi preponderante para o desenvolvimento das ideias iluministas, diante da omissão de manifestação da instituição a população tendia à aceitação dos novos ideais:

Os que continuavam crendo nas doutrinas da Igreja tinham medo de ficar sozinhos em sua fidelidade e, temendo mais a solidão do

que o erro, declaravam compartilhar das opiniões da maioria. Deste modo, o que era somente a opinião de uma parcela do país chegou a ser considerado como a vontade de todos e a parecer, por isso, irresistível, inclusive para os que haviam contribuído para gerar essa falsa aparência (TOCQUEVILLE, 1952, p. 207, apud NOELLE-NEUMANN, 2017, p. 24-25).

A conclusão de que não estamos rodeados por elos de simpatia, mas sim cercados por possíveis exclusões nos remete à fragilidade humana à medida que quando percebemos que podemos sentir-nos isolados acabamos por aceitar aquilo que nos é imposto, ou seja, um sujeito que se sente isolado se abre à possibilidade, sem se dar conta disto, de ter seus pensamentos influenciados por outrem sendo facilmente manipulado por qualquer ideia ou ideologia benéfica apenas ao dominador como colocado pelo sociólogo alemão Max Weber (1999, p. 324) na sua forma de dominação carismática em que o dominado acaba cedendo a qualidades mágicas, de retórica, excepcionais e até mesmo sobrenaturais da figura do senhor.

(...) o medo do isolamento é a força ativadora da Espiral do silêncio. Seguir a multidão constitui um estado de relativa felicidade. Mas se esta opção não é possível, quando não se quer compartilhar em público uma convicção aceita aparentemente de modo universal, ao menos possível permanecer em silêncio, uma segunda opção para continuar sendo tolerado pelos demais (NOELLE-NEUMANN, 2017, p. 23).

Aparece aqui a ideia de algo que o ser humano vive em constante busca, nos mais diferentes meios, justificando a omissão e/ou a mudança de intenção de voto a partir do silêncio qual seja: A felicidade.

O tema da felicidade é explorado na internet, especialmente, em redes sociais. Não existem mazelas nas vidas das pessoas na rede, muitos sorriem e compartilham momentos bons demonstrando prosperidade e apelando atenção com imagens e/ou textos tendo o cuidado de não afastar supostos amigos e conseguir novos. O universo da felicidade digital se torna propício para a propagação de falsos anúncios de produtos e serviços que coadunados com falsos relatos levam o indivíduo ao desejo fetichista de se adquirir vantagem e melhorar de vida. Inúmeros crimes são oriundos da internet, especialmente, em redes sociais e sítios de compras, o valor mais baixo, o produto raro, a sedução de uma companhia, o serviço alcançável tornam-se motivações para o deleite de criminosos que aproveitam as fragilidades humanas para entrarem em ação. O domínio de quem está com o controle da situação se potencializa à medida que não se conhece, exatamente, quem ele é, disparando assim, a “Espiral do silêncio” que mediante ameaças e/ou receios por parte da parte dominada acaba ratificando seu mote.

## Considerações Finais

O fato de a internet possibilitar um incontável e inimaginável potencial de disseminação de ideias para todos os recantos do planeta faz com que cada indivíduo tenha de que se portar como uma espécie de sentinela de informações divulgadas e compartilhadas. O silêncio na rede, muita das vezes, sugere aceitação e aceitação, nada mais é, do que aquilo que é desejado por quem está na posição de comando. É aquilo que vai fazer uma ideologia ser passada adiante sem com que as pessoas percebam que ideologias geram lucros especial ou exclusivamente àqueles que a criam.

As chamadas “*Fake News*” assolam nossos noticiários e redes sociais propagando uma série de notícias falsas que rapidamente se tornam conhecidas e não questionadas podem provocar grandes danos sociais. Os conglomerados de mídia divulgam através da denominada “*Agenda setting*”, apenas, aquilo que é necessário e interessa a um sistema ou a algum grupo financeira ou politicamente forte, ou seja, selecionam as notícias que chegarão em nossas residências ou redes de relacionamento. Sendo assim, *mister* procurarmos várias fontes de informação e mantermos nossas atenções antes de consumirmos, aceitarmos ou transmitirmos qualquer tipo de informação.

Não se pode olvidar que a valorização do silêncio se dá à medida que o mesmo seja produtivo, ou seja, o silêncio do tempo em que se procura uma fundamentação antes de qualquer resposta é essencial para o cidadão se portar da melhor maneira possível, qual seja: analisando o que perpassa ao seu redor com o intuito de buscar soluções adequadas em meio a uma avalanche de pressões ideológicas com informações que reboam por todos os lados da sociedade contribuindo, assim, para uma melhor existência de todos com todos e de forma ética fazer valer a ideia do ser para o outro e especialmente do ser com o outro, valorizado e respeitado em sua diversidade.

## Referências

ALEXANDRE, José Carlos. **Uma Genealogia da Espiral do Silêncio**: A expressão da opinião sobre as praxes acadêmicas. Portugal: Editora LabCom.IFP, 2018.

ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Roberto Leal Ferreira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

HOMERO. **Iliada**. trad. Manuel Odorico Mendes. 2.ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

LISPECTOR, Clarice. **A Paixão Segundo G.H.** Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1994.

NOELLE-NEUMANN, Elisabeth. **A espiral do silêncio**: opinião pública: nosso tecido social. Trad. Cristian Derosa. Florianópolis, SC: Estudos Nacionais, 2017.

\_\_\_\_\_. **La espiral del silencio**: opinión pública - nuestra piel social. Barcelona: Paidós, 1995a.

NOELLE-NEUMANN, E. & PETERSON, T. **The spiral of silence and the social nature of man.** In L. E. Kaid (Ed.), Handbook of political communication research (p. 339-356). Mahwah, NJ: Lawrence Erlbaum, 2004.

ORWELL, George. 1984. Trad. Alexandre Hubner e Heloísa Jahn. 10. ed. São Paulo: Cia das Letras, 2009.

PLATÃO. **República.** Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Scipione, 2001.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América:** sentimentos e opiniões: de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade:** fundamentos da sociologia compreensiva. v.2. São Paulo: Imprensa oficial. 1999.

# LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO NA ÓTICA DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: UNIÃO EUROPEIA E BRASIL

**Juliana Falci Sousa Rocha Cunha**

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
Doutoranda em Ciências Jurídico-Empresariais, Mestre em Direito Empresarial,  
Pós-graduada em Direito Empresarial e em Direito Civil,  
Graduada em Direito e em Administração de Empresa.

## **Resumo:**

A evolução tecnológica impacta na sociedade global e no Direito, apresentando diversos desafios, como a proteção de dados pessoais. Os Estados democráticos se caracterizam pelo direito à liberdade de expressão, previsto em instrumentos internacionais e em legislações nacionais, sendo um dos desafios o equilíbrio deste direito fundamental com outros direitos de mesma categoria, como o direito à privacidade. Analisaremos a liberdade de expressão e informação sob a ótica da proteção de dados pessoais, especialmente com relação ao Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais do Brasil. O objetivo deste trabalho é refletir sobre o direito fundamental à liberdade de expressão e informação com relação à proteção de dados pessoais, no que tange às legislações da União Europeia e do Brasil, com apontamento no tocante à Portugal. Para a elaboração deste trabalho a metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e exploratória.

**Palavras-chave:** Liberdade; Expressão; Informação; Proteção; Dados pessoais.

## **Introdução**

O presente trabalho aborda a liberdade de expressão e informação sob o enfoque da proteção de dados pessoais, em especial na União Europeia e no Brasil.

Inicialmente é analisado o tema com relação ao Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, sendo feitas algumas considerações à respeito da legislação portuguesa que aborda a matéria, bem como à Lei Geral e Proteção de Dados Pessoais do Brasil.

Em seguida, foram realizados comentários com relação às reivindicações que surgiram na União Europeia no que tange à adoção do Regulamento (UE) 2016/679 e à proteção da liberdade de expressão e informação, tendo sido abordadas particularmente algumas pretensões que surgiram em Portugal.

Desta forma, verificou-se que na União Europeia foi possível o balanceamento dos direitos fundamentais à proteção de dados e à liberdade de expressão e informação através da delegação às legislações nacionais a adoção de derrogações e isenções pertinentes. Já quanto ao Brasil, a legislação específica de proteção de dados buscou equilibrar tais direitos, os quais ela considera como princípios.

## **A liberdade de expressão e informação à luz do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia e da Lei de Proteção de Dados Pessoais do Brasil**

A liberdade de expressão e informação merecem especial atenção no que tange à proteção de dados pessoais, sendo referidas tanto no Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD (Regulamento (UE) 2016/679) da União Europeia quanto na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD (Lei 13.709/2018) do Brasil.

### **Regulamento Geral de Proteção de Dados**

O RGPD prevê o direito dos Estados Membros conciliarem “(...) as normas que regem a liberdade de expressão e de informação, nomeadamente jornalística, académica, artística e/ou literária com o direito à proteção de dados pessoais (...)”, ou seja, eles poderão adotar isenções e derrogações<sup>1 2</sup> visando o equilíbrio de tais direitos fundamentais<sup>3</sup>, sendo que se houveram divergências de um Estado-Membro para outro deverão ser admitidas as isenções e derrogações do Estado a que esteja sujeito o responsável pelo trata-

1 O art. 9 da Diretiva 95/46/CE, a qual tratava de proteção de dados pessoais, também dispunha no mesmo sentido, sendo que baseado neste artigo foi proferido acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia no processo C-73/07, que esclareceu que “(...) as isenções e derrogações previstas no artigo 9.º da directiva são aplicáveis não só às empresas de comunicação social mas também a qualquer pessoa que exerça a actividade de jornalismo.”

2 O n. 2 do art. 85 do Regulamento (UE) 2016/679 especifica as isenções e derrogações que podem ser adotadas pelos Estados-Membros com relação ao tratamento realizado para fins jornalísticos, como, o capítulo V (transferência de dados pessoais para países terceiros e organizações internacionais), o capítulo VI (autoridades de controle independentes) e o capítulo IX (situações específicas de tratamento de dados), ou seja, como afirma Calvo (2018, p. 169), as exceções não podem abranger todo o conteúdo do Regulamento Geral de Proteção de Dados.

3 Segundo Pinheiro (2018a, p. 651) a possibilidade de isenções e derrogações por parte dos Estados-Membros deve-se ao fato destes quando da tramitação do RGPD não terem chegado a um “acordo institucional”, o que se deve tantos às diferentes tradições nacionais quanto às disparidades em termos de normas constitucionais.

mento de dados (Considerando 153 e art. 85).

Este Regulamento também esclarece que o direito ao esquecimento não se aplica ao tratamento de dados necessário ao exercício da liberdade de expressão e informação (letra a do n. 3 do art. 17), o que já foi amplamente debatido pela doutrina.

Finalmente, mas não menos importante o n. 1 do art. 11 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia assegura que não pode haver “(...) ingerência de quaisquer poderes públicos (...)” quanto ao direito à liberdade de expressão e informação, sendo que o n. 2 do mesmo artigo acrescenta que devem ser “(...) respeitados a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social.”<sup>4</sup>

## Portugal

A Constituição da República Portuguesa dispõe no art. 37 sobre o direito à liberdade de expressão e informação, sendo que de acordo com o n. 2 de tal artigo, este direito não pode ser impedido e discriminado. Já o n. 4 do art. 37 garante às pessoas singulares e coletivas o direito de resposta e retificação, bem como de serem indenizadas por eventuais danos. Outrossim, o art. 38 trata do direito à liberdade de imprensa e meios de comunicação social.

Além disto, segundo o n. 3 do art. 11 da Lei 67/1998, a qual tratava da proteção de dados pessoais quando da vigência da revogada Diretiva 95/46/CE, no caso de tratamento de dados para fins exclusivamente jornalísticos ou de expressão artística ou literária, o direito de acesso seria exercido através da Comissão Nacional de Proteção de Dados - CNPD, salvaguardada “(...) a liberdade de expressão e informação, a liberdade de imprensa e a independência e sigilo profissional dos jornalistas.”. Ademais, o n. 4 do mesmo artigo destacava que em determinados casos, entre eles, a possibilidade de prejudicar a liberdade de expressão e informação ou liberdade de imprensa, a CNPD deveria “(...) limitar-se a informar o titular dos dados das diligências efectuadas.”<sup>5</sup>

Entretanto, atualmente encontra-se em vigor a Lei 58/2019, que assegura a execução do Regulamento Geral de Proteção de Dados, dispõe no art. 24 sobre a liberdade de expressão e informação. O n. 4 de deste artigo esclarece que a liberdade de expressão não legitima a divulgação de dados pessoais

4 Ao tratar do referido dispositivo, Kelleher e Murray (2018, p. 23) afirmam que o Tribunal de Justiça da União Europeia abordou questões relacionadas ao balanceamento entre o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade em alguns julgados, entre eles, os processos C-101/01 (Lindqvist) e C-131/12 (Costeja González).

5 Especialmente com relação à Lei 67/1998 e a atividade jornalística, a Comissão Nacional de Proteção de Dados portuguesa oportunamente esclareceu que esta lei: a) “(...) consagra um **regime de exceção** para a actividade jornalística, tendo em conta precisamente o princípio constitucional da liberdade de imprensa (Artº 38º da CRP).”; b) “(...) não prevê, em caso algum, que o jornalista viole o segredo profissional, ficando totalmente salvaguardadas as fontes de informação.” e c) “(...) só se aplica ao tratamento de dados pessoais contidos em ficheiros, isto é, um conjunto estruturado de dados pessoais. (...)”.



(como, endereço, telefone e e-mail), salvo aqueles de conhecimento público. Especialmente quanto à atividade jornalística, o n. 1 do mesmo artigo afirma que a proteção de dados nos termos do Regulamento (UE) 2016/679 e da Lei 58/2019 “(...) não prejudica o exercício da liberdade de expressão, informação e imprensa (...)”, sendo que, o n. 3 do art. 24 destaca que “o tratamento para fins jornalísticos deve respeitar a legislação nacional sobre acesso e exercício da profissão.”

## Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

No Brasil, o inciso IV do art. 5 da Constituição da República dispõe que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”. O inciso IX do mesmo artigo acrescenta que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;”. Desta forma, a Carta Magna assegura a livre comunicação e o livre debate de ideais e opiniões, o que é base de uma sociedade democrática.

Quanto à LGPD, o inciso III do art. 2 determina que “a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;”<sup>6</sup> são fundamentos da proteção de dados pessoais, assim como, a privacidade<sup>7</sup> (inciso I) e a autodeterminação informativa (inciso II). Desta feita, Maldonado e Blum (2019, p. 33) asseveram que “(...) a LGPD, ao citar expressamente como fundamento a liberdade de expressão, já demonstra, *prima facie*, sua intenção de garantir a conciliação do almejado equilíbrio de preceitos legais. (...)”.

Assim sendo, com relação ao equilíbrio dos fundamentos previstos no seu art. 2 Cots e Oliveira (2018, p. 68) esclarecem que:

(...) se a liberdade de expressão viola direitos de terceiros, especialmente relativos ao tratamento não autorizado de dados pessoais, e se o tratamento realizado qualquer que seja ele, não se enquadra nas exceções previstas na LGPD (artigo 4º), deve-se dar preferência à proteção da privacidade, tendo em vista que o rol de exceções é taxativo.

Além disto, a letra a do inciso II do art. 4 da Lei 13.709/2018 prevê que esta legislação não se aplica ao tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivamente jornalístico e artístico.<sup>8 9</sup>

6 Cots e Oliveira (2018, p. 65) reconhecem “liberdade” como a ausência de oposição, impedimento e “expressão” como a “(...) manifestação ou externalização de algo ou alguma coisa.”

7 Cots e Oliveira (2018, p. 67) ao comentarem sobre a liberdade de expressão e o direito à privacidade defendem que ambos atendem “(...) à demanda social de proporcionar o desenvolvimento humano.”

8 Ao comentar o art. 4 da Lei 13.709/2018, Pinheiro (2018b, p. 57) alega que “(...) o tratamento de dados pessoais deve seguir um propósito certo e funcional, mas que não supere a liberdade de informação e expressão, a soberania, segurança e a defesa do Estado. (...)”.

9 Quanto às exclusões da aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados, tais como, para o tratamento para fins jornalísticos, artísticos e de pesquisa, bem como para fins de segu-

Por fim, o Capítulo IV da LGPD aborda o tratamento de dados pessoais pelo poder público. Neste contexto, é essencial atentar para a Lei 12.527/2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação, que regula o direito de acesso dos cidadãos às informações de interesse público<sup>10</sup> com relação à autarquias, fundações públicas e outras entidades e órgãos públicos, bem como para a Lei 9.507/1997, chamada de Lei do “Habeas Data”.

Com relação à Internet, o caput do art. 2 da Lei 12.965/2014, denominada Marco Civil da Internet - MCI, estabelece que o uso da Internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão. Ademais, o art. 3 determina que os seus princípios de tal uso são, por exemplo, a liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento (inciso I), a proteção da privacidade (inciso II) e a proteção dos dados pessoais (inciso III), enquanto que o inciso II do art. 4 estipula que a disciplina do referido uso tem por objetivo a promoção, por exemplo, do acesso à informação. Finalmente, art. 8 do MCI esclarece que o direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações são essenciais para o direito de acesso à Internet.

Apesar do acima exposto, ao tratar da liberdade de expressão sob o enfoque brasileiro, é preciso também considerar outros instrumentos legais internacionais, como a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Declaração Universal de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, os quais posteriormente poderão ser objeto de estudo específico.

## **Reinvindicações com relação à liberdade de expressão e informação na União Europeia**

Antes da entrada em vigência do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais, algumas organizações representativas da área de comunicação social demonstraram preocupação às instituições europeias e nacionais no que se refere à restrição à liberdade de expressão e informação.

Naquela ocasião, o Regulamento já havia sido aprovado, contudo, tais organizações solicitavam que com a sua entrada em vigor ocorresse uma transição equilibrada no que tange à liberdade de expressão e informação, respeitando assim a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais e a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

---

rança pública, defesa nacional e segurança do Estado, Barbosa (2019, citada por Gallas (2019)), defende que “(...) uma exceção tão ampla é um grande problema da legislação, principalmente por conta “dos aspectos do vigilantismo e da criminalização, que podem ser exacerbados em governos mais autoritários.” (...)”.

10 Lopes (2019, p. 139) ao tratar de interesse público e proteção de dados, sob a ótica do art. 23 da LGPD, admite que “(...) a persecução do interesse público deve se dar com vistas: (i) à execução das competências próprias de cada órgão; ou (ii) ao devido cumprimento do serviço público.”

Como já tratado, tal equilíbrio (isenções e derrogações) deve ser exercido através da legislação dos Estados Membros, de acordo com o Considerando 153 e o artigo 85, ambos do Regulamento (UE) 2016/679, valendo destacar que o n. 2 de tal artigo enumera as derrogações e isenções que podem ser realizadas no que tange ao tratamento efetuado para fins jornalísticos. Com relação a isto, Bourgeois (2017, p. 144) ensina que “(...) toutefois, celui-ci laisse aux États membres la possibilité de déroger – notamment – aux dispositions du “chapitre III”, au sein duquel sont logées les dispositions prévoyant l’obligation d’information. (...)”.

## **Portugal: reinvidicação quanto à proteção da atividade jornalística e da mídia em relação ao RGPD**

Em Portugal o Sindicato dos Jornalistas et al. (2018, p. 2) reforçaram a necessidade da Assembleia da República excluir “(...) a atividade jornalística e os média em geral da aplicação dos capítulos do Regulamento em causa, o que, a não se verificar, pode resultar em severas limitações à liberdade de expressão e informação em Portugal.”

Em 26 de Março de 2018 foi apresentado pelo Governo de Portugal o Projeto de Lei 120/XIII, que visava assegurar a execução, na ordem nacional, do Regulamento (UE) 2016/679. À tal proposta foram apresentadas inúmeras contribuições, como a da Associação Portuguesa de Imprensa, a qual solicitou a revisão do art. 24 de tal Projeto, visando assim com que fosse permitida “a mais ampla derrogação e isenção”, nos mesmos termos da Lei 67/1998 (n. 6 do art. 10 e ns. 3 e 4 do art. 11), sob pena de ser comprometida a liberdade de imprensa. O Projeto de Lei foi objeto de discussões e alterações posteriores pelo Parlamento, tendo sido aprovado e convertido na Lei 58/2019, conforme referido previamente.

## **Conclusão**

Com o novo Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais da União Europeia foi necessário que os Estados-Membros analisassem a possibilidade de implementação de derrogações e isenções legais admitidas, as quais podem ser adotadas através de medidas legislativas.

Desta feita, sendo eventualmente verificado que os Estados-Membros estão concedendo extensão diferenciada a tais exceções caberá à Autoridade de Controle Central intervir nos temas de maior relevância e sensibilidade.

Portugal, por exemplo, adotou a Lei 58/2019, que assegura a execução do Regulamento (UE) 2016/679 no território nacional, tendo como diversos Estados-Membros, disciplinado a liberdade de expressão e informação com relação à proteção de dados. Diversas foram as críticas apresentadas ao Projeto de Lei 120/XIII que culminou na referida legislação, tendo sido necessárias adequações, como no caso do art. 24 que trata da liberdade de expressão e

informação.

No Brasil, mesmo com a proteção constitucional da liberdade de expressão e informação, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais enfrentou a questão em comento, tendo considerado “a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião” (inciso III do art. 2) como fundamento da proteção de dados pessoais.

Enfim, nos últimos anos o direito à liberdade de expressão e informação foi amplamente discutido em termos de proteção de dados, tendo sido realizados ajustes legislativos pertinentes tanto na União Europeia quanto no Brasil.

## Referências

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. **Proposta de Lei 120/XIII**, assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (UE) 2016/679, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

BOURGEOIS, Matthieu. **Droit de la données: principes théoriques et approche pratique**. Paris: LexisNexis, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de Outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.507**, de 12 de Novembro de 1997. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data.

\_\_\_\_\_. **Lei 12.527**, de 18 de Novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. **Lei 12.965**, de 23 de Abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil (Marco Civil da Internet).

\_\_\_\_\_. **Lei 13.709**, de 14 de Agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

CALVO, José López. **Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos**. Madrid: Sepín, 2017.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. **Lei de Protecção de Dados e a actividade jornalística**: Esclarecimento. Disponível em: <<https://www.cnpd.pt/bin/relacoes/comunicados/29-12-98.HTM>>. Acesso em: 06 nov. 2019.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei Geral de Protecção de Dados Pessoais Comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018.

GALLAS, Luciano. **Protecção de Dados**: Lei apresenta avanços, mas não esgota desafios à privacidade e liberdade de expressão, 05 de Fevereiro de 2019. Disponível em: <<http://www.intervozes.org.br/direitoacomunicacao/?p=30241>>. Acesso em:

05 nov. 2019.

KELLEHER Denis; MURRAY, Karen. **EU Data Protection Law**. London: Bloomsbury, 2018.

LOPES, Mariana Louback. Capítulo IV: Tratamento de dados pelo Poder Público. In: FEIGELSON, Bruno; SILQUEIRA, Antonio Henrique Albani. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei 13.709/2018**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 135-146.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. Artigo 85.º Tratamento e liberdade de expressão e informação. In: PINHEIRO, Alexandre Sousa Pinheiro (coord). **Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados**. Coimbra: Almedina, 2018a.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de Dados Pessoais: Comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018b.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Assembleia Constituinte, 02 de Abril de 1976.

\_\_\_\_\_. **Lei 67**, de 26 de Outubro de 1998. Lei da Proteção de Dados Pessoais (transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados).

\_\_\_\_\_. **Lei 58**, de 08 de Agosto de 2019. Assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

SINDICATO DOS JORNALISTAS et al. Atividade **jornalística deve ser excluída do Regulamento Geral de Proteção de Dados**. Disponível em: <<https://www.ccpj.pt/pt/deliberacoes/comunicados/atividade-jornalistica-deve-ser-excluida-do-regulamento-geral-de-protecao-de-dados/>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão de 06 de Novembro de 2003**, Lindqvist, C-101/01, EU:C:2003:596.

\_\_\_\_\_. **Acórdão de 16 de Dezembro de 2008**, Satamedia, C-73/07, EU:C:2008:727.

\_\_\_\_\_. **Acórdão de 13 de Maio de 2014**, Costeja González, C-131/12, EU:C:2014:317.

UNIÃO EUROPEIA. Carta de Direitos Fundamentais. In: **Jornal Oficial da União Europeia**, 07 de junho de 2016, 2016/C 202/1, v. 59, p. 389-405.

\_\_\_\_\_. **Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**, de 24 de Outubro de 1995 relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

\_\_\_\_\_. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho**, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

# O IMPACTO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA DEMOCRACIA

**Sofia Caseiro**

Mestre em Direito Internacional Público e Europeu na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Pós-Graduada em Direitos Humanos no *Ius Gentium Conimbrigae* – Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Formadora

## Resumo

A tecnologia é um instrumento essencial no exercício da nossa liberdade de expressão e à consequente liberdade de procurar, receber e expandir informações e ideias, sem constrangimento de fronteiras, por qualquer meio. A massiva utilização das plataformas de redes sociais leva ao desenvolvimento de nova tecnologia, que permite gerir, de forma automatizada, os conteúdos colocados nestas redes. A inteligência artificial torna mais fácil o controlo da disseminação de conteúdo de incitamento ao ódio, à discriminação; ao terrorismo online; assim como a deteção de ameaças e prevenção de campanhas de desinformação. No entanto, a utilização dos algoritmos pode levar à limitação da informação disponível ao utilizador, reduzindo a quantidade de conteúdos divergentes das suas preferências, essenciais para a criação de opiniões críticas, ao utilizador. Sobre quem recai a responsabilidade da influência da inteligência artificial na democracia? No utilizador? Nas plataformas digitais? No Estado?

**Palavras-chave:** Inteligência artificial; Democracia; Liberdade de expressão; Direito à informação; Eleições.

## Notas introdutórias

A inteligência artificial (IA) faz hoje parte do nosso dia-a-dia. Está presente no telemóvel inteligente que possuímos, na televisão que já conhece os nossos hábitos de utilização, no aspirador que aprendeu a movimentar-se pela casa e até na máquina de lavar que pesa a quantidade de roupa e calcula a água que é necessária para uma boa lavagem.

Esta tecnologia utiliza e aprende através da análise de grandes volumes de informação provenientes de diversas fontes, analisando-as. Essas fontes são sempre os nossos dados pessoais - dados que nos identificam, as nossas

preferências, a nossa pegada tecnológica, a nossa localização, etc.

Atualmente, já não conseguimos conceber um mercado sem esta tecnologia: a IA é útil para os consumidores na medida em que aprende e prevê o que este pretendia selecionar antes de o fazer; e para o vendedor, pois permite estudar os padrões de consumo para que seja possível adaptar a oferta à procura. Contudo, quando aplicado à informação podemos encontrar alguns desafios para os direitos fundamentais e para a sociedade democrática.

## O direito fundamental à liberdade de expressão

A história tem-nos ensinado, assim como as convenções internacionais de direitos humanos e as leis fundamentais nacionais, que a liberdade de expressão tem um papel essencial na sustentação da sociedade democrática.

O direito à liberdade de expressão como previsto no artigo 19.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: *Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão*, inclui não só um direito de expressar qualquer opinião e de não ser discriminado com base nelas, mas também um direito de procurar, receber e difundir informação.

Dentro desta liberdade, que se subdivide, encontramos também a base para a liberdade de imprensa. A imprensa assume a função de “cão-de-guarda” da democracia - é através da sua imparcialidade, investigação e procura pelos factos que a sociedade civil é capaz de responsabilizar os representantes que exercem o poder. É através da imprensa que conseguimos analisar os factos e de formar a nossa opinião sobre eles, e que acedemos à informação.

O direito de receber informação é parte do direito à liberdade de expressão (artigo 19.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos) e por isso, devemos abrir hoje à discussão a forma como efetivamos esse direito.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos<sup>1</sup> (TEDH) tem vindo a defender que o acesso à internet é hoje uma das principais formas de efetivação do direito à informação. No caso *Cengiz e Outros v. Turquia*<sup>2</sup> o TEDH refere que: *the Internet has now become one of the principal means by which individuals exercise their right to freedom to receive and impart information and ideas, providing as it does essential tools for participation in activities and discussion as concerning political issues and issues of general interest*, sabendo isto, devemos assegurar que a internet nos permite aceder de forma livre e segura a toda a informação que queremos e devemos receber para que nos seja possível participar e estar ativamente e de forma informada na sociedade democrática.

1 Órgão Jurisdicional que cumpre a missão de guardião da Convenção Europeia dos Direitos Humanos - <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants/por&c=>

2 Decisão de 1 de dezembro de 2015, Pedidos n.º 48226/10 e 14027/11, *Cengiz e Outros v. Turquia*, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159188>



## Os desafios da internet e da inteligência artificial

No que concerne ao sistema democrático em que vivemos a difusão da informação e a liberdade de a receber emerge como crucial. Contudo, à medida que a velocidade e quantidade da informação aumenta é necessário seleccionar o que recebemos e é aqui que a tecnologia nos ajuda a controlar o fluxo de informação que todos os dias chega às nossas mãos através dos *smartphones*.

A informação que recebemos através de diferentes plataformas digitais é-nos providenciada por um algoritmo. Este é tendencialmente útil para nós. Além de conseguir identificar elementos que alertam para a existência de discurso de ódio, discriminação ou terrorismo, analisa a nossa pegada tecnológica e os nossos dados aprendendo o que gostamos de ver e o que poderíamos querer procurar a seguir, antecipando as nossas decisões.

Tal como o algoritmo funciona relativamente a bens consumíveis - dando-nos frequentemente aquilo que prevê que queiramos adquirir - também o faz em relação à informação, às notícias diárias.

O algoritmo é o caminho que liga o utilizador à informação que lhe é disponibilizada. Isto é, tudo o que nos é mostrado por plataformas digitais surge com base nos dados e preferências que disponibilizamos anteriormente.

Numa pesquisa Google, por exemplo, são utilizados vários algoritmos: *To give you the most useful information, Search algorithms look at many factors, including the words of your query, relevance and usability of pages, expertise of sources, and your location and settings. The weight applied to each factor varies depending on the nature of your query (...).*<sup>3</sup>

Entre os parâmetros utilizados pelos algoritmos a nossa localização, contexto, pesquisas anteriores e definições de pesquisa são considerados para alcançar o resultado pretendido.<sup>4</sup>

A forma como tudo isto funciona não é um exemplo de transparência. As grandes empresas tecnológicas que fazem a utilização dos nossos dados pessoais para fins comerciais<sup>5</sup> não nos querem explicar o fazem alegando o segredo comercial; por outro lado, o facto de estarmos perante mecanismos operacionalizados por inteligência artificial, torna a compreensão técnica de como os nossos dados são tratados complexa para o utilizador comum.<sup>6</sup>

A utilização da inteligência artificial, pode também levar a fenómenos de preconceito induzido (“algorithm bias”), em que chegamos ao ponto de a máquina, pelos dados iniciais que introduzimos, começar a produzir decisões discriminatórias.<sup>7</sup> Significa isto que, à partida a informação que nos vai

3 Google, <https://www.google.com/search/howsearchworks/algorithms/>

4 Google, <https://www.google.com/search/howsearchworks/algorithms/>

5 Falamos de redes sociais, mas também de outros gigantes tecnológicos como a Google ou a Amazon.

6 Butarelli, Giovanni, “Inteligência Artificial, Robótica, Privacidade e Proteção de Dados”, in Fórum da Proteção de Dados, 27- 37

7 Podemos concretizar este aspeto através do exemplo de um caso tratado na Universidade de Michigan. O mecanismo de IA programado para escolher os candidatos para contratação começou a tomar decisões de contratação discriminatórias contra mulheres, tendo

chegar, curada pelos resultados do algoritmo, terá já tendências subliminares, introduzidas durante a aprendizagem inicial, conforme o bloco de dados que foi dado à IA para aprender.

Outro problema associado à disponibilização de informação através de algoritmos são as chamadas “filter bubbles”.<sup>8</sup> A sua existência pode constituir um obstáculo à construção do pensamento crítico pelos utilizadores. O termo “filter bubble” surgiu em 2011, quando o ativista Eli Pariser o utilizou para descrever a forma como as recomendações que nos são disponibilizadas pelos algoritmos nos escudam de opiniões opostas da nossa.<sup>9</sup> Este é um termo utilizado para descrever um estado de isolamento intelectual que advém dos resultados personalizados das nossas pesquisas tratados por algoritmos nos diferentes sítios da internet. As “filter bubbles” são a consequência da vontade da IA nos trazer comodidade criando um câmara de eco em que as nossas opiniões e preferências são repetidas até à exaustão, podendo retirar-nos o fácil acesso a opiniões discordantes e por vezes necessárias para a criação de pensamento crítico.

Esta questão foi levantada pelo Relator Especial da ONU para a promoção e proteção do direito à liberdade de expressão no Relatório sobre a influência da inteligência artificial na liberdade de expressão:

Online search is one of the most pervasive forms of AI-powered content display and personalization. Search engines deliver results for queries (and complete or predict queries) using AI systems that process extensive data about individual and aggregate users. Because poorly ranked content or content entirely excluded from search results is unlikely to be seen, the AI applications for search have enormous influence over the dissemination of knowledge. Content aggregators and news sites similarly choose which information to display to an individual based not on recent or important developments, but on AI applications that predict users’ interests and news patterns based on extensive datasets. Consequently, AI plays a large but usually hidden role in shaping what information individuals consume or even know to consume.<sup>10</sup>

Como John Stuart Mill dizia “há sempre esperança quando ambas as pessoas são obrigadas a ouvir ambos os lados; é quando atendem apenas a

---

por base dados de contratação dos passados 10 anos nessa empresa. A IA aprendeu que a contratação de homens era preferível à contratação de mulheres. Sidurtsova, Stefanie, “Bias in the Algorithm”, in *Michigan Tech Magazine*, n.º 1, 2019, disponível em <https://www.mtu.edu/magazine/2019-1/stories/algorithm-bias/>

8 Emerging technology from the arXiv, “How to Burst the “Filter Bubble” that Protects Us from Opposing Views”, in *MIT Technology Review*, 2013, disponível em: <https://www.technologyreview.com/s/522111/how-to-burst-the-filter-bubble-that-protects-us-from-opposing-views/>

9 Emerging technology from the arXiv, “How to Burst the “Filter Bubble”(“...”)”, *ibid*

10 Kaye, David, “Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression”, 2018, disponível em <https://undocs.org/A/73/348>

um deles que endurecem os seus preconceitos” - mas hoje devemos perguntar: e se não nos é possível ouvir ambos os lados, porque forçosamente estamos virados para o lado que tendencialmente queremos aceitar?

A questão que aqui levantamos pode ser exponenciada pela possibilidade de sermos alvos de anúncios comerciais, políticos, direcionados. Esta é uma realidade que não está presente em Portugal<sup>11</sup>, mas que já vimos tomar palco em eleições pelo mundo nos últimos anos.

O caso da Cambridge Analytica<sup>12</sup> é um exemplo. A empresa aliava a análise de grandes volumes de dados através de inteligência artificial, com técnicas sociológicas avançadas de análise que permitiam perceber quais eram os eleitores mais influenciáveis e com tendência a mudar de opinião. Também foram alvos destas análises os eleitores tendencialmente abstencionistas que com o incentivo certo se transformam em votantes.

O exemplo não serve para condenar a taxa de conversão de abstencionistas, mas antes para sublinhar a importância da existência e manutenção de meios de informação equilibrados, que permitam o acesso a várias perspetivas de uma forma justa.

Adicionando outra camada à problemática em mãos, a informação que recebemos (mesmo que através de uma “filter bubble”) poderá ser pouco fidedigna. O alastramento de desinformação e de “fake news” revelam-se alarmantes na medida em que, através das redes sociais, têm capacidade de se reproduzir rapidamente e chegar a milhares de pessoas em segundo. Além de existirem humanos a produzir as ditas “fake news” já é possível que a inteligência artificial auxilie o processo, considerando as preferências dos leitores, e as combinações que poderão trazer os melhores resultados possíveis.

A imprensa tem aqui um papel central - sendo por um lado vítima da tecnologia e por outro lado o “guardião da verdade”, num sentido mais clássico. O modelo de negócio da imprensa baseia-se nas receitas provenientes de anunciantes. Os anunciantes, clientes, querem investir nos sítios em que têm a certeza que os seus anúncios vão ser vistos e procuram as empresas noticiosas que apresentem mais cliques e visualizações. Assim, os jornalistas são pressionados pelo mercado a “sensacionalizar” os seus títulos e as suas manchetes, e a produzir conteúdo a uma velocidade recorde que muitas vezes não se coaduna com o tempo necessário para verificação de factos ou de fontes, perdendo assim a qualidade esperada aos “cães-de-guarda” da democracia.

Uma das provações que as redes sociais enfrentam agora é a sua capaci-

---

11 A título de exemplo, a Lei Eleitoral da Assembleia da República (Lei n.º 14/79, de 16 de maio) suspende o direito de antena dos partidos políticos sempre que estes façam publicidade comercial (artigo 133.º, n.º 1, alínea b). Todos os preceitos que se referiam a publicidade comercial foram revogados ao longo dos anos através de várias alterações legais ao diploma original de 1979 - [http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/legis\\_lear\\_consolidada\\_2019\\_02\\_15.pdf](http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/legis_lear_consolidada_2019_02_15.pdf)

12 Granville, Kevin, “Facebook and Cambridge Analytica: What You Need to Know as Fallout Widens”, *in* New York Times, 2018, disponível em <https://www.nytimes.com/2018/03/19/technology/facebook-cambridge-analytica-explained.html>

dade de monitorizar informação falsa, sobretudo em épocas de eleições. Com mil milhões de publicações novas por dia, o Facebook trabalha com empresas terceiras para conseguir controlar o influxo de informação, assinalar e verificar factos de publicações que possam prejudicar os direitos do utilizador. Relativamente às eleições britânicas de dezembro de 2019, o Facebook vai ainda monitorizar os anúncios comerciais com cariz político, proibindo publicidade que tenha conteúdos decetivo, falso ou enganador.<sup>13</sup>

Fora da Europa e dos Estados Unidos da América, os desafios não são muito diferentes. Os discursos políticos ganham uma carga cada vez mais extremista, a informação circula rapidamente e a desinformação é um instrumento que se utiliza para ganhar votos. Se, quando recebemos informação através do Facebook há uma tentativa de controlo do conteúdo, quando recebemos mensagens diretas através de aplicações como o WhatsApp, a situação não é a mesma. Em países como a Índia, a Nigéria<sup>14</sup> ou o Brasil, o WhatsApp é a forma de propagação mais rápida de desinformação. Os cidadãos partilham informação com família e com amigos, sem verificar as fontes ou os factos.<sup>15</sup>

## Quais os impactos na democracia e nos direitos fundamentais?

Não se coloca em causa o impacto que a tecnologia e a inteligência artificial têm no direito à privacidade. O direito à privacidade é assegurado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo 12.º, no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, artigo 17º e na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, artigo 8.º e é essencial tê-lo em consideração sempre que falamos nas relações entre a tecnologia e os direitos humanos.

Debruçamo-nos, contudo, na efetivação do direito à informação. É um direito fundamental assegurado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelo Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (artigo 19.º) e regionalmente pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos (artigo 10.º). É essencial para o equilíbrio numa sociedade democrática e para a sustentação de uma democracia representativa: *Freedom to speak empowers citizens, individually or collectively, to advance their interests and shape the institutions whose decisions impact their lives*<sup>16</sup>.

13 Lu, Donna, “Facebook has a plan to tackle fake news - here’s why it won’t work”, in *New Scientist*, 2019, disponível em <https://www.newscientist.com/article/2221963-facebook-has-a-plan-to-tackle-fake-news-heres-why-it-wont-work/>

14 Um estudo conduzido por uma empresa independente em 2014 determinaram que na Nigéria, parte dos sujeitos inquiridos que utilizam o Facebook não têm conhecimento que utilizam a Internet. Mirani, Leo, “Millions of Facebook users have no idea they’re using the internet”, in *Quartz*, 2015, disponível em <https://qz.com/333313/millions-of-facebook-users-have-no-idea-theyre-using-the-internet/>

15 Chinchilla, Laura, “Post-Truth Politics Afflicts the Global South, Too”, in *The New York Times*, 2019, disponível em <https://www.nytimes.com/2019/10/15/opinion/politics-global-south.html>

16 Chinchilla, Laura, ““Post-Truth Politics Afflicts the Global South, Too””, in *The New York Times*, 2019, disponível em <https://www.nytimes.com/2019/10/15/opinion/poli->

Acrescentamos a esta citação a essencialidade da liberdade de receber e transmitir ideias sem interferência.

No relatório “Surveillance Giants: How the Business Model of Google and Facebook threatens Human Rights”,<sup>17</sup> a Amnistia Internacional sublinha o risco para os direitos humanos que advém da forma de trabalhar destas empresas. A quantidade massiva de dados pessoais que possuem, além de serem uma ameaça à privacidade, são também suscetíveis de serem utilizados para influenciar opiniões e crenças e manipular dissimuladamente as populações.

É certo que podemos imputar responsabilidades aos algoritmos, às empresas que os desenvolvem (e procuram a maximização do lucro), aos programadores do algoritmo (que inconscientemente introduzem critérios tendenciosos dentro dos instrumentos de análise) ou até aos Estados (porque podem regular de uma forma mais rigorosa a forma de estar das empresas de tecnologia no mercado) - mas até que ponto estamos perante um problema que é resolvido pela ação de um destes agentes?

A utilização da inteligência artificial nas redes sociais pode ser o meio através do qual estes problemas são introduzidos na sociedade democrática, mas a realidade é que é apenas um meio que traduz as ações das pessoas. A inteligência artificial aprende através dos comportamentos humanos. Como Laura Chinchilla muito bem coloca: *Social media is but the crudest reflection of the societies and types of citizens we have nurtured. If sometimes we do not like what we see, polishing the mirror may not be enough.*<sup>18</sup>

É por isso necessária educação para a cidadania e literacia tecnológica. É importante reconhecermos o nosso meio e como funciona o que temos nas nossas mãos diariamente.

É essencial exigir aos novos atores o cumprimento e efetivação dos direitos humanos e lembrar aos Estados que são necessárias medidas que o garantam. Os direitos estão cimentados e devem ser efetivados, estamos num caminho de ajuste entre a realidade e realização de direitos humanos.

## Referências

AMNISTIA INTERNACIONAL. **Surveillance Giants: How the Business Model of Google and Facebook Threatens Human Rights**, 2019, disponível em <https://www.amnesty.org/en/documents/pol30/1404/2019/en/>

BUTARELLI, Giovanni. Inteligência Artificial, Robótica, Privacidade e Proteção de Dados, in **Fórum da Proteção de Dados**, 27- 37

CHINCHILLA, Laura. Post-Truth Politics Afflicts the Global South, Too, in **The New York Times**, 2019, disponível em <https://www.nytimes.com/2019/10/15/opinion/politics-global-south.html>

tics-global-south.html

17 Disponível em <https://www.amnesty.org/en/documents/pol30/1404/2019/en/>

18 Chinchilla, Laura, ““Post-Truth Politics Afflicts the Global South, Too”, in *The New York Times*, 2019, disponível em <https://www.nytimes.com/2019/10/15/opinion/politics-global-south.html>

Decisão de 1 de dezembro de 2015 do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Pedidos n.º 48226/10 e 14027/11, **Cengiz e Outros v. Turquia**, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159188>

Emerging technology from the arXiv, How to Burst the “Filter Bubble that Protects Us from Opposing Views, in **MIT Technology Review**, 2013, disponível em: <https://www.technologyreview.com/s/522111/how-to-burst-the-filter-bubble-that-protects-us-from-opposing-views/>

Google, <https://www.google.com/search/howsearchworks/algorithms/>

GRANVILLE, Kevin. Facebook and Cambridge Analytica: What You Need to Know as Fallout Widens, in **New York Times**, 2018, disponível em <https://www.nytimes.com/2018/03/19/technology/facebook-cambridge-analytica-explained.html>

KAYE, David. **Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**, 2018, disponível em <https://undocs.org/A/73/348>

LU, Donna. Facebook has a plan to tackle fake news - here's why it won't work, in **New Scientist**, 2019, disponível em <https://www.newscientist.com/article/2221963-facebook-has-a-plan-to-tackle-fake-news-heres-why-it-wont-work/>

MIRANI, Leo. Millions of Facebook users have no idea they're using the internet, in **Quartz**, 2015, disponível em <https://qz.com/333313/millions-of-facebook-users-have-no-idea-theyre-using-the-internet/>

SIDURTSOVA, Stefanie. Bias in the Algorithm, in **Michigan Tech Magazine**, n.º. 1, 2019, disponível em <https://www.mtu.edu/magazine/2019-1/stories/algorithm-bias/>

# A CULPABILIZAÇÃO DA VÍTIMA: COMO AS MANCHETES RETRATAM A MULHER AGREDIDA EM CRIMES DE GÊNERO

**Andrelize Schabo Ferreira de Assis**

Universidade Federal de Rondônia, Bacharela em Direito, Licenciada em Letras/Português, Especialista em Libras e Educação de Surdos, Especialista em Docência no Ensino Superior, Mestranda em Educação Escolar, Revisora de Textos no Instituto Federal de Rondônia

**Lucélia Miranda de Souza Quintiliano**

Licenciada em Letras/Português, Especialista em Psicopedagogia, Especialista em Docência no Ensino Superior, Especialista em Educação Inclusiva e Emancipatória

## **Resumo:**

A luta por igualdade de direitos entre mulheres e homens no Brasil ainda enfrenta resistências originárias de uma cultura opressiva e patriarcal milenar. Este trabalho mobiliza seis manchetes de três jornais de Porto Velho - Rondônia com vistas a demonstrar a tentativa de culpabilização das vítimas pela violência sofrida que ecoa no processo midiático. A justificativa desse estudo advém do fato de que Rondônia ocupa o quarto lugar no mapa brasileiro dos estados com maior índice de violência doméstica contra a mulher. Essa violência decorre principalmente da desigualdade social existente e do pensamento patriarcal que subjuga a mulher enquanto sujeito de direitos. Apesar das normativas que visam a igualdade e o respeito aos direitos humanos, práticas machistas permeiam a vida das mulheres, nesse sentido, destaca-se a necessidade de refletir sobre a visão machista enraizada na sociedade e nos discursos midiáticos.

**Palavras-chave:** Violência contra a mulher; Direitos Humanos; Mídia e culpabilização da vítima.

No Brasil, a luta por igualdade de direitos entre mulheres e homens ainda enfrenta resistências originárias de uma cultura patriarcal milenar, opressiva às mulheres, tornando-as alvo de violência, especialmente no espaço doméstico. Discutir esse fenômeno requer a incursão em questões teóricas multidisciplinares que se entrelaçam e permitam, dessa forma, a compreensão

contextualizada e relacional do que perpassa esses crimes, assim como compreender a lógica de produção do discurso midiático no campo jornalístico.

Desse modo, essa pesquisa analisa seis notícias veiculadas em três diferentes jornais on-line de Porto Velho – Rondônia sobre crimes contra a mulher e a forma como retratam as vítimas de forma a culpabilizá-las pela violência sofrida, que decorre principalmente por causa da desigualdade social existente e do pensamento patriarcal que subjuga a mulher enquanto sujeito de direitos, refletindo o pensamento machista e patriarcal da sociedade, que ecoa no processo midiático. Nesse sentido, a hipótese da pesquisa é a de que as manchetes de jornais eletrônicos contribuem para a disseminação do discurso de dominação e que, mesmo entrando em vigor no Brasil a Lei do Feminicídio (Lei nº 13.104, de 09/03/2015) e a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), os jornais ainda categorizam tais fatos como crimes passionais.

Para melhor explicar essa hipótese, iremos discorrer através da análise das notícias e das manchetes de jornais como a identidade das pessoas envolvidas nos crimes são construídas, quais relações estabelecidas entre os implicados nos fatos e quais as fontes escolhidas pelos jornalistas para a construção da narrativa sobre os crimes e o que elas têm a dizer. A pesquisa se estrutura em estudos baseados no feminismo, na análise das manchetes na mídia virtual e no que vem sendo debatido no âmbito internacional sobre o combate à violência contra a mulher, com base na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), orientadas pelo pensamento de Pierre Bourdier, Lília Blima Schraiber, Tereza de Lauretis, entre outros autores. Por esse viés, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) estabelece em seu preâmbulo a consideração de que se fundamenta no reconhecimento da dignidade inerente a todos e dos seus direitos iguais e inalienáveis, contudo, ocorre que esse ideal de igualdade ainda não foi alcançado no Brasil. Por isso, é importante justificar que esse estudo também decorre do fato de que Rondônia ocupa o quarto lugar no mapa brasileiro dos estados com maior índice de violência doméstica contra a mulher.

## **Estatísticas da violência contra a mulher**

De acordo com Organização das Nações Unidas (ONU), a violência contra a mulher é considerada uma epidemia global e, além disso, segundo relatórios da Organização Mundial da Saúde (OMS), dentre todos os tipos de violência cometidos contra a mulher, a conclusão foi que a predominância é a violência física e sexual praticada pelo companheiro da vítima. Os relatórios ainda apontam que independente do grau de desenvolvimento do país ou de cultura, a violência de gênero se destaca mesmo que em maior ou menor escala. Estimativas globais publicadas pela Organização Panamericana de Saúde (OPAS BRASIL/OMS) apontam que aproximadamente uma em cada três mulheres (35%) em todo o mundo sofreram violência física e/ou sexual por parte do parceiro ou de terceiros durante a vida. E globalmente, 38% dos as-



sassinatos de mulheres são cometidos por um companheiro masculino.

No Brasil, de acordo com o Atlas da Violência (2019) houve um crescimento dos homicídios femininos no Brasil em 2017, com cerca de 13 assassinatos por dia; ao todo, 4.936 mulheres foram mortas, o maior número registrado desde 2007. Verificou-se um crescimento 30,7% no número de homicídios de mulheres no país entre 2007-2017, assim como no último ano da pesquisa, que registrou aumento de 6,3% em relação ao ano anterior. E ainda a pesquisa aponta que o responsável pela maioria dos crimes cometidos contra as mulheres são seus parceiros. Em Rondônia, segundo informações da Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher e Família de Porto Velho (DEAM), os casos de violência registrados contra as mulheres também continuam contribuindo para o avanço do ranking da violência. Nesse levantamento não são contabilizados os casos que não são registrados na Delegacia da Mulher, pois muitas mulheres por medo ou vergonha preferem manter o anonimato.

Ainda que haja medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha com vistas, por exemplo, a impedir o agressor tenha porte de arma e/ou que ele se aproxime ou mantenha contato com a vítima, os casos de violência contra a mulher seguem em crescimento. Nesse viés, a gravidade dessa situação não é devidamente reconhecida por culpa de mecanismos históricos e culturais, que geram e mantêm desigualdades entre homens e mulheres e alimentam um pacto de silêncio e convivência com esses crimes.

### **Culpabilização da vítima: causas e replicação de mecanismos que normalizam a violência contra a mulher**

Os mecanismos de culpabilização da vítima se dão pela construção de aceitação e pela replicação de conceitos que normalizam a violência contra a mulher com base nas questões que atingem a relação de gênero e de sexualidade, anunciados pelas categorias de poder, de hierarquia e de patriarcado. Para Simone de Beauvoir:

Ninguém nasce mulher, torna-se mulher. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado que qualificam se de feminino. Somente a mediação de outrem pode constituir um indivíduo como um *Outro* (BEAUVOIR, 1967, p. 9).

Nesse aspecto, a identidade feminina seria construída pela sociedade, que é marcadamente masculina, em que o modo de agir, de se comportar e até de pensar são pré-estabelecidos. A igualdade conquistada pelas mulheres, muitas vezes alegada como argumento de defesa por algumas pessoas, é criticada pelo fato de as condescendências de direitos em benefício de categorias pessoais (feminino) estarem calcadas em uma estrutura masculina já existente.

Bourdieu (2002) defende a ideia de que o homem aprende a lógica da dominação masculina e a mulher absorve essa relação inconscientemente. A repetição então é entendida como inerente ao ser humano. Consequentemente, a sociedade, *naturalizando* comportamentos, legitima essa concepção através das repetições. Nessa perspectiva, a violência simbólica, segundo o autor, se traduz como uma violência suave e insensível pelas vias simplesmente simbólicas da comunicação e do conhecimento ou reconhecimento.

Ainda conforme o autor, na lógica da dominação o dominado reconhece o poder exercido pelo dominante. As instituições - Estado, família e escola - colaboram como intermediários na manutenção da relação de dominação, pois elaboram e impõem princípios de controle que são exercidos no campo da vida privada. Essas instituições determinam comportamentos, regras e valores que são absorvidos pelas instituições familiares, de modo que, através da comunicação, são apreendidos instintivamente por meio de esquemas inconscientes da ordem masculina. Por esse viés, o movimento feminista levanta hipóteses, ideias e debates em várias áreas, que possuem como objetivo desmistificar comportamentos e rompê-los, como forma de mudar e questionar a dominação masculina. Como nos mostra Elizabeth Jelin:

Uma das grandes contribuições do feminismo tem sido a profunda crítica e o desmascaramento dos suportes do paradigma dominante que coloca os homens (ocidentais) como ponto de referência universal, e que transforma as mulheres (e outros) em diferentes ou invisíveis. Ao fazê-lo movimenta-se num espaço contraditório por um lado, a reivindicação por direitos iguais aos dos homens e um tratamento igualitário por outro, o direito a um tratamento diferenciado e a valorização das especificidades da mulher. Esse é um segundo conflito inevitável entre o princípio da igualdade e o direito a diferença (JELIN, 1994, p. 127 *apud* ZUIM; MIZUZAQUI, 2018, p. 6).

Essa concepção foi inserida aqui para destacar a forma utilizada por uma classe social (classe dominante) para invisibilizar determinados problemas correntes na sociedade com a finalidade de manter uma situação de violência, de discriminação e de desigualdade. Nesse sentido:

As formas de violência contra a mulher estão inseridas no contexto cultural, no qual o patriarcado se fortalece nessas estruturas de opressão e propriedade. Era a aplicação do termo popular de que em “briga entre marido e mulher não se mete a colher” ou “roupa suja se lava em casa”. A invisibilidade é uma forma de manter o status de uma situação” (ZUIM; MIZUZAQUI, 2018, p. 3096).

A culpabilização da vítima ocorre no contexto provocado pela desigualdade de gênero, em que perpassa a desumanização da mulher, sem reconhecimento sobre seu corpo e suas regras de desejos, ou seja, os seus direitos são postos em regras na sociedade pelo moralismo. Outro fator é a objetificação

do corpo, sendo visto apenas para o desejo sexual e dominação masculina.

Em concordância com Lília Blima Schraiber, “a violência contra a mulher configura-se como uma dramática vivência de negação do humano, evocando sentimentos de vergonha, humilhação, medos, que caracterizam a tensão e as dificuldades de falar sobre a situação vivida” (SCHRAIBER, D’OLIVEIRA e COUTO, 2009, p. 33-34). Trata-se de uma experiência de violação de direitos e de conflitos interpessoais que envolve rompimentos nas relações de intimidade e de confiança, permeados de julgamentos morais e de modelos de masculinidade e feminilidade que desqualificam as mulheres no exercício de suas subjetividades.

É preciso identificar e desnaturalizar noções e práticas que reiteram lugares bastantes rígidos para homens e mulheres na sociedade, para desmistificar estereótipos e compreender os mecanismos da persistente desigualdade. Esses papéis rígidos fazem parte de uma cultura que está introjetada em todos nós e é permissiva, ao mesmo tempo que é reprodutora de violências.

Dessa forma, o embate da violência contra as mulheres exige intervenções nas diversas esferas da realidade social, cultural e familiar. Configurando, assim, ações para a transformação de valores, com elaboração de políticas públicas em todos os setores sociais, mudanças na legislação, mecanismos para que se cumpra as leis e criação de serviços de atenção às pessoas em situação de violência.

## **A mídia on-line e a naturalização da violência contra a mulher**

A mídia como veículo de comunicação de massa tem imenso alcance em nosso meio social, sendo que os ambientes virtuais condensam informações dos acontecimentos da sociedade, os processos sociais e culturais e as ações sociopolíticas. Moraes (2013) assinala a questão da comunicação digital como um poder *desmaterializado*, que atinge a vida das pessoas de forma invasiva, de maneira livre de resistências físicas e territoriais que se expandem para além das limitações dos outros veículos de comunicação impressa, de rádio e de televisão.

Atualmente a mídia virtual atinge uma dimensão espacial que contrapõe a mídia tradicional de tal forma que sua amplitude é superior à da mídia tradicional pela forma que atinge os acessos informacionais, sendo, portanto, considerada e estudada como uma das agências informais do sistema de justiça, porque condena, absolve, orienta a investigação e até investiga, possuindo uma enorme responsabilidade. Com isso, o papel da mídia deveria ser imparcial e ser facilitadora de transformações sociais positivas.

Charaudeau descreve: “*As mídias não transmitem o que ocorre na realidade social, elas impõem o que constroem do espaço público. Percebe-se que, nessa situação, a mídia, por meio dos veículos de comunicação, atribui e contribui para a formação do imaginário social e a difusão dos estigmas sociais*” (2013, p. 19). Dessa forma, a mídia mantém a formação dos significados e da reprodução das informações contribuindo

muitas vezes para a perpetuação e a naturalização do discurso hegemônico e de dominação.

Por conta da escolha da informação, há o problema da dimensão dos fatos selecionados, pois essa mídia trabalha com procedimentos de seletividade e de ordenação das informações, que se dá pelas escolhas das pautas, havendo a seletividade das notícias e de suas relevâncias, mas de acordo com os interesses dos veículos comunicacionais em suas diversidades. Nesse sentido, o principal enfoque da mídia está relacionado ao alcance das notícias veiculadas, tendo como eixo central o da circulação de informações sensacionalistas. Como aponta Bourdieu (1997): *As notícias de variedades sempre foram o alimento predileto da imprensa sensacionalista: o sangue e o sexo, o drama e o crime sempre fizeram vender, e o reino do índice de audiência deveria alçar à primeira página* (BOURDIEU, 1997, p. 22).

Teresa Lauretis (1987) apresenta a mídia como uma tecnologia de gênero, que o propõe, como representação e auto-representação, sendo produto de várias tecnologias, de discursos institucionalizados e de práticas cotidianas, ou seja, o gênero não se constitui como propriedade natural dos corpos, mas contradição social ao informar sobre a diferença.

A imprensa muitas vezes reforça estereótipos e movimentos de culpabilização da vítima ao abordar a violência de forma sensacionalista, desrespeitando a vítima e seus familiares, expondo imagens de forma abrupta, procurando “justificativas” para o assassinato.

Assim, a mídia virtual, ao veicular notícias sobre agressões, produz ou reproduz engendramentos e representações sobre a violência em relações de gênero. Portanto, a reprodução das notícias de violência contra a mulher serão pautas de acordo com o interesse do veículo ou repercussão dos casos na sociedade e/ou a partir da mobilização social. Nesse sentido, a maneira e a frequência com que as reportagens aparecem mostram o quanto a mídia está mais comprometida em culpabilizar as vítimas a problematizar os fatores que levam a violência contra as mulheres.

Na estrutura dos títulos poucas vezes o agressor aparece em foco na chamada, e, no texto, a vítima e o contexto em que ocorre a violência é evidenciado. A via de regra, a vítima é responsabilizada, sendo retratada no centro dos fatos, levando-a a desmoralização e a culpa, conforme é visto no título a seguir.

A manchete da notícia “Mulher é morta a tiros pelo ex-marido”, matéria publicada em 17 de janeiro de 2016, veiculada pelo jornal Rondoniagora, afirma que a vítima de 29 anos foi “[...] assassinada com tiros nas costas pelo ex-marido, [...], 31 anos, um homem violento com várias passagens pela Polícia, incluindo tráfico e roubo”. Nessa notícia, inicialmente, aponta-se o agressor como sendo o responsável pelo crime, pois teria passagens pela polícia e enfatiza-se seu caráter violento. No entanto, no decorrer da notícia, o local apresentado seria uma festa em que a mulher estava e, mesmo sob os avisos dos presentes no espaço, a vítima permaneceu, justificando, desse modo, o espaço para permissão

para o crime, pois “foi informada por amigos da presença do acusado no local. Ela foi abordada e apanhou, mas ficou no ambiente”, ou seja, o erro foi da vítima por permanecer no ambiente?

Percebe-se o caminho que a matéria percorre para culpabilizar a vítima e destacar seu comportamento e atitudes como protagonistas da tragédia e não o comportamento descontrolado do agressor. E prossegue ao afirmar que a vítima “tinha 5 filhos, mas nenhum era do acusado”, assim, a mulher sofre atenção negativa na notícia veiculada e como resultado o foco da informação deixa de ser o criminoso e passa a ser direcionado para o comportamento da vítima.

Para Machado (1998, p. 12) “*toda a sexualidade feminina é concebida pelo imaginário dominante como aquele que se esquivava para se oferecer*”. Nesse contexto, o uso da festa como referência permite construir esse imaginário de dominação. Além disso, “Ela foi abordada e apanhou, mas ficou no ambiente”, “Érica tinha 5 filhos, mas nenhum era do acusado” e “Por volta das 4 horas, quando aguardava carona para ir embora, Rafael chegou por trás e efetuou vários disparos”, nos mostra a responsabilidade do jornal na reprodução do imaginário que legitima a violência expressada no título. A seguir, outra notícia veiculada pelo mesmo jornal no dia 06 de março de 2017 com a manchete “Mulher com passagens pela polícia é morta a tiros em Porto Velho”, onde um casal foi alvejado por tiros, porém destaca-se o caráter da mulher, uma vez que ela possuía passagens pela polícia:

As vítimas foram socorridas por populares ao Pronto-Socorro João Paulo II, mas Ana não resistiu e morreu na sala de cirurgia. Ela foi atingida com três tiros, perfurando abdômen, perna e costas. João foi alvejado com um tiro na barriga. De acordo com informações de testemunhas, Ana e João estavam na frente de uma casa no grupo de pessoas conversado quando dois homens, ocupando uma moto CB 300 dourada pararam e o carona desceu, efetuando cerca de 15 tiros. Em seguida os criminosos fugiram. A Polícia Militar foi acionada e ao chegar ao local as vítimas já haviam sido socorridas. Para os investigadores, o crime pode estar relacionado a um acerto de contas, uma vez que Ana tinha passagens pela Polícia com duas condenações (RONDONIAGORA, 2017).

Percebe-se que é destacado, ainda que em caráter de investigação sobre a motivação do crime, o fato de que a vítima possuía passagens pela polícia, mostrando que muitas vezes os Direitos Humanos deixam de existir quando se trata de um corpo feminino e com passagens pela polícia. Novamente, devido a passagens da vítima pela polícia, o crime bárbaro tornou-se um “acerto de contas”. Abaixo apresenta-se abaixo a terceira notícia analisada, dessa vez veicula pelo site InfoRondonia em 24 de maio de 2019, com a manchete “Casal briga e mulher é morta a facada e golpe de barra de ferro na cabeça em Pimenta Bueno”.

A vítima foi assassinada com golpes de barra de ferro na cabeça e uma facada na altura do pescoço. De acordo com a ocorrência, testemunhas ouviram os gritos da mulher e acionaram a Polícia Militar. Ao chegarem ao local, os policiais se depararam com a vítima caída ao solo, toda ensanguentada. Os bombeiros foram acionados, mas nada se pode fazer. Em uma ação rápida, os agentes ainda lograram êxito em captura o autor do crime, quando o mesmo se preparava para fugir. Indagado sobre os fatos, o homem relatou à PM que horas antes, *ele e a senhora Maria Aparecida estavam em uma festa, onde iniciaram uma discussão. “Brigamos e fui embora. Passado algum tempo, ela chegou a casa e começamos um novo desentendimento, foi quando perdi a cabeça e usei a faca e a barra de ferro para matá-la”, relatou o acusado* (INFORONDÔNIA, 2018, destaque nosso).

A citação acima apresenta um depoimento do criminoso, que relata que “brigou e foi embora, depois de algum tempo retornou, e ao se desentenderem novamente, perdeu a cabeça”. Desse modo, o autor do crime tenta se justificar, alegando estar sem discernimento e controle de si mesmo (“perdi a cabeça”), evocando assim, passionalidade do autor do crime. Em contraponto, retomando a segunda matéria exposta mais acima, a vítima mesmo após sua morte é responsabilizada pelo crime por ter passagens pela polícia. Enquanto o homem, nesse crime bárbaro, é marcado como alguém que simplesmente se descontrolou e por isso cometeu o crime.

Nesse mesmo sentido, na manchete a seguir, veiculada no Rondoniagora no dia 19 de novembro de 2019, há o destaque para a fala do agressor, que caracteriza a vítima como culpada por sua morte, em uma tentativa de eximir-se de sua responsabilidade:

Mulher é culpada por estar morta, diz ex-marido que confessou assassinato O comerciante [...], de 48 anos de idade, se apresentou na manhã desta segunda-feira (14) na Delegacia Especializada em Repressão a Crimes Contra a Vida (Homicídios) em Porto Velho. Ele confessou ter matado a ex-esposa, [...], de 35 anos, na noite da última quarta-feira (9), em uma vila de apartamentos no Bairro Eletronte, na Zona Sul da capital. Segundo ele, na noite do crime, chegou em casa e encontrou a mulher, e os dois iniciaram uma nova briga. “Entre um e outro tínhamos medida protetiva, 200 metros cada um afastado. Nesse dia eu cheguei e ela estava dentro da minha casa e com a medida protetiva ela não poderia estar lá. Pedi pra ela se retirar, mas não se retirou, me agrediu e nas agressões que ela me fez, vários tapas, perdi a cabeça e fiz o que eu fiz. Me arrependo muito, se pudesse voltar atrás eu voltaria. Espero que não aconteça com ninguém isso que aconteceu comigo, porque é muito doloroso”, diz (RONDONIAGORA, 2017).

Observa-se que nesse caso o casal já possuía uma medida protetiva, porém, sabe-se que a medida protetiva é apenas um papel e não garante efetivamente a segurança das mulheres, inclusive esse é um dos motivos que levam

as mulheres a não denunciarem seus agressores. Nesse caso, novamente se evoca a passionalidade do autor que dentro de um evento “comum”, em que, por um equívoco, fazem alegações para tentar justificar um feminicídio que, além de ser frequentemente utilizadas pelos autores do crime e por policiais e delegados, são reproduzidas com grande destaque pela imprensa. Infelizmente, como a vítima faleceu, só podemos ter acesso à versão do assassino, logo, não é possível saber a veracidade dos fatos, porém, uma coisa é certa: é preciso parar de culpabilizar as mulheres por suas mortes.

Em outra reportagem intitulada “CIÚMES: Ex-marido espanca mulher por causa do WhatsApp”, veiculada no dia 28 de setembro de 2019, reconhecemos mais uma forma de justificativa para o crime, novamente motivado pela sensação de posse sobre os corpos femininos: os ciúmes. Segundo a matéria, a vítima estava em casa com seus familiares quando o acusado, ex-marido da vítima, invadiu o local e exigiu ver com quem ela conversava no celular. Pelo fato de a vítima não ter entregado o celular, o autor do crime “enfureceu-se” e espancou a mulher com socos no rosto. Nesse caso há um questionamento por parte de alguns internautas nos comentários da matéria do tipo “Quem não deve, não teme” ou “Deveria ter entregado o celular”, novamente culpabilizando a mulher por não entregar o celular ao ex-marido.

Por fim, a última matéria analisada traz a manchete “ATUALIZADA: Mulher é morta em condomínio de luxo em Porto Velho”, veiculada no dia 08 de agosto de 2019, que narra o assassinato de uma mulher pelo próprio marido na frente dos filhos.

De acordo com os vizinhos do bloco, o casal vinha brigando há muito tempo. Os gritos das brigas e ameaças eram quase que constantes, misturados ao choro das crianças, que presenciavam as discussões. Ainda segundo informações colhidas pela reportagem do Diário da Amazônia, durante a discussão da manhã desta quinta-feira, 08 se ouviu muitos gritos e xingamentos até que o homem foi atingido com uma facada no pescoço, que teria sido desferida pela mulher. Ato contínuo, o homem teria revidado e matado a companheira com diversas facadas (DIÁRIO DA AMAZÔNIA, 2019).

Percebe-se que, segundo a própria matéria, o casal vivia em constantes desentendimentos, brigas e ameaças. No entanto, a forma que o texto foi escrito dá a entender que ele agiu para se defender, nota-se que a mulher não prestou depoimento por razões óbvias, mas a matéria afirma que “o homem foi atingido por uma facada no pescoço” e, para “revidar” (termos utilizados pela matéria), matou a companheira na frente dos filhos. Sem fazer juízo de valor, observa-se que não há imparcialidade, sequer há averiguação dos fatos antes de apedrejar ou tentar culpabilizar as mulheres. Destaca-se que nessa matéria há a foto da vítima, porém não há a foto do agressor.

De um modo geral, as publicações fazem questão de narrar, de forma quase teatral, como os crimes foram cometidos e os métodos utilizados pe-

los autores, sempre remetendo esses fatos nas matérias subsequentes, visando mostrar como eles aconteceram sob a ótica da interpretação do campo jornalístico. Além disso, se estruturaram em crenças morais que fortalecem o patriarcado, de modo que a vítima sempre será culpabilizada e evidenciada por meio de suas decisões e comportamentos. Posto isso, apesar das chamadas, dos títulos e das manchetes, que anunciam o drama da vítima, o conteúdo não é sobre elas, pois, na maioria das vezes, o foco é o autor do crime, que destaca o que o levou a cometer o crime e qual punição que esse receberá, enquanto a mulher é invisibilizada e apenas citada.

## **Algumas considerações**

A partir dessa exploração mediatizada, é possível concluir que a violência contra a mulher não acontece somente como um ato finito, e sim, por repetidas vezes, a cada veiculação produzida pelo jornal, vitimizando todas as vezes as vítimas, pondo à prova elementos de suas vidas como fator de culpabilização; fazendo o mesmo com parentes e pessoas próximas, quando esses também têm sua privacidade invadida, ou quando se deparam repetidas vezes com o caso, contado sob as lentes da “verdade” do jornal, que nem sempre correspondem a “verdade” vivenciada nas relações do cotidiano; bem como, a exploração exaustiva da tragédia, com o objetivo de gerar lucros e resultados comerciais.

Dessa forma, é possível observar que mesmo com a evolução legal de proteção às mulheres e o debate que surge sobre os papéis de gênero, o autor da violência contra a mulher é representado sob a ótica da dominação que condiciona a atuação social das pessoas apresentadas nas matérias.

Mesmo entrando em vigor a Lei do Feminicídio em março de 2015, que categoriza o que são essas mortes e quem são as vítimas, ainda se prefere configurar tais fatos como crimes passionais ou como atos isolados desse fenômeno histórico. Mesmo mostrando indiretamente o percurso e crescimento das agressões, essas só são enxergadas de fato como um problema quando geram marcas visíveis, como lesões ou a morte da vítima.

Outra forma de colaborar com uma mudança na cobertura de crimes de gênero é a capacitação das fontes, especialmente as polícias, ou seja, cursos sobre gênero e sexualidade, estratégias importantes que devem ser viabilizadas para que os porta-vozes dessas instituições saibam produzir discursos coerentes que minimizem a reprodução da dominação masculina e as ocorrências de violência contra a mulher.

Tendo em vista as análises realizadas nesse trabalho, evidenciamos a necessidade de dar mais visibilidade a violência contra a mulher como um fenômeno social de bases estruturais e estruturantes.

Embora com limitações, é possível destacar que a realização da pesquisa nos permitiu um olhar crítico para as práticas discursivas tecidas pelo jornalismo, e, nesse movimento de estranhamento, podemos perceber como o



discurso jornalístico ainda contém elementos substanciais que acirram as desigualdades de gênero e a reprodução da dominação masculina.

## Referências

ARAÚJO, M. F.; SCHRAIBER, L. B.; COHEN, D. D. Penetração da perspectiva de gênero e análise crítica do desenvolvimento do conceito na produção científica da Saúde Coletiva. **Interface – Comunicação, Saúde, Educação**, Botucatu, v. 15, n. 38, p. 805-818, 2011.

ATLAS DA VIOLÊNCIA 2019. Organizadores: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. ISBN 978-85-67450-14-8 disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/190605\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2019.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf). Acesso em: 19/09/2019 às 17:10.

BEAUVOIR, S. **O segundo sexo 2. A experiência vivida**. Título original: *L'expérience Vécue*, Tradução de Sérgio Millet, capa. de Fernando Lemos. 2ª Ed. Difusão Europeia, São Paulo, 1967.

BOURDIEU, P. **A dominação masculina**. Tradução de Maria Helena Kühner. 12ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.

CHARAUDEAU, Patrick. **Discurso das mídias**. Trad. Ângela M. S. Corrêa. 2 ed., 2ª reimpressão. Editora Contexto, São Paulo, 2013.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris – ONU**. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em 19 de agosto de 2019.

DIÁRIO DA AMAZÔNIA. **ATUALIZADA: Mulher é morta em condomínio de luxo em Porto Velho: homem foi atingido no pescoço por uma facada e acabou revidando e desferindo diversas estocadas na esposa**. Publicado em 08 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.diariodaamazonia.com.br/atualizada-mulher-e-morta-na-frente-dos-filhos-em-condominio-da-capital/>. Acesso em 09 de novembro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Violência contra a mulher dispara**. Publicado em 26 de junho de 2018 às 08h37min. Disponível em: <https://www.diariodaamazonia.com.br/a-violencia-contra-a-mulher-dispara/>. Acesso em 19 de novembro de 2018.

INFORONDÔNIA. **Casal briga e mulher é morta a facada e golpe de barra de ferro na cabeça em Pimenta Bueno**. Fonte: Pimenta Virtual. Publicado em 25 de maio de 2019 às 12h38min. Disponível em: <https://www.inforondonia.com.br/noticia/casal-briga-e-mulher-e-morta-a-facada-e-golpe-de-barra-de-ferro-na-cabeça-em-pimenta-bueno>. Acesso em 15 de setembro de 2019.

MACHADO, Lia Zanotta. **Masculinidade, sexualidade e estupro as construções da virilidade**. Cadernos Pagu (11) 1998: pp.231-273.

MORAES, Dênis de. **Mídia, poder e contrapoder: da concentração monopólica à democratização da informação**. Denis de Moraes, Ignacio Ramonet, Pascual Serrano; São Paulo: Boitempo, 2013.

OPAS/OMS – BRASIL - Folha informativa - **Violência contra as mulheres**. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5669:folha-informativa-violencia-contra-as-mulheres&Itemid=820](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5669:folha-informativa-violencia-contra-as-mulheres&Itemid=820)  
Acesso: 17/09/2019 às 14:20.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). **Prevenção da violência sexual e da violência pelo parceiro íntimo contra a mulher: ação e produção de evidência**. 2012. 94 p.

RONDONIAGORA. **Mulher é morta a tiros pelo ex-marido**. Publicado em 17 de janeiro de 2016 às 09h02. Disponível em: <https://www.rondoniagora.com/policia/mulher-e-morta-a-tiros-pelo-ex-marido>. Acesso em 19 de novembro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Mulher com passagens pela Polícia é morta a tiros em Porto Velho**. Publicado em 06 de março de 2017. Disponível em: <https://www.rondoniagora.com/policia/mulher-com-passagens-pela-policia-e-morta-a-tiros-em-porto-velho>. Acesso em 17 de agosto de 2019.

\_\_\_\_\_. **Vídeo: Mulher é culpada por estar morta, diz ex-marido que confessou assassinato**. Publicado em 14 de agosto de 2017. Disponível em: <https://www.rondoniagora.com/policia/video-mulher-e-culpada-por-estar-morta-diz-ex-marido-que-confessou-assassinato>. Acesso em 10 de novembro de 2019.

RONDONIAOVIVO. **CIÚMES: Ex-marido espanca mulher por causa do WhatsApp**. Publicado em 28 de setembro de 2019 às 08h36min. Disponível em: <http://rondoniaovivo.com/policia/noticia/2019/09/28/ciumes-ex-marido-espanca-mulher-por-causa-do-whatsapp-e-quebra-carro-do-vizinho-tijolada.html>. Acesso em 15 de novembro de 2019.

ZUIM, Aparecida Luzia Alzira; MIZUSAKI, Haruo. A violência como instrumento de poder nas relações sociais e como instrumento de dominação. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 11, n.º. 4, p. 3092-3127, DOI: 10.12957/rqi.2018.38051, 2018.

# PUNIÇÕES IMPLÍCITAS: REALIDADE DA EXECUÇÃO PENAL

**Gabriel de Faria Cussolim**

Acadêmico de Direito (Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP) em mobilidade acadêmica na Escola de Criminologia (Faculdade de Direito da Universidade do Porto – FDUP)

## **Resumo:**

Ao ser condenado a cumprir determinada pena, ao preso serão garantidos diversos direitos descritos na Constituição Federal, na Lei de Execução Penal, bem como em Tratados Internacionais. Sendo imprescindível rememorar que as pessoas possuem dignidade pelo o que elas são, pela sua condição humana, independente se está presa ou não. Tratar com indiferença é uma forma de negar-lhes a dignidade. Outrossim, as pessoas que ingressam no sistema penitenciário estão lá para cumprir determinada pena, respeitados e garantidos seus direitos mais básicos. Entretanto, essas pessoas não foram condenadas a sofrerem violências sexuais, a não terem produtos de higiene pessoal, ou a não terem produtos ou local adequado para sua higiene pessoal, dentre outras. Ou seja, com o atual cenário, de violação massiva de direitos humanos, a pessoa do condenado sofre penas que vão além da segregação da liberdade. A isso se dá o nome de “punições implícitas”.

**Palavras-chave:** Punições; Implícitas; Execução; Penal; Mandela.

## **Promessas Generosas**

Os Direitos Humanos são ubíquos, existente desde os primórdios da humanidade. Sendo possível dizer que os Direitos Humanos caminham desde a antiguidade, onde se encontram alguns mecanismos de proteção individual em relação ao Estado, consagrando valores vistos como fundamentais a vida humana, sendo o Código de Hamurabi (1690 a.C) um documento que marca o momento histórico em questão, pois previa a defesa de direitos comuns a todos, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevenindo a supremacia de tais direitos em relação àqueles que estão no poder.

Com a evolução da humanidade, a compreensão a respeito dos Direitos Humanos sofre diversas influencias em razão da interação entre nações. Sendo marco histórico muito importante, o fato de na “Grécia Antiga”, fazer-se

alusão a um Direito natural anterior ao indivíduo e superior a suas leis e valores como a liberdade, igualdade e a participação política, aos cidadãos gregos. Em Roma, a lei das Doze Tábuas também conferia direitos como igualdade e propriedade aos cidadãos romanos. No Oriente, Buda pregava a igualdade”. (PORTELLA, 2019, p. 965)

Assim, toma contornos ainda mais delineados uma categoria de direitos que visava tutelar direitos vitais a existência humana, elencando a igualdade, a liberdade, a vida como sendo direitos essenciais. É certo, todavia que, ao longo da história, sofrerão grandes influências que irão expandir, ainda mais, a compreensão a esse respeito até o advento dos Direitos Humanos, como os conhecemos atualmente.

O momento histórico mais importante, podemos dizer assim, pois, moldou toda a compreensão a respeito dos Direitos Humanos, talvez seja o Iluminismo, pois “com o humanismo que o caracterizava, veio a enfatizar a necessidade de valorização da pessoa diante de poderes pretensamente ilimitados” (PORTELLA, 2019, p. 966). Fazendo que, a partir deste momento histórico, documentos declaratórios de direitos começassem a surgir, visando à proteção da dignidade humana.

Momento histórico este que acarretou na Independência dos Estados Unidos e, posteriormente, na Revolução Francesa, que fizeram nascer documentos declaratórios de direitos importantíssimos.

Merecem destaque documentos que foram importantes para o momento histórico pelo qual passava a humanidade, tais como, *Habeas Corpus Act* (1679) e *Bill of Rights* (1689), dentre outros que, como se verá mais adiante, buscavam expandir a proteção aos direitos do indivíduo.

Nesse diapasão, diversos outros diplomas internacionais, modernos, merecem destaque, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU-1948), Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (ONU – 1966), Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU – 1966), Pacto de San José da Costa Rica (CADH – 1969), dentro outros.

Fixada esta premissa acerca da trajetória dos Direitos Humanos e na tutela da dignidade humana um documento que merece destaque é o excerto do item 1.1 da Declaração e Programa de Ação de Viena, utilizada na Conferência Mundial dos Direitos Humanos, em junho de 1993, pois marca uma consciência acerca da proteção dos direitos humanos, ao proclamar que “*os direitos humanos e liberdades fundamentais são direitos naturais de todos os seres humanos; sua proteção e promoção são responsabilidades primordiais dos Governos*” (CONFERÊNCIA, 1993). O citado faz com que se crave a responsabilização do Estado na proteção e promoção dos direitos fundamentais, dito aqui, dignidade da pessoa humana.

Ademais, não se trata somente da dignidade da pessoa humana, mas também da promoção do mínimo existencial. Pois, como leciona Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial é um direito pré-constitucional, pré-esta-

tal, inerente à condição humana digna, ancorado nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana (TORRES, 1989).

No Brasil, no ano de 1988, - momento histórico muito importante, em razão da retomada da democracia, ante o fim do regime ditatorial militar – a Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo o marco de uma constituição garantista, dita, cidadã.

Cada qual destes mais diversos diplomas supracitados convergem para a necessidade de valorização da pessoa diante de poderes, pretensamente, ilimitados do Estado, de modo a garantir a supremacia da dignidade humana. Entretanto, na contemporaneidade mostra-se a uma realidade distinta daquelas que visam garantir os direitos prescritos nos inúmeros tratados e Constituições, fazendo com que estes direitos garantidos sejam, na realidade, promessas generosas.

Fixada essa premissa, abarca-se uma realidade ainda mais grave, ao tratar de grupos que não são simplesmente estigmatizados, mas tem tida como perdida a dignidade ante o cometimento de crimes (MARCO AURÉLIO, 2015). Apesar de seu reconhecimento normativo, a garantia da dignidade da pessoa humana e a busca do mínimo existencial, não é de fato assegurado a uma parcela significativa daqueles que englobam o sistema prisional brasileiro.

É possível dizer, com clareza, que há um hiato entre a norma e o fato social (SARMENTO, 2007), onde a afronta à dignidade da pessoa humana faz parte do cotidiano das pessoas que estão inseridas no regime prisional.

Neste cenário, há diversos diplomas que criam e modelam o regime prisional para o cumprimento de pena de modo adequado, buscando a garantia da integridade daqueles que se encontram ingressos nos estabelecimentos prisionais. Nesse ponto, possuímos as “Regras Mínimas para o Tratamento da Pessoa Presa” (Regras de Mandela), bem como das “Regras Internacionais para o Enfrentamento da Tortura e Maus-Tratos” e “Regras de Bangkok”. E, no Brasil, possuímos, principalmente, a Constituição Federal e a Lei de Execuções penais.

Tais diplomas trazem padrões que orientam todo o universo jurídico de proteção aos Direitos Humanos, tendo por objetivo estabelecer o cumprimento de pena compatível com a dignidade humana.

As Regras de Mandela são um marco, tendo por objetivo estabelecer princípios gerais de uma organização prisional compatível com a dignidade humana. Trazendo desde normas aplicáveis a todas as categorias de presos, sejam criminais ou civis, condenados definitivos ou provisórios a regras específicas para determinadas categorias de reclusos.

Seria prudente trazer à colação todas as regras e postulados dos diplomas citados, porém não se faz necessário trazer em sua íntegra. Para começar a moldar o que seriam tais “promessas generosas” é necessário citar as Regras 1, 3 e 5, das Regras de Mandela:

### *Regra 1*

*Todos os presos devem ser tratados com respeito, devido a seu valor e dignidade inerentes ao ser humano. Nenhum preso deverá ser submetido a tortura ou tratamentos ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância. A segurança dos presos, dos servidores prisionais, dos prestadores de serviço e dos visitantes deve ser sempre assegurada.*

### *Regra 3*

*O encarceramento e outras medidas que excluam uma pessoa do convívio com o mundo externo são aflitivas pelo próprio fato de ser retirado destas pessoas o direito à autodeterminação ao serem privadas de sua liberdade. Portanto, o sistema prisional não deverá agravar o sofrimento inerente a tal situação, exceto em casos incidentais, em que a separação seja justificável, ou nos casos de manutenção da disciplina.*

### *Regra 5*

*O regime prisional deve procurar minimizar as diferenças entre a vida no cárcere e aquela em liberdade que tendem a reduzir a responsabilidade dos presos ou o respeito à sua dignidade como seres humanos.*

Além destas normas, a Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal brasileira) elenca nos artigos 1º, 10 e seguintes, 40 e 41, diversas garantias fundamentais, que já são constitucionalmente previstas e repetidas na supracitada lei, como acesso à saúde, à educação, à justiça, ao trabalho, além daqueles que são inerentes à existência humana, como respeito à dignidade da pessoa humana, respeito à integridade física, moral e emocional.

Partindo deste ponto, temos que, em primeiro lugar, o direito e o respeito à dignidade humana é inerente a sua condição humana, e o fato de estar excluído do convívio social não lhe extirpa tais direitos.

Em segundo lugar, temos que o preso não poderá suportar punições além daquelas que estão previstas em lei, ao ocorrer situações como esta o preso estará suportando punições às quais não foi condenado e, muitas vezes, que nem sequer estão previstas em lei e a isso, como se verá mais adiante, se dá o nome de punições implícitas.

Não se deveria ter necessidade de pedir aquilo que se tem direito de ter (CARNELUTTI, 1957).

## **Punições Implícitas**

Fixada essa premissa, tomamos por certo que há um distanciamento entre o que está elencado nas mais diversas leis e tratados internacionais, em especial às Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos – Regras de Mandela -, com o atual cenário do sistema penitenciário brasileiro. Pois, dado o momento que o indivíduo ingressa ao estabelecimento prisional, este sofrerá danos que sequer estão previstos em lei. A isso se dá o nome de “punições implícitas”, uma vez que o indivíduo suporta consequências que não estão legalmente previstas.

Podemos compreender que este fato social esta atrelado com a ausência

de respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, sendo este respeito elencado na “Regra 1” das Regras de Mandela. E esse desrespeito faz com que desencadeie uma série de outras punições implícitas, o que gera uma grave violação das “Regras 3 e 5”, e destas violações, surge um cenário caótico.

Tão grave é o atual cenário penitenciário brasileiro que, no ano de 2015, a Suprema Corte, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, declarou o “Estado de Coisas Inconstitucional” perante o sistema prisional brasileiro, devido às graves violações de direitos humanos fundamentais daqueles que estão ingressos nos estabelecimento prisionais. Ressalta-se que no âmago do sistema prisional federal, não há problemas estruturais ou de superlotação.

Todavia, ainda assim, a existência destas penas implícitas se perpetua como sendo uma realidade draconiana, que se agrava, cada vez mais, devido à existência de uma cultura punitiva onde insistimos em tratar os reclusos como “pauta impopular, envolvendo direitos de um grupo de pessoas não simplesmente estigmatizado, e sim cuja dignidade humana é tida por muitos como perdida, ante o cometimento de crimes” (MARCO AURÉLIO, 2015).

As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos (STF, 2015).

A população carcerária está isolada na ideia de que a dignidade humana se trata de um privilégio que lhes foi retirado, mantendo-vos presos a ideia de que não há que se tutelar direitos fundamentais e garantias constitucionais para àqueles que estão inseridos dentro do sistema penitenciário.

Este modelo de sociedade, que apoia e chancela a existência de tais punições, dificulta a promoção de ações que visam à tutela de tais direitos fundamentais, uma vez que aqueles que visam a garantia de direitos humanos fundamentais também são alvos de ataques e críticas. Sociedade esta que vê o criminoso como um mal a ser destruído, um sujeito desprovido de qualquer direito que mereça ser tutelado. Assim aduz Francesco Carnelutti, “o homem quando é suspeito de um delito, é jogado às feras, como se dizia uma vez dos condenados oferecidos como alimento às feras. A fera, a indomável e insaciável fera, é a multidão” (CARNELUTTI, 1957).

Não se busca a impunidade, pauta-se apenas no cumprimento da pena

dentro dos limites legais, o que não ocorre! Temos um cenário catastrófico de perda de dignidade.

E, nesse diapasão, insta destacar um trecho do voto do Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, na ADPF nº 347 (LUIZ ROBERTO BARROSO, 2015):

As pessoas têm dignidade pelo o que elas são, pela sua condição humana. E, assim, esse desprezo de tratar como se fosse lixo humano é uma forma de negar a elas dignidade.

Desse modo, as pessoas foram condenadas a serem presas. E, em certos casos, devem permanecer presas. “Mas não foram condenadas a sofrerem de violências físicas, a sofrerem violências sexuais, a não terem sabonete, pasta de dente, escova de dente, papel higiênico, nem lugar para fazer as suas necessidades básicas.

Como posiciona o Min. LUIZ ROBERTO BARROSO, a existência de tais punições implícitas está intrínseca no sistema penitenciário brasileiro, onde é possível encontrar, com certa frequência, indivíduos condenados suportando pena a qual não podem suportar, punições às quais não foram condenados, reclusos em um sistema que é hediondo, odioso, infernal, que massacra as pessoas.

Muito embora o julgamento tenha ocorrido em 2015 o cenário ainda não se alterou, aliás, piorou. Em notícias recentes diversos presos foram obrigados a permanecerem presos em viaturas, camburões e contêiner, expostos ao calor, frio, sol e chuva, obrigados a partilharem os mesmos assentos de carros, a fazerem suas necessidades básicas em garrafas e, muitas vezes, a irem ao banheiro a cada dois dias. Em total perda de dignidade humana (ALGEMADOS, 2019).

Situações que se agravam, cada vez mais, para grupos minoritários, como ocorrem para a parcela de homossexuais que são constantemente vítimas de discriminação, de abusos sexuais por não estarem locados adequadamente em celas especiais, como a norma penal prevê, por não haver a segurança e cuidado adequado dentro dos estabelecimentos prisionais.

Outro grupo minoritário que sofre das mazelas do sistema penitenciário é a parcela feminina que, como foi noticiado, além de estarem em condições subumanas, foram expostas ao tratamento vexatório de terem que controlar seus fluxos menstruais com miolos de pão (PRESAS, 2013).

Além destas punições, que são corporais, em muitos casos há a total perda de empatia com estes indivíduos, que são abandonados e esquecidos, além do Estado, por seus familiares, e assim, são submetidos ao isolamento, ao esquecimento, à perda de identidade, submetidos ao caos psicossocial, onde os números de suicídio dentro dos estabelecimentos só tende a aumentar e fecham-se os olhos para tais punições.

Em total descompasso com as promessas generosas, a realidade da execução penal é uma só, uma perda catastrófica da dignidade. Houve um retrocesso à superação do espetáculo punitivo, a execução penal brasileira retor-



nou à barbárie do século XVIII, onde o cumprimento de pena se compara à punição sofrida por Damiens, onde fora condenado a pedir perdão em praça pública e, ao final, torturado, queimado e esquartejado (FOUCAULT, 2004).

Aduz o Ministro CELSO DE MELLO (CELSO DE MELLO, 2015):

O sentenciado, ao ingressar no sistema prisional, sofre uma punição que a própria Constituição da República proíbe e repudia, pois a omissão estatal na adoção de providências que viabilizem a justa execução da pena cria situações anômalas e lesivas à integridade de direitos fundamentais do condenado, culminando por subtrair ao apenado o direito – de que não pode ser despojado – ao tratamento digno.

O excesso de execução é generalizado, em regra as sanções são cumpridas em condições incomparavelmente mais gravosas do que aquelas admitidas em nossa ordem jurídica. Esqueceu-se de que a dignidade humana é mais que um direito, é um fundamento da República, proclamado no artigo 1º, inciso III, da Magna Carta.

Atualmente vive-se o absurdo, em que deve se pedir aquilo que se tem direito de ter. Desde o julgamento em que houve o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” pouco se fez. Ainda persistem massivas violações dos direitos daqueles que estão reclusos no sistema penitenciário brasileiro, não se verificando efetivas movimentações para cessar tamanha barbárie.

Infelizmente as punições implícitas ainda ocorrerem e hão de ocorrer até que o poder público resolva cumprir, de modo efetivo o texto legal, deixar de tratar os direitos dos presos como sendo pauta impopular, deixar de marginalizar aqueles que militam na defesa da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos.

Lembrando-se que direito ao mínimo existencial é um Direito pré-constitucional, pré-estatal, inerente à condição humana digna, ancorado na ética, nos Direitos Humanos e nos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana. Em verdade negar a existência ao mínimo é negar a própria condição humana.

## Referências

ALGEMADOS a 18 viaturas, quase cem presos vivem em “cadeia a céu aberto” em Porto Alegre. GAUCHAZH, [S. l], p. 0-0, 25 set. 2019. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2019/09/algemados-a-18-viaturas-quase-cem-presos-vivem-em-cadeia-a-ceu-aberto-em-porto-alegre-ck0zjtvt0p701mtpx6x76o1.html>. Acesso em: 30 out. 2019.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de José Antônio Cardinali. Edição de 1957. Edizioni Radio Italiana.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de José Antônio Cardinali. Edição de 1957. Edizioni Radio Italiana.

- CELSO DE MELLO. Voto. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**, Brasília, 2015.
- CONFERÊNCIA DE DIREITOS HUMANOS, 1993, Viena. Conferência de Viena [...]. [S. l.: s. n.], 1993.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.
- LOBO TORRES, Ricardo. **O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais**. 1989.
- LUIZ ROBERTO BARROSO. Voto. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**, Brasília, 2015.
- MARCO AURÉLIO. Voto. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**, Brasília, 2015.
- MARCO AURÉLIO. Voto. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**, Brasília, 2015.
- PORTELA, P.H.G. **Direito Internacional Público e Privado: Incluindo Noções de Direitos Humanos e Direito Comunitário**. 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 965
- PORTELA, P.H.G. **Direito Internacional Público e Privado: Incluindo Noções de Direitos Humanos e Direito Comunitário**. 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 966
- PRESAS em Colina, SP, usam miolo de pão como absorvente, diz Defensoria. **G1**, [S. l.], p. 0-0, 23 jan. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2013/01/presas-em-colina-sp-usam-miolo-de-pao-como-absorvente-diz-defensoria.html>. Acesso em: 30 out. 2019.
- SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda**. Rio de Janeiro, 2007.
- STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Partido Socialismo e Liberdade. Dje. 25/05/2015.

# EXECUÇÃO PENAL: A VIOLAÇÃO DAS REGRAS DE MANDELA NO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

**Maria Carolina Ramos**

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Mestre em Direito Penal pela Universidade Metodista de Piracicaba, São Paulo, doutoranda em Direito Público pela Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões, Portugal. Professora dos cursos de Graduação e Pós-graduação na Universidade Paulista e na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada

**Luciene de Jesus Lima**

Graduanda em direito 7º Semestre, pela Universidade Paulista – Campus Campinas-São Paulo

## **Resumo:**

O presente trabalho tem a finalidade de analisar o processo de execução da pena no Brasil, analisando as condições as quais os presos brasileiros são submetidos, além de verificar se ocorre o descumprimento das Regras de Mandela durante esse processo, e quais os aspectos negativos ocasionados pelo desrespeito dessas regras durante a execução penal, tendo por recorte a análise de um fato que ocorreu em Porto Alegre, Rio grande do Sul, Brasil neste ano de 2019. Nesse episódio os presos ficaram detidos no próprio carro da viatura da Brigada Militar na calçada do Palácio da Justiça, tendo assim, seus direitos e garantias fundamentais violados por parte do poder estatal, o qual não oferece condições dignas para que os presos cumpram suas penas ou sejam custodiados, atendendo aos requisitos mínimos presentes nas Regras de Mandela. Notamos, que mesmo o Brasil fazendo parte de Tratados Internacionais, da ONU, existe no sistema brasileiro prisional a violação dos direitos humanos, visto que não possui políticas públicas eficazes capazes de lidar com a superlotação dos presídios brasileiros, não assegurando, assim, os padrões mínimos de respeito aos direitos dos presos, ferindo dessa forma, o princípio da dignidade humana.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos; Violação; Regras de Mandela.

## Introdução

Tentar entender e analisar a problemática do sistema prisional brasileiro não constitui uma tarefa fácil e tampouco agradável, entretanto torna-se um trabalho imprescindível para o avanço nas pesquisas e propostas de melhoria do sistema. A atual sistemática contempla a superlotação nos presídios que resultam em constantes violações aos direitos humanos, diante das condições degradantes as quais os presos são submetidos desde o momento em que são custodiados até a execução penal, além dos impactos sociais e jurídicos nesta execução da pena.

Partindo do ponto de vista constitucional elencado no artigo 5º, inciso III da Constituição Federal do Brasil de 1988, a previsão é de que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano degradante, infelizmente não é o que se pode verificar atualmente nos presídios brasileiros.

Recentemente no estado do Rio Grande do Sul, mais precisamente na cidade de Porto Alegre, tivemos episódios de abusos das normas contidas na nossa Carta Magna quando os presos custodiados foram submetidos a prisão improvisada dentro de viaturas policiais em um espaço minúsculo, sem ventilação ou acesso a sanitários, em condições desumanas violando não somente a Constituição Federal assim como outros documentos internacionais como as Regras de Mandela.

Portanto o presente artigo busca ir além do que está previsto na Constituição Federal do Brasil, mas também analisar a violação de outros documentos internacionais que protegem os direitos humanos e suas garantias fundamentais, trazendo fatos que acontecem diariamente na sociedade brasileira, tendo como principal enfoque a problemática do sistema penitenciário brasileiro, especificamente no que envolve as condições degradantes dos presos. Este estudo busca ainda compreender também a importância dos direitos humanos e as garantias fundamentais na sociedade brasileira contemporânea, entender os institutos penais e no processo de execução penal, a fim de abranger os dispositivos normativos no que diz respeito ao sistema prisional e ao tratamento oferecido aos presos, e se na aplicação destes no caso concreto respeitam ou violam os dispositivos contidos nas regras de Mandela.

## Das Garantias Constitucionais Brasileiras e as Regras de Mandela

Em uma sociedade com altos índices de criminalidade, como é o caso da sociedade brasileira, o preso passou a ser visto como um inimigo do Estado, devido ao fato de cometer um delito e comprometer a segurança pública.

A Constituição Federal do Brasil<sup>1</sup> contempla em seu artigo art. 5º, inciso XLVII, a vedação às penas cruéis, sendo que a execução penal deveria seguir exatamente essa linha. Ademais a própria Constituição tem como um de

1 DECRETO-LEI n.º 186/2008. Constituição da República Federativa do Brasil, n.º 186 (05-10-88). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

seus fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana contida no artigo 1º, inciso III, sendo um princípio fundamental inerente à República Federativa do Brasil. Como finalidade, nesta qualidade de princípio fundamental, busca assegurar aos homens um mínimo de direitos que devem ser respeitados pela sociedade e pelo Poder Público, de forma a preservar e a se valorizar o ser humano.

Neste mesmo sentido ainda no rol do artigo 5º, temos os incisos III que veda a submissão à tortura e o inciso XLIX que prevê a proteção da integridade do preso.

Todos estes dispositivos constitucionais visam a proteção da dignidade humana ante a ação do Estado, mormente no que tange ao direito do Estado em privar pessoas de sua liberdade em decorrência de prisão cautelar, como é o caso da prisão preventiva e a cautelar, bem como no caso de prisão definitiva decorrente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Ademais o Brasil também é signatário do chamado Pacto de San José da Costa Rica, na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, sendo subscrita pelo Brasil em 1992, que trata de diversas matérias sobre direitos humanos, dentre elas a proteção da honra e da dignidade, e dos direitos à vida e à integridade das pessoas.

Dentro desta mesma perspectiva de proteção a dignidade humana, em 1955 foram criadas as chamadas Regras de Mandela<sup>2</sup>, que são regras mínimas para tratamento de presos, alteradas e aprovadas pela Assembleia Geral da ONU no ano de 2015, cerca de 60 anos depois.

Este documento cria diretrizes para o tratamento de presos, sendo o objetivo, conforme se retira do próprio texto, não o de estabelecer um sistema penitenciário modelo, mas elaborar princípios e regras de uma boa organização penitenciária e o tratamento digno dos custodiados pelo Estado. As regras servem ainda para estimular as nações para a superação das dificuldades práticas que encontramos no encarceramento, sem, no entanto, se mostrarem impositivas ou que possam contrariar os sistemas internos dos países aderentes.

As Regras de Mandela estabelece como princípio fundamental a imparcialmente, ou seja, que as regras sejam aplicadas sem qualquer tipo de discriminação aos presos. O documento tem a seguinte divisão: algumas regras são de aplicação geral, atingindo toda e qualquer categoria de presos, e outras, de aplicação especial, com incidência a apenas determinada categoria de presos.

Assim as regras de aplicação geral servem para o registro do preso chamando-o pelo seu nome, a separação entre categorias, locais adequados à prisão, que ele possa ter acesso à higiene pessoal, roupas de vestir e de cama, alimentação, exercício físico, serviços médicos, regras de disciplina e na hipótese de seu descumprimento aplicações de sanções, instrumentos de informação e

2 Conselho Nacional de Justiça do Brasil. **Regras de Mandela**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>

direito de queixa dos presos, que possam ter contato com o mundo exterior, acesso a livros, praticar uma religião, guarda de objetos pertencentes aos presos, notificações de mortes de familiares, transferências de presos, dos agentes penitenciários e como devem ser feitas as inspeções nos estabelecimentos prisionais.

Este documento atualizado em 2015 manteve a integralidade do original, porém trouxe algumas inovações, como a fixação um tempo máximo para o isolamento solitário em 15 dias, criou a proibição de que presas parturientes fossem algemadas no parto e pós-parto, e, também, proíbe a revista vexatória em crianças e familiares dos presos. As regras preveem ainda que caso ocorram mortes de presos dentro do sistema penitenciário, haja a necessidade de monitoramento e fiscalização do sistema prisional por órgãos externos e independentes.

Todos os dispositivos das regras de Mandela buscam a criação e efetivação de um lastro mínimo de tratamento dos custodiados, daquilo que é plausível e viável pela ONU em termos de execução penal, ou seja, seriam condições básicas para uma execução penal digna, humana e não degradante.

## **O caso da cidade de Porto Alegre-RS e as violações dos Direitos Humanos**

A retribuição imposta pelo Estado em razão da prática de um ilícito penal consiste na privação ou restrição de bens jurídicos determinados pela lei, cuja finalidade é a readaptação do condenado ao convívio social e a prevenção em relação à prática de novas infrações penais.

Entender o processo de execução da pena na perspectiva dos direitos humanos é essencial para compreender o impacto deste no que diz respeito à dignidade da pessoa humana. As regras de Mandela bem como os dispositivos previstos na Constituição Federal são mecanismos que visam coibir a prática de violação dos direitos humanos no processo de execução da pena no sistema penitenciário brasileiro. Outrossim são instrumentos indispensáveis para combater as frequentes violações à dignidade humana, especialmente no que tange às condições degradantes as quais os presos brasileiros estão sendo, em muitos casos, submetidos.

Ainda que ambos estatutos demonstrem dar atenção aos direitos humanos dos encarcerados, infelizmente a realidade nos presídios brasileiros é bem diferente. Constantemente são noticiadas barbáries que ocorrem no interior das penitenciárias, tais como assassinatos, prática de tortura divulgando a lamentável situação dos já condenados e dos presos provisórios no Brasil.

Dentre outras problemáticas tais como a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, a pena no Brasil não têm cumprido uma de suas finalidades, qual seja seu papel ressocializador. Não há individualização real no cumprimento da pena sendo que a capacidade dos presídios não comporta todos os que para lá são enviados, muitas vezes com a conivência da própria

sociedade que se cala diante dessa realidade, pois muitos acreditam que os que lá estão merecem tal sofrimento.

Não obstante as recorrentes violações aos direitos humanos que têm ocorrido nos presídios brasileiros, o presente artigo elegeu para sua análise um dos episódios mais absurdos de flagrante desrespeito a dignidade humana, qual seja, o encarceramento de presos provisórios e definitivos em viaturas da Polícia Militar ocorrido neste ano de 2019 na cidade de Porto Alegre, estado do Rio Grande do Sul no Brasil.

A reportagem feita em 25/09/2019<sup>3</sup> demonstra em que condições os presos estavam sendo mantidos, sob o título: “CAOS CARCERÁRIO”, a notícia de que quase 100(cem) presos estavam algemados a 18 viaturas e viviam em “cadeia a céu aberto” na cidade de Porto Alegre.

Ainda de acordo com o foi noticiado, as viaturas estavam localizadas em um terreno mal cuidado atrás de um muro alto sem reboco e um portão enferrujado, onde eram mantidos cerca de 100 presos algemados dentro de viaturas da Brigada Militar, por semanas a fio, transformando a área em uma cadeia pública mal improvisada. O local abrigava viaturas com presos que, até julho do presente ano, ficavam no entorno do Palácio da Polícia da cidade, aguardando vagas.

Os veículos pequenos eram colocados lado a lado dos camburões, caminhonetes e furgões que abrigavam os presos que acordavam e dormiam no mesmo assento, porta-malas ou no assoalho do veículo. Como tinham acesso controlado ao sanitário, apenas uma vez ao dia, os detentos compartilhavam dentro dos veículos garrafas Pet de plástico para urinar.

Assim reportavam os detentos aos jornalistas:

A gente usa uma garrafa comunitária para urinar. Quando enche, o soldado escolta e a gente vira no mictório. Fazer o número dois é uma vez por dia. Estou há 20 dias aqui” — conta um preso de 31 anos que divide um porta-malas com outro homem.

Olha que horas são agora (são cerca de 10h da manhã). Ninguém fez higiene aqui ainda. A última vez que saí dessa viatura foi às 18h30min de ontem. Não estou mais urinando nas garrafas, não vou me submeter a sair daqui com doença. Todo mundo fez um crime e todo mundo tem de pagar, mas isso aqui está desumano demais” — reclama um preso que está há 31 dias ali.

Não estamos mais na época dos escravos para estarmos acorrentados. A gente já está preso” — argumenta outro detento.<sup>4</sup>

Os absurdos não paravam por aí, não havia espaço para todos se dei-

3 Conforme notícia veiculada no site gauchazh, disponível no site: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2019/09/algemados-a-18-viaturas-quase-cem-presos-vivem-em-cadeia-a-ceu-aberto-em-porto-alegre-ck0zjtvt00p701mtpx6x76o1.html>

4 Cf. notícia veiculada no site gauchazh, disponível no site: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2019/09/algemados-a-18-viaturas-quase-cem-presos-vivem-em-cadeia-a-ceu-aberto-em-porto-alegre-ck0zjtvt00p701mtpx6x76o1.html>

tarem. Para dormir, amontoavam-se, com os joelhos dobrados, repousando a cabeça de um sobre os pés do outro. A poucos metros das viaturas, uma corrente atravessa um camburão onde 12 presos permaneciam algemados, em meio a colchões, cobertores, roupas sujas e garrafas de urina. O detento que chegava por último nas “celas” era algemado na porta aberta do carona do veículo. Quem estivesse ali há mais tempo, “progredia” para o fundo do camburão, onde havia um pouco mais de espaço. Dependendo de como a viatura havia sido estacionada e de como foi lacrada a algema, os presos tinham uma experiência diferente. Uns conseguiam ficar de pé, porque estavam anexados à porta de um carro. Outros não conseguiam se deitar, porque estavam em um assento para uma pessoa, dentro de uma viatura, assim só havia como dormirem sentados.

Apesar da juíza responsável pela vara das execuções criminais da Comarca de Porto Alegre, a juíza Sonáli Zluhan<sup>5</sup>, ter feito o acompanhamento da situação, buscando colaborar na destinação dos presos que poderiam ser destinados ao regime semiaberto, a magistrada encontrava dificuldade também na busca de uma solução imediata para os homens que apresentam problemas graves de saúde dentro das viaturas como HIV, hepatite e tuberculose.

Não obstante essa situação caótica enfrentada pelos detentos, os brigadianos que faziam a guarda dos capturados também estavam sendo submetidos a esta situação degradante, pois dispunham apenas de cadeiras plásticas para que pudessem descansar, dividindo-se em turnos, que correspondiam em geral, ao período de 12 horas. Para trabalhar com os presos, também eram oferecidas luvas cirúrgicas aos policiais que têm, como principais atividades, algemar e desalgemar os custodiados, levá-los ao banheiro, entregar a comida e evitar a desordem no local, conforme relata um dos policiais.

O que é pior são as condições. É bem insalubre. E também estamos aqui, às vezes, em quatro brigadianos de um batalhão para quase 20 presos. Os presos ainda colaboram. A gente não “solta” muito eles, mas também não aperta” — diz outro policial.

Não é papel de polícia isso aqui. Estamos como cuidadores, então tem de se adaptar. Temos de levá-los no banheiro, alimentá-los, então o nosso psicológico tem de mudar. Olha aquele portão ali, é só abrir e vai embora. Se acontece isso, o cara já vai responder procedimento. Isso aqui não é trabalho da Brigada” — alerta o servidor público.<sup>6</sup>

A ilegalidade desse sistema e os danos causados a todos os envolvidos é evidente pois trata-se de uma situação de flagrante desrespeito aos preceitos da Constituição Federal, das regras previstas na Lei de Execução Penal brasi-

5 ZLUHAN, Sonáli. Magistrada responsável pela da 1ª Vara de Execuções Criminais (VEC) de Porto Alegre.

6 Cf. notícia veiculada no site gauchazh, disponível no site: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2019/09/algemados-a-18-viaturas-quase-cem-presos-vivem-em-cadeia-a-ceu-aberto-em-porto-alegre-ck0zjtvt00p701mtpx6x76o1.html>.



leira e das Regras de Mandela.

Infelizmente este episódio lamentável não é algo isolado, sendo certo que o sistema carcerário brasileiro parece não cumprir sua dupla função, qual seja a de punir e também recuperar para ressocializar o preso, conforme estabelecido pela Lei de Execução Penal (LEP), já no artigo 1º, deixando na trajetória do egresso uma marca que se configura num dos elementos mais perversos produzidos pelo sistema que é a exclusão social, estigmatizando o egresso de forma negativa e na maioria dos casos, para sempre.

## **Conclusão**

Nos últimos anos no Brasil o país tem demonstrado interesse no reconhecimento e valorização do Direitos Humanos, através de preceitos estabelecidos pela Constituição Federal, pela Lei de Execução Penal brasileira e também ratificando inúmeros tratados de direitos humanos frente à Comunidade Internacional. Um dos mais importantes para tema sobre o tratamento dos encarcerados são as Regras de Mandela, aprovadas pela Assembleia Geral da ONU no ano de 2015.

Não obstante a esta adoção por parte do Estado brasileiro, o país vem enfrentado graves violações aos direitos humanos, especialmente dos indivíduos submetidos ao sistema carcerário brasileiro.

Homicídios, propagação de doenças, prática de tortura cometida pelos agentes estatais e também por outros encarcerados em rebeliões ocorridas dentro das unidades prisionais, reforçam a infeliz conclusão de que o sistema penitenciário brasileiro encontra-se em uma crise grave, sem precedentes.

Observamos que a finalidade de ressocializar não vem sendo atingida, sendo crescentes os debates para buscar alternativas a atual problemática, inclusive com opiniões polêmicas como a privatização dos presídios ou em sugestões completamente opostas, como a extinção dos estabelecimentos prisionais. No entanto, os posicionamentos convergem num mesmo sentido, qual seja, da necessidade de uma reforma urgente do sistema carcerário brasileiro.

Carceragens superlotadas, celas insalubres em condições absolutamente desumanas e precárias, contribuindo para a ocorrência de inúmeros tipos de violências e disseminando doenças contagiosas tais como Sífilis, HIV, tuberculose entre outras, sendo totalmente desprezado pelas políticas públicas.

Sob o enfoque de um episódio ocorrido este ano na cidade de Porto Alegre, no estado do Rio Grande do Sul, analisando as graves violações a que os apenados foram submetidos, chegamos à conclusão de que o sistema prisional brasileiro está completamente falido, necessitando de uma reforma urgente em todos os aspectos, contemplando um tratamento digno desde a prisão cautelar ao preso definitivo, até o acompanhamento do egresso do sistema, buscando sua reinserção na sociedade para evitar que seja mais um número a aumentar as lamentáveis estatísticas da reincidência. Como demonstrado

no presente artigo, a superlotação é um dos fatores de violação aos direitos humanos e também uma das incentivadoras da reincidência dos egressos.

Esta reforma necessita ser institucional e também judicial, partindo desde a apreensão do custodiado, passando por seu tratamento nos estabelecimentos, fornecendo assistência material, médica e judiciária, até sua saída e regresso a sociedade. O Judiciário exerce função fundamental nesta proteção eficaz aos direitos humanos dos encarcerados, sendo necessário no entanto, a ampliação no número de varas penais, de execuções penais, magistrados, promotores e defensores públicos.

O Brasil precisa se posicionar de forma prática para coibir efetivamente tais violações aos direitos humanos dos encarcerados, na medida em que o próprio ordenamento pátrio, bem como os tratados internacionais sobre a matéria, conferem essas garantias aos presos.

Além disso, faz-se necessária uma mudança de mentalidade na sociedade como um todo, no sentido de abandonar a equivocada ideia de uma pena puramente retributiva e do enclausuramento como um castigo à aquele violador do sistema normativo, pois este também é detentor de direitos e garantias fundamentais que precisam ser preservadas.

A conquista dos direitos humanos é fruto de um árduo e sangrento processo histórico, e sua violação atenta contra nossa própria existência como seres sociais, ferindo o ser humano em sua mais preciosa essência, qual seja, a dignidade humana.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original-Theorie der Grundrecht. ISBN 9788539200733

BECK Ulrich. **Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34. 2013. ISBN 8573264500

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado De Direito Penal- Parte Geral**. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 9788547231583

BRASIL. DECRETO-LEI n.º 186/2008. Constituição da República Federativa do Brasil, n.º 186 (05-10-88). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

BRASIL. DECRETO-LEI n.º 2.848/1940. **Código Penal Brasileiro**. 23.ª ed. Vade Mecum: Saraiva, 2017. ISBN: 978-85-472-1420-3.

BRASIL DECRETO-LEI n.º 3.689/1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. 23.ª ed. Vade Mecum: Saraiva, 2017. ISBN: 978-85-472-1420-3

BRASIL. DECRETO-LEI n.º 7.210/1984. **Lei de Execução Penal**. 23.ª ed. Vade Mecum: Saraiva, 2017. ISBN: 978-85-472-1420-3

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. São Paulo: 2a ed. Ed. Servanda. São Paulo, 2016. ISBN 9788578900908

- \_\_\_\_\_. Francesco. **Lições sobre o Processo Penal**. Vol. 1, 1ª edição, Campinas: Bookseller, 2004. ISBN 85-224-37432
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão-Teoria do Garantismo Penal**. 4 ed. – São Paulo, RT, 2014. ISBN 9788520350317
- FOUCALT, Michel. **Vigiar e punir**. 39. ed. Rio de Janeiro: Editora vozes, 2011. ISBN 9788532605085
- JAKOBS, Günter e CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**, Madrid: Civitas, 2003. ISBN 9788573487923
- LISZT, Franz Von. **A Ideia do Fim no Direito Penal**. 1º ed. São Paulo: Rideel, 2005. ISBN 9788533907911
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2003. ISBN 978-8530982706
- NORONHA, M. Magalhães. **Direito Penal**, volume 1, 35ª edição, São Paulo: Saraiva, 2000. ISBN 9788533911444
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5ª Ed. Ver., atual e ampl. 3. Tir. – São Paulo: Editora Revista nos Tribunais, 2008. ISBN 978-8530981235
- SANTOS, Paulo Fernando. **Aspectos Práticos da Execução Penal**. São Paulo: Editora Universitária de Direito. 1998. ISBN 8574561223.

# O SUICÍDIO NAS PENITENCIÁRIAS BRASILEIRAS E A APLICAÇÃO DAS REGRAS DE MANDELA

**Rafaela Alves da Fonseca Cassali**

Graduanda em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Campinas

## **Resumo:**

A Organização Mundial da Saúde constatou que o suicídio representa mais de 800 mil mortes por ano, equivalente a uma morte a cada 40 segundos em face mundial. Ainda, estimou-se que, dentre os 194 países da OMS, apenas 60 deles mantêm regularmente informações sobre a problemática pública. Apesar da perspectiva de redução em 10% da respectiva taxa, a realidade brasileira caminha em direção contrária e, no cárcere, não se mostrou diferente: o Departamento Penitenciário Nacional apurou que a proporção suicida é praticamente cinco vezes maior em ambiente recluso, apesar da subnotificação existente e conseqüente distorção nos resultados. Discute-se, então, a capacidade do ambiente de influenciar na vontade do indivíduo, considerando a atual conjuntura dos presídios brasileiros, com uma ocupação de 709.888 presos, em celas com capacidade para 424.554, perfazendo uma taxa de ocupação de 167,21%, consoante dados do Conselho Nacional do Ministério Público referentes ao ano de 2018. As condições carcerárias e o ambiente hostil traduzem todo tipo de repugnância, sendo o suicídio uma resposta rápida à realidade e, em que pese o viés ressocializador das penas, a saúde mental permanece esquecida no cárcere. Enquanto muitos já são presos com sérios distúrbios psíquicos e emocionais, outros os desenvolvem no ambiente recluso, que reflete, por si só, uma seletividade já inerente ao sistema penal, cuja verdadeira e oculta função busca retirar do convívio social aquele que não responde ao esperado “dever ser”, em nítida “limpeza social”, retomando ao ideal de suicídio egoísta tratado por Durkheim, segundo o qual o indivíduo se suicida por perder o senso de integração com seu grupo social. Assim, considerando a relação entre a desordem e suas conseqüências, em analogia a “Teoria das Janelas Quebradas”, propõe-se uma análise crítica acerca da efetiva aplicação das Regras de Mandela no cárcere brasileiro, no que tange à saúde mental dos detentos. Sendo o encarceramento uma medida afliativa por si só, cabe ao sistema prisional não agravar o sofrimento inerente a tal situação, considerando as necessidades individuais dos detentos, especialmente daqueles em situação de maior vulnerabilidade, discutindo-se a responsabilidade estatal pela sua saúde mental e a aplicação de regras que preconizam a proteção e promoção

de direitos humanos. Contudo, ante a crescente multiplicação das respectivas violações, tais regras ainda não encontram real respaldo, visto que ações considerando a saúde mental dos detentos são pouco assimiladas como políticas públicas em um país em que a própria humanidade do preso é descartada. Assim, para que as Regras de Mandela encontrem, de fato, aplicabilidade, há que se desconstruir ideais como “bandido bom é bandido morto”, visto que o cárcere influencia o indivíduo assim como a pressão social de um grupo que o estigmatiza também o faz.

**Palavras-chave:** Suicídio; Cárcere; Brasil; Regras de Mandela.

## Introdução

Consoante dados apresentados pela Organização Mundial da Saúde (OMS), o suicídio representa mais de 800mil mortes por ano, equivalente a uma morte a cada 40 segundos em face mundial, sendo a segunda maior causa de morte entre pessoas de 15 a 29 anos de idade. Além disso, a disponibilidade e a qualidade dos dados referentes ao suicídio são baixas, estimando-se que apenas sessenta dos Estados-membros da OMS mantêm regularmente informações sobre a problemática pública, sendo que apenas algumas nações relataram possuir uma estratégia nacional de prevenção. Ainda, tratada como *tabu* em diversas localidades, é comum a subnotificação de mortes autoprovocadas, impedindo que a prevenção ao suicídio seja incluída nas prioridades de diversos países.

Nesse viés, em que pese à perspectiva de redução em 10% da respectiva taxa no país até o ano de 2020, conforme compromisso firmado com a OMS, a realidade brasileira caminha em direção contrária e, segundo dados referentes ao primeiro boletim epidemiológico sobre o tema, lançado durante a apresentação da Agenda Estratégica de Prevenção do Suicídio, mencionada taxa, no país, aumentou de 5,3, em 2011, para 5,7, em 2015, a cada 100 mil habitantes. Ainda, entre os anos de 2011 a 2016, foram notificadas 176.226 lesões autoprovocadas, considerando a obrigatoriedade da notificação a partir de 2011. Da mesma forma, no sistema carcerário, a realidade não se mostrou diferente: conforme apurado pelo Departamento Penitenciário Nacional, entre os anos de 2006 a 2008, a taxa de suicídios cometidos no interior das penitenciárias cresceu cerca de 40%, sendo a proporção suicida praticamente cinco vezes maior em ambiente recluso, além de que, consoante dados do Infopen referente ao mês de junho de 2014, a taxa de mortes intencionais no sistema prisional, dentre as quais se inclui o suicídio, seria de 8,4 mortes para cada dez mil pessoas presas em um semestre, correspondente a um valor seis vezes superior à taxa verificada de crimes letais intencionais no país no ano de 2013, apesar da subnotificação também existente e a consequente distorção nos resultados que possa acarretar.

Diante disso, considerando a atual conjuntura dos presídios brasileiros, com uma ocupação de 709.888 presos, em celas com capacidade para 424.554, perfazendo uma taxa de ocupação de 167,21%, consoante dados do Conselho Nacional do Ministério Público referentes ao ano de 2018, o presente artigo busca discutir a capacidade do ambiente de influenciar na vontade do indivíduo, sendo o suicídio uma resposta rápida à realidade retratada pelo ambiente hostil que traduz o sistema penitenciário brasileiro. Nesse sentido, em que pese o viés ressocializador das penas privativas de liberdade, a saúde mental não é sequer abordada no cárcere, discutindo-se, assim, a eficácia da aplicação das Regras de Mandela em tal ambiente, diretrizes estas que preconizam a proteção e promoção de direitos humanos, e qual o respaldo necessário para tanto em um país cuja humanidade do recluso, por si só, é descartada, a partir da análise de dados referentes ao tema assim como teorias que buscam compreender a relação estabelecida entre o sistema prisional, o indivíduo recluso e a crescente violação de direitos humanos no ambiente carcerário brasileiro.

## O Cárcere e o Suicídio

Na contemporaneidade, o ordenamento jurídico, assim como a decidibilidade do caso concreto, é pautado em inúmeros princípios gerais do direito que, por sua vez, decorrem de valorações do próprio grupo social. Frente a isso, considerando um conjunto normativo pautado em regras e princípios, estes são considerados uma própria fonte do Direito, sendo que o princípio da dignidade da pessoa humana ganha destaque no âmbito jurídico atual. Tal enfoque relaciona-se com a própria ascensão dos direitos humanos no período pós-guerra, no qual direitos fundamentais e garantias individuais foram amplamente violados, ensejando uma tutela contra o poder discricionário estatal. No entanto, em uma situação de calamidade marcada pela superlotação, em um país cuja taxa de ocupação dos presídios atinge níveis extremamente preocupantes, eis que o número de reclusos é praticamente duas vezes maior que o número de vagas disponíveis, pode-se afirmar que, apesar da abstração do termo, não há o mínimo de proteção à dignidade da pessoa humana no ambiente carcerário. A completa falta de estrutura e condições básicas dos atuais presídios brasileiros, somadas à sua capacidade limitada, impedem que seja garantido o mínimo que se possa afirmar de dignidade, retirando a própria humanidade dos detentos, sendo que a peculiaridade do local influencia diretamente as condutas adotadas por aqueles que vivem tal realidade.

Nesse sentido, em primeiro lugar, insta salientar que, no âmbito da criminalidade, a prática de uma conduta desviante não é unicamente fruto da livre escolha do indivíduo, de modo que não se deve desconsiderar a interferência de fatores estruturais da sociedade sobre o sujeito. Assim, a forma como um indivíduo é reconhecido pelo próprio grupo social ganha relevância, tratando-se de verdadeira rotulação, sendo que o *status* de “desviante” torna-se a característica central de sua personalidade, em verdadeiro “etiqueta-

mento” social, consoante discorre Baratta (2002). De tal modo, a princípio, a imagem que o indivíduo tem de si mesmo é transformada, fazendo com que aceite e corresponda ao modelo que lhe foi imposto, e, mesmo sem o ser, o sujeito já estigmatizado como criminoso adota condutas que, de certa forma, são pertinentes ao grupo social ao qual pertence. Sendo assim, o autor destaca que os comportamentos desviantes e suas consequências são definidos e regidos pelo próprio ordenamento a que estão impostos, de modo que não há conduta naturalmente delitiva ou um indivíduo naturalmente criminoso, sendo tais conceitos interligados à própria sociedade em que estão inseridos, em verdadeiro “etiquetamento” e exercício de controle social. Assim, em suma, a criminalidade é um *status* social atribuído a uma pessoa por aquele que tem poder de definição:

Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas (BARATTA, 2002, p. 161).

Ainda nesse viés, o comportamento criminoso seria aquele rotulado como tal, de modo que o agente tido como delinquente, a partir da atuação da estigmatização penal na criação de um *status* social criminoso, sofre, por conseguinte, os reflexos de um sistema penal seletivista. Assim, o estereótipo de delinquente é pré-direcionado a indivíduos de determinado grupo social, marginalizados em relação ao restante da sociedade e, portanto, alvos do próprio Direito Penal, o qual é utilizado como instrumento de uma “limpeza social”, retirando do convívio aquele que não se adequa aos padrões impostos. Além disso, a partir de uma transformação na própria identidade social do sujeito, tem-se a consolidação de uma identidade criminosa, reflexo de uma violência praticada pelo próprio Estado e, em última análise, pelo próprio grupo social. A partir disso, o sistema carcerário contemporâneo consiste em um instrumento de manutenção do *status quo* e de intervenção social, criminalizando grupos considerados vulneráveis, que não se adequam ao esperado “dever ser” social.

Assim, a prisão, por si só, traduz todo e qualquer tipo de repugnância, e em que pese o crescimento da população carcerária nos últimos anos, não houve a correspondente adequação da estrutura física. De tal modo, a superlotação das celas, aliada a condições desumanas de sobrevivência, é uma característica já inerente ao sistema prisional brasileiro, e o indivíduo que já é alvo da seletividade penal, no cárcere, encontra um ambiente que o estigmatiza ainda mais, sendo o suicídio uma resposta rápida à realidade que o cerca.

Ainda, em que pese o viés ressocializador das penas privativas de liberdade, a saúde mental permanece esquecida no ambiente recluso e, enquanto muitos detentos já são presos com sérios distúrbios psíquicos e emocionais, outros os desenvolvem no cárcere, sob a influência de uma sociedade que o afasta, e um ambiente que o anula sob o pretexto de ressocializar alguém que nunca, de fato, fez parte do grupo social.

Diante disso, resta evidente que o suicídio, quando considerado em ambiente recluso, não consiste em um fenômeno isolado, sendo que inúmeros fatores externos ao indivíduo interferem em sua vontade desde a sua vida anterior ao cárcere e a partir do momento em que tem a sua liberdade privada, recebido em um ambiente que, por suas próprias condições, perpetuam a sua pena. Nesse sentido, Durkheim (2000) estudou um dos fatos mais íntimos do comportamento humano, demonstrando cientificamente a possibilidade de uma determinação social, externa ao indivíduo, atuar sobre sua vontade. Assim, em suma, mesmo naquele que é considerado um dos mais privados atos de um indivíduo, há a presença da sociedade a qual pertence, sendo o suicídio uma manifestação evidente da ruptura dos laços sociais. Para o autor, a taxa de suicídios, portanto, só poderia ser explicada socialmente, tratando-se de um estado de desamparo moral suscitado diretamente no indivíduo a partir da desintegração da sociedade, variando na razão inversa do grau de integração dos grupos sociais dos quais o indivíduo faz parte, especialmente o suicídio egoísta, motivado por um isolamento exagerado do indivíduo em relação à sociedade:

Quanto mais os grupos a que pertence se enfraquecem, menos o indivíduo depende deles e, por conseguinte, mais depende apenas de si mesmo para não reconhecer outras regras de conduta que não as que se baseiam em seus interesses privados. Se, portanto, conviermos chamar de egoísmo esse estado em que o eu individual se afirma excessivamente diante do eu social e às expensas deste último, poderemos dar o nome de egoísta ao tipo particular de suicídio que resulta de uma individuação descomedida (*Ibidem*, p. 258-259).

Em vista disso, o egoísmo não seria apenas um fator auxiliar ao suicídio, mas sua própria causa geradora, de modo que, nas palavras de Durkheim (2000), se o vínculo que une o indivíduo à vida de solta, é porque o próprio vínculo que o liga à sociedade também se afrouxou, fato este agravado pela aplicação exacerbada de um sistema punitivista atuante apenas sobre determinada parcela social. Além da precariedade do sistema carcerário, as políticas atuais de encarceramento e execução da pena miram, em regra, a população negra e pobre, sendo que, entre os presos, 63,6% são negros ou pardos, consoante dados do Infopen referente a junho de 2017. Nesse diapasão, em que pese a proteção jurídica de diversos institutos e princípios que buscam a efetiva individualização da pena, no âmbito do sistema punitivo brasileiro, não há que se falar em uma atuação, por sua vez, individualizada, eis que sua aplica-



ção recai apenas sobre determinado grupo, com características já pré-selecionadas, de maneira até mesmo genérica. Nesse sentido, a seletividade feita pelo sistema penal, em verdade, apenas legitima uma seletividade já realizada previamente pelo próprio grupo social, recaindo a aplicação da lei penal apenas sobre a parcela populacional selecionada para tanto e, principalmente, no que tange ao encarceramento em massa da população negra, o discurso jurídico busca, conseqüentemente, neutralizar tal seletividade, afastando do convívio social aquele que já se tem como excluído:

O princípio segundo o qual a pena – ou o seu máximo – se mede pela culpabilidade foi mais um enunciado que um conteúdo. Sua única vantagem consistiu em neutralizar o vergonhoso juízo de “perigosidade” do biologicismo racista que imperava anteriormente – o que constitui um mérito considerável – e recolocar a questão sob a perspectiva ética; porém, superada pela aberração positivista, sua utilidade foi muito pequena, porque no plano ético nunca logrou resolver os problemas e, mais ainda, tratou-se de manipulá-los de forma a obter as mesmas conseqüências práticas conseguidas com a “perigosidade”, só que por uma via pretensamente ética (ZAFFARONI, 1991, p. 261).

Assim, a dissociação do indivíduo em relação ao grupo social mostra-se intrinsecamente relacionada à seletividade característica do sistema prisional brasileiro, pautada em discursos jurídicos que, de certa forma, justificam tal seletividade, mesmo que de maneira despretensiosa, tratando-se de uma influência externa e direta na vontade do indivíduo recluso, intensificada, ainda, pela desordem inerente a um ambiente esquecido intencionalmente pelo grupo social.

Nesse sentido, a “Teoria das Janelas Quebradas”, publicada pelos cientistas sociais James Wilson e George Kelling, da Universidade de Harvard, na revista *The Atlantic Monthly*, em março de 1982, busca estabelecer a relação entre a desordem e o ambiente no qual se insere, pautando-se em um experimento realizado por Philip Zimbardo, psicólogo da Universidade de Stanford, em 1969. Foram deixados dois automóveis idênticos em uma via pública, sendo que um foi deixado no Bronx, considerada uma zona pobre e conflituosa de Nova York, e o outro veículo em Palo Alto, zona rica e tranquila da Califórnia. O automóvel abandonado no primeiro bairro começou a ser vandalizado em poucas horas, ao passo que o veículo abandonado em Palo Alto, por sua vez, manteve-se intacto até que os investigadores, após uma semana, quebraram uma das janelas do veículo, o que desencadeou o mesmo processo observado no Bronx, sendo destruído em poucas horas.

Diante disso, concluiu-se que há uma relação de causalidade entre a desordem e a criminalidade, de modo que “pequenas desordens” levariam a “grandes desordens”, visto que acarretaria na ideia de desinteresse e a percepção da ausência de lei, levando, por sua vez, à quebra dos códigos de convi-

vência estabelecidos entre o grupo social. De tal modo, os delitos ocorreriam com maior frequência em lugares caracterizados pela desordem. Contudo, tal conclusão considera, de maneira simplista, os sinais pessoais e sociais de decadência, desconsiderando a atuação da sociedade perante a desordem. Nesse sentido, não há que se negar certo vínculo estabelecido entre a criminalidade e a desordem, mas esta se faz presente, em verdade, em ambientes em que o vínculo social se encontra instável, marcado por um individualismo exacerbado, e refletindo, com isso, verdadeira ausência de identidade social.

Assim, quando mencionada teoria é adotada no ambiente recluso, já há uma presunção de que o cárcere é um local de desordem, em decorrência da criminalidade tida como principal característica do indivíduo recluso, assim como uma crescente individuação em relação ao restante da sociedade, de modo que não se concebe a prisão como também um local de direitos. Ainda, considerar a desordem condicionada à criminalidade consiste em apenas mais uma forma de penalização da pobreza, desconsiderando que a percepção de desordem por pessoas que vivem em realidades socioeconômicas distintas é variada, acarretando, conseqüentemente, em distintas identidades sociais, sendo que apenas uma destas, contudo, é tida como delinquente e alcançada por um seletivo sistema punitivista.

Por todo o exposto, o suicídio no cárcere relaciona-se intrinsecamente à maneira como o indivíduo recluso é visto perante o grupo social, de modo que não há como se conceber políticas públicas voltadas para o preso se este não é visto como sujeito de direitos, eis que inserto em um ambiente de desordem particular e característico do cárcere. Nessa perspectiva, a realidade do sistema prisional brasileiro é marcada por inúmeras violações sistemáticas a direitos, de modo que as denominadas Regras de Mandela oficializaram um novo quadro de normas pertinentes aos sistemas penais, com o fito de reestruturar o cárcere e o papel do encarceramento na contemporaneidade, pautando-se em diversos instrumentos internacionais de direitos humanos e considerando, para tanto, a necessidade particular de cada grupo que se encontra em situação de privação de liberdade. Salienta-se, ainda, que tais normas preconizam instruções contra a negligência estatal, em prol da dignidade daqueles que se encontram reclusos e no intuito de devolver-lhes sua própria humanidade, esquecida para além dos muros dos estabelecimentos prisionais, protegendo, assim, o recluso contra qualquer espécie de tratamento desumano ou degradante.

No entanto, como mencionado pelo ministro Ricardo Lewandowski, na apresentação de mencionado instrumento, em que pese à participação ativa do Estado brasileiro nas negociações para elaboração das Regras Mínimas para o Tratamento de Presos, assim como em sua respectiva aprovação, até o presente momento, não há repercussão de mencionadas regras em políticas públicas, evidenciando a falta de valorização das normas internacionais de direitos humanos no país, assim como a completa negligência estatal em sequer abordar o tema, de modo que não há como se conceber políticas públicas

se a própria problemática é tida como inexistente. A partir disso, a tutela de direitos considerados mínimos no ambiente carcerário não é vista como uma das prioridades do Estado brasileiro, sendo que a criminalização de condutas ocorre de maneira inversamente proporcional à melhoria do ambiente carcerário, o qual se mantém estagnado.

Diante disso, ao tratar especificamente da saúde mental em ambiente recluso, as Regras de Mandela preconizam que o encarceramento é uma medida afiliva pelo próprio fato de retirar do indivíduo recluso o direito à autodeterminação, de modo que o sistema prisional não deverá agravar o sofrimento inerente a tal situação. Ainda, o regime prisional deverá procurar minimizar as diferenças entre a vida reclusa e aquela em liberdade, além de levar em consideração as necessidades individuais dos presos, especialmente daqueles em situação de maior vulnerabilidade, tendo sempre em vista a sua dignidade como ser humano. Nessa perspectiva, é previsto que toda unidade prisional deverá contar com um serviço de saúde incumbido pela avaliação, promoção, proteção e melhoria da saúde física e mental do detento, sendo de responsabilidade do médico ou qualquer outro profissional da saúde competente identificar qualquer sinal de estresse psicológico ou de qualquer outro tipo causado pelo encarceramento, incluindo, aqui, o risco de suicídio ou lesões autoprovocadas, devendo administrar todas as medidas ou tratamentos apropriados.

Contudo, a própria atuação falha do sistema carcerário, por si só, já é prerrogativa para o perecimento mental do recluso, principalmente ante o caráter exclusivamente punitivo das penas privativas de liberdade, considerando a prática repressiva na vida de um indivíduo que nunca teve o Estado presente em sua rotina. Assim, antes e durante o encarceramento, prevalece a falta de perspectiva quanto ao futuro, reflexo de uma ressocialização falha que não garante ao indivíduo encarcerado um motivo para sair do sistema prisional, eis que já se encontrava isolado em relação ao grupo social que deveria fazer parte. Nesse sentido, a aplicação das Regras Mínimas na execução penal e nas políticas de encarceramento brasileiras encontra uma dificuldade de ordem prática em detrimento da ausência do próprio Estado como garantidor de direitos nos estabelecimentos prisionais, sendo o suicídio uma consequência de tal ausência, sendo que não há como se discutir a tutela e efetivação de direitos relacionados à saúde mental do recluso enquanto a questão não é entendida como problemática pública, e o preso, por sua vez, como sujeito de direitos.

Assim como Baratta (2002) discorre sobre a impossibilidade de se compreender a criminalidade se não há um estudo acerca da ação do próprio sistema penal, não há que se falar também em uma compreensão do suicídio no âmbito do sistema carcerário desvincilhada da atuação do mesmo, eis que o sistema punitivo consiste em um verdadeiro reflexo da realidade social, sendo o direito penal e o papel desenvolvido pela sua respectiva aplicação uma reprodução das relações sociais, principalmente na marginalização de uma população considerada criminoso, e, assim, não há como se efetivar um direito

que não é sequer considerado como existente, mesmo fora da seara punitiva. De tal modo, a intervenção do sistema penal na vida do indivíduo, antes de ter um efeito reeducativo, determina uma consolidação de sua identidade desviante, sendo desconsideradas suas características particulares e até mesmo sua humanidade, em um país cuja população defende ideais como “bandido bom é bandido morto (sic.)”, ambiente no qual a saúde mental não é sequer mencionada.

Nesse sentido, antes de ser uma questão exclusiva do ambiente recluso, o suicídio é, principalmente, uma questão social e de saúde pública, sendo o cárcere apenas mais uma de suas particularidades. Diante disso, antes de se conceber políticas públicas voltadas para a efetiva tutela da saúde mental do recluso, a problemática precisa ser considerada pelo próprio grupo social, sendo que tal reflexão permeia inclusive as verdadeiras funções da pena privativa de liberdade no Brasil e a atuação do sistema punitivo. Assim, o suicídio por aquele que se encontra privado de sua liberdade se trata, em verdade, da última consequência da atuação de um sistema falho, sendo que, se há a possibilidade de se idealizar um direito à saúde mental em ambiente carcerário, tal direito deve ser efetivado antes mesmo da reclusão:

Antes de falar de educação e de reinserção é necessário, portanto, fazer um exame do sistema de valores e dos modelos de comportamento presentes na sociedade em que se quer reinserir o preso. Um tal exame não pode senão levar à conclusão, pensamos, de que a verdadeira reeducação deveria começar pela sociedade, antes que pelo condenado: antes de querer modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade excludente, atingindo, assim, a raiz do mecanismo de exclusão. De outro modo permanecerá, em quem queira julgar realisticamente, a suspeita de que a verdadeira função desta modificação dos excluídos seja a de aperfeiçoar e de tornar pacífica a exclusão, integrando, mais que os excluídos na sociedade, a própria relação de exclusão na ideologia legitimante do estado social (BARATTA, 2002, p. 186).

Destarte, diante de um tratamento desumano cíclico, que se inicia com a própria marginalização do indivíduo perante a sociedade, potencializado pela atuação de um Estado tão negligente quanto àquele que praticou determinado delito e por normas penais que exercem a função simbólica de manutenção do *status quo* social, o suicídio, no sistema penitenciário brasileiro, traz uma certeza maior do que a reinserção prometida com o cumprimento da pena privativa de liberdade, de modo que, para que as Regras de Mandela encontrem uma efetiva aplicação na execução penal, tal ciclo precisa ser interrompido pelo grupo social, eis que o cárcere se afigura como seu reflexo. Ainda, destaca-se que o tratamento desumano conferido aos detentos não é uma problemática que se restringe aos muros do cárcere, reconhecido como um estado de coisa inconstitucional, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, em decorrência de constantes violações massivas e persistentes

de direitos fundamentais, pautadas em falhas estruturais e de políticas públicas, cuja modificação de natureza administrativa, normativa, orçamentária e, principalmente, moral, mostra-se imprescindível para que, enfim, uma efetiva tutela de direitos humanos possa ser pleiteada, tanto no bojo do sistema carcerário quanto fora dele.

Portanto, o sistema punitivo brasileiro produz efeitos contrários à reeducação e reinserção do condenado, atuando, por sua vez, como instrumento necessário para a estável inserção da parcela social considerada criminosa nos estabelecimentos carcerários, em verdadeira “limpeza social” de grupos vulneráveis e conseqüente enfraquecimento dos vínculos sociais, eis que os muros do cárcere permitem que o grupo social não reconheça suas próprias falhas. Nesse âmbito, a atuação do cárcere como instituto de violações generalizadas de direitos fundamentais, no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica do detento, em caráter de perpetuação de violações praticadas pela sociedade e legitimadas pelo Estado, é o suficiente para que o suicídio no interior das penitenciárias brasileiras seja tido como reflexo do desamparo estatal que permeia toda a vida do indivíduo. Assim, para que o Brasil consiga cumprir com o compromisso firmado no intuito de reduzir as taxas de suicídio no país, inclusive aqueles ocorridos no interior da instituição carcerária, tal conduta deve ser compreendida como além de um ato de desespero, sendo que não há como se tutelar a saúde mental e a higidez física do detento sem que, antes, este seja visto como sujeito de direitos e, além de tudo, sem que a sua vulnerabilidade seja considerada na discussão e elaboração de políticas públicas de prevenção, salientando, nesse sentido, a atuação constante de um sistema que pune além do *quantum* de pena determinando em sede de sentença penal condenatória.

## Conclusão

O suicídio em ambiente recluso reflete, destarte, a própria relação geral estabelecida entre o cárcere e a sociedade, sendo, em síntese, uma relação entre quem exclui e aquele que é excluído, de modo que não há que se falar em políticas públicas voltadas para uma efetiva tutela de garantias fundamentais em âmbito carcerário de maneira isolada, considerando, para tanto, que todo o aparato social e estatal devem empreender forças com o fito de trazer a humanidade em um ambiente no qual esta é esquecida. Assim, ao lado de uma conjuntura política que possibilita a perpetuação das violações de direitos humanos no sistema carcerário, a omissão por parte do grupo social também auxilia em tal processo, de modo que, da mesma forma que cada contexto histórico teve suas próprias leis penais, pautadas nos mais distintos métodos de punição, sobre os quais discorre Foucault em sua obra “Vigiar e Punir” (1975), o presídio brasileiro é, atualmente, símbolo de uma verdadeira negação de humanidade ao detento.

Diante disso, ao passo que os direitos humanos são considerados sím-

bolos do progresso moral da humanidade, em direção à sua crescente universalização e multiplicação, assim como a busca pela sua efetiva tutela, o sistema carcerário brasileiro é retrato do constante conflito existente entre o reconhecimento de tais direitos e a correspondente tutela pretendida, conflito este que culmina, por sua vez, na própria “desumanidade” do homem em ambiente carcerário. Nesse sentido, a perpetuação das condições desumanas nos diversos âmbitos sociais reflete uma verdadeira cultura do descaso, segundo a qual o semelhante se torna inimigo, e assim passa a ser compreendido.

Nesse contexto, não cabe ser detentor de direitos quando estes não o são tutelados, sendo que, no cárcere, tal realidade se mostra ainda mais controversa. Em que pese uma consciência cada vez mais sensível e profunda por parte dos membros do grupo social em torno dos direitos humanos, esta crescente atenção encontra barreiras no sistema carcerário, sendo que, se o alcança, é em detrimento da contínua e dolorosa multiplicação das respectivas violações. Frente a isso, a seletividade que permeia toda a vida do indivíduo rotulado como criminoso também produz efeitos quanto ao reconhecimento de sua condição como detentor de direitos, de modo que a própria tutela de direitos humanos é também feita de maneira seletiva, como se fosse pertinente a apenas determinada parcela do grupo social do qual não faz parte. De tal modo, se vislumbrada a saúde mental como um direito inerente à condição humana, seu reconhecimento e consequente efetivação ainda não transpassaram os muros do sistema prisional, considerando que, nas palavras de Zaffaroni (1991), na realidade operativa de tal sistema, cada nova prisão, em verdade, apenas confirma a pessoa quanto ao modelo já estereotipado, como mecanismo reprodutor de violência.

A partir disso, considerando a previsão expressa da tutela da saúde mental no cárcere pelas Regras de Mandela, assim como o reconhecimento do direito à vida como um direito fundamental, o suicídio, como consequência última da falha atuação estatal, por si só, já consiste em uma violação, sendo que a omissão por parte do Estado em adotar uma atuação preventiva, principalmente na seara da instituição prisional, reflete toda a negligência com a qual a problemática pública é tratada em âmbito nacional. Assim, em que pese a proibição do retrocesso quanto à proteção de direitos fundamentais, o sistema penitenciário brasileiro permite uma supressão institucionalizada de tais direitos, uma vez que não busca impedir uma constante violação de direitos humanos de maneira sistêmica, evidenciado, assim, o seu caráter retrógrado quanto à tutela da própria humanidade do recluso. E, conseqüentemente, apesar do reconhecimento de diversos direitos por intermédio de tratados e instrumentos internacionais de direitos humanos, entre eles, as Regras Mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos, o ambiente carcerário, como caracterizado na contemporaneidade, inviabiliza a tutela de qualquer direito, em tese, pleiteado.

Portanto, para que a prevenção ao suicídio encontre respaldo em ambiente carcerário, assim como a efetiva aplicação das Regras de Mandela na

execução penal para tal fim, e considerando, ainda, que o suicídio é resposta última a toda a influência que recai sobre o indivíduo recluso, a realidade carcerária deve ser colocada em pauta, assim como a própria concepção social acerca de suas verdadeiras e ocultas funções, eis que se trata, em verdade, de um instrumento de legitimação da seletividade e manutenção de um *status quo* social, características estas estruturais do exercício de poder das prisões sobre indivíduos selecionados, por trás de discursos jurídico-penais dissociados de sua verdadeira atuação, tutelando uma ressocialização, proteção e promoção da dignidade da pessoa humana que, de fato, nunca existiu.

## Referências

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Alessandro Baratta; tradução: Juarez Cirino dos Santos. -3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BRASIL. **Regras de Mandela**: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos. 1. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/05/39ae8bd2085fdbc4a1b02fa6e3944ba2.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, UF.

Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Relatório de gestão**: Supervisão do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/10/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

Conselho Nacional do Ministério Público. **Sistema prisional em números**. Disponível em: <<http://www.cnmpp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)**: Junho de 2014. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)**: Junho de 2017. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

DURKHEIM, Émile. **O suicídio**: estudo de sociologia. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Tradução Monica Stahel.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

Ministério da Saúde. **Agenda Estratégica de Prevenção ao Suicídio**. Disponível em: <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2017/setembro/21/Coletiva-suicidio-21-09.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

ODON, T. I. **Tolerância Zero e Janelas Quebradas**: sobre os riscos de se importar teorias e políticas. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, março/2016 (Texto para Discussão nº 194). Disponível em: <[www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos)>. Acesso em: 20 abr. 2019.

OPAS Brasil. **Folha informativa**: Suicídio. 2018. Disponível em: <[https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5671:folha-informativa-suicidio&Itemid=839](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5671:folha-informativa-suicidio&Itemid=839)>. Acesso em: 20 abr. 2019.

World Health Organization. (2018). **Preventing suicide**: a community engagement toolkit. World Health Organization. <https://apps.who.int/iris/handle/10665/272860>. Licença: CC BY-NC-SA 3.0 IGO

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução: Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.



# PRESOS QUE DÃO À LUZ: A RELEVÂNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM FACE DAS PARTICULARIDADES DO GÊNERO FEMININO

**Lara Esteves Martins**

Bacharel em Direito. Universidade Federal de Uberlândia. Pós-Graduanda em Ciências Criminais e Segurança Pública. Instituto de Ensino Rogério Greco

## **Resumo:**

O presente estudo aborda o encarceramento feminino e as questões que assolam as particularidades de gênero. A relevância do tema está intrinsecamente ligado ao cumprimento de pena privativa de liberdade frente às precárias condições oferecidas pelos estabelecimentos prisionais às mulheres e aos seus filhos, bem como à ausência de políticas públicas em prol desse grupo de vulneráveis. Além da diferença meramente biológica, a discriminação relacionada ao restrito papel social da mulher e as vagas oportunidades educacionais e financeiras são reflexos de aspectos culturais esteados em padrões masculinos. Apontada como alavanca para o crescimento exponencial da população carcerária feminina, a seletividade do sistema penal deturpa os direitos humanos preconizados em tratados internacionais e na legislação pátria. Para tanto, foi realizada uma análise bibliográfica de obras correlacionadas, julgados e dados oficiais que se debruçaram sobre o tema. Assim, busca-se, com este trabalho, promover a primazia de políticas públicas direcionadas a assegurar a dignidade da pessoa humana em atenção aos direitos e garantias fundamentais da reeducanda.

**Palavras-chave:** Encarceramento feminino; Políticas públicas; Direitos Humanos.

## **Introdução**

O trabalho em comento aborda o encarceramento feminino, especificamente em relação às mulheres grávidas ou mães de crianças e adolescentes, presas sob a custódia do Estado e os percalços enfrentados frente à carência de políticas públicas concretas e adequadas para as necessidades do grupo em questão. Nesse diapasão, será feita, inicialmente, uma análise histórico-evolutiva do aprisionamento no Brasil, bem como da legislação convencional para o tratamento das peculiaridades do gênero e suas modalidades de igualdade

formal e material existentes. Entretanto, antes de abordar a relação entre a criminalidade e a mulher, há de ser indagado o preconceito instaurado, resultado de uma cultura “sexista” e de subordinação, contemplado pela própria sociedade, que acredita na metáfora do sistema punitivo como solução das mazelas sociais e na ressocialização do sujeito.

Importante destacar que, à primeira vista, essas protagonistas não estão desacompanhadas. Por essa razão, deve ser observada a aplicação do princípio da intranscendência, segundo o qual a pena não pode ultrapassar a pessoa condenada e do princípio da primazia dos direitos da criança e do adolescente, que não devem ser ofendidos com a manutenção de mulheres grávidas ou mães de menores em ambientes impróprios e superlotados.

Nessa conjuntura, de acordo com as jurisprudências apresentadas, vemos um descompasso entre o firmado na legislação e a celeridade do abarrotamento das prisões. Tal fenômeno apresenta índices relacionados à pobreza e ao reduzido nível de escolaridade, evidenciando um sistema penal seletivo intrinsecamente adstrito à falta de oportunidades, rápida ascensão social e a fácil obtenção de renda.

Observamos, também, a possibilidade da manutenção dos laços maternos atrás das grades, alvo de debates por profissionais da área e da psicologia, a disponibilidade de cuidados específicos durante a gestação, à existência de uma rede familiar de apoio e locais apropriados para receber os filhos que estão do lado de fora da prisão. Aliás, as condições que envolvem o encarceramento feminino são abordadas por diversos dispositivos legais, inclusive em legislação específica e tratados internacionais, porém a realidade não condiz com o alvitrado.

De modo geral, procura-se desmistificar a atuação omissiva e negligente do Estado perante a escassa preocupação para com as reclusas dentro do aparelho prisional, presente as situações peculiares, e a aplicação indistinta de normas penais sem velar pelos direitos fundamentais. Por derradeiro, vale dizer que, o estudo não possui condão de esgotar e solucionar as questões relacionadas ao tema proposto. Ao contrário, visa clarificar e pontuar as propostas cautelares e, sucessivamente, as de tratamento, ressaltada a importância da seara penal e processual penal para a concretização dos direitos de proteção às mulheres presas e aos seus dependentes.

## **A Mulher, a Criminalidade e a Sociedade: O encarceramento feminino no Brasil**

O encarceramento feminino no Brasil, assim como nos demais países, permeou vinculado, historicamente, pelo discurso moral e religioso, submetendo-se às amarras ligadas ao patriarcado. Urge esclarecer que, primordialmente, a intenção por parte da gestão prisional era de domesticar, vigiar a sexualidade e transformar as “mulheres pecadoras e criminosas” em “mulheres perfeitas e donas de casa”, reproduzindo, assim, o exemplo dos bons cos-

tumes.

Ainda que em menor escala, a prisão de mulheres cresceu de maneira exponencial ao longo dos anos, revelando que, na maioria dos casos, as penas impostas transcendem aquelas as quais foram condenadas, pois são duplamente punidas quando, no cumprimento da reprimenda imposta, são negligenciadas. Nessa linha, a fim de mitigar, em 1984 surge a Lei de Execução Penal, com conteúdo amplamente garantista e responsável pela consagração de um extenso rol de direitos, consoante com as principais recomendações internacionais, reflexo de relevantes intervenções da Organização das Nações Unidas – ONU na área.

Considerando a importância em garantir condições propícias para que todos se desenvolvam e mantenham relações saudáveis, o poder-dever estatal incumbe-se de punir aqueles que não se enquadram nos moldes pré-definidos pelo próprio sistema. Porém, o ordenamento jurídico brasileiro, além de punir, também garante que todos os direitos inerentes à pessoa humana devem ser respeitados. Logo, se a pena estabelecida é a de privação da liberdade, o infrator deve, apenas, ser privado de sua liberdade sendo os demais direitos assegurados, o que, infelizmente, não é observado na prática.

Diante desse panorama, não há condições mínimas para o desenvolvimento positivo da mulher infratora, especialmente para as gestantes ou mães de crianças e adolescentes, pois faltam recursos humanos suficientes, tendo-se que, por muitas vezes, valerem-se do contingente masculino para exercerem as funções operacionais da casa. Sob esse aspecto, partiremos para a análise dos fatos geradores que permeiam o cárcere feminino e as precárias e improvisadas instalações que são destinadas a elas.

## **Fatos geradores e suas sequelas, consubstanciadas em obstáculos econômicos e sociais**

O fenômeno do encarceramento feminino é marcado pela ampla margem de discricionariedade dos atores jurídicos, gerando a indignação de vários segmentos da população. Com o intento de situar a forma distorcida de funcionamento do sistema e a carência das políticas prisionais e de segurança pública, faz-se crucial compreender o atual cenário das prisões no Brasil.

Nesse prisma, a cultura preeminente compromete a consolidação de políticas arraigadas aos direitos da mulher e colabora com a estigmatização das presas, infringindo o princípio da dignidade da pessoa humana. Luciana Boiteux (2018, s/p) discorre sobre a temática:

O seletivo encarceramento feminino (ainda mais forte do que o masculino), portanto, reforça a exclusão social dessas mulheres e dos filhos que delas dependem. Além disso, o machismo estrutural, que atravessa toda a sociedade, é marcante em relação às mulheres, que se tornam um fácil alvo da guerra às drogas. É preciso mudar isso urgentemente e focar em políticas sociais de proteção social e

de inclusão, já que a repressão aos crimes de drogas e a seletividade penal comprovadamente só reforçam a exclusão.

Assim, preciso, mormente, sopesar que os delitos pelos quais as mulheres são presas variam consideravelmente daqueles praticados pelos homens, sendo na maioria deles não violentos. Estudos demonstram que os motivos que levam o público feminino ao envolvimento criminoso, em especial, estão conexos ao crime de tráfico e ao consumo de drogas.

Na última década, por exemplo, o tráfico de entorpecentes pode ser considerado como o maior indicador para o incremento de mulheres na prisão. E os índices têm aumentado e, não por acaso, está associado a fatores sociais: “o desemprego feminino, baixos salários quando comparados aos salários dos homens e o aumento de mulheres responsáveis financeiramente por suas famílias” (OUZA, 2009, p. 649). Ademais, a submissão, como já dito acima, e os laços de afetividade de parceiros e/ou parentes fazem com que boa parte das mulheres se insira neste contexto.

Sem embargo, com o advento da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), houve a despenalização da conduta de uso e o enrijecendo das penas em relação ao tráfico de entorpecentes. Portanto, se o acusado trouxe droga consigo, por si só, não é suficiente para o enquadramento do tipo penal previsto no art. 33 da Lei referida. Isso porque, o art. 28 da mesma lei também traz outros verbos nucleares. Nesses termos, a contrassenso do preconizado, esse elemento subjetivo específico inaugurou outro distúrbio, reproduzindo preconceitos sociais e raciais, já que enquadram muitos usuários de drogas, oriundos de classes menos favorecidas, como traficantes.

Diante desse cenário, fortalecendo o explanado, percebe-se a necessidade de programas para tratamento de dependência química, assim como há urgência em projetos assistenciais após a soltura, conjuntamente a programas que ajudem mulheres a se restabelecerem socialmente, com notável atenção às que contemplam responsabilidades maternas. Essas são questões primordiais que, quando tratadas, contribuirão muito para os resultados positivos da política prisional.

## **Mães encarceradas**

Imperioso destacar que, a especial condição da mulher no cárcere, sobretudo daquela que exerce o extraordinário e trivial ofício de ser mãe, atinge níveis dramáticos ao analisar uma realidade “adaptada” do mundo masculino. Vale dizer que é de responsabilidade do aparelho prisional contar com atendimento médico especializado, bem como disponibilizar atendimento jurídico, odontológico, fornecer alimentação saudável, vestuário, instalações higiênicas, medicamentos, ensino, trabalho, assistência psicológica e social, atividades religiosas, enfim, serviços que contribuam para a ressocialização das encarceradas, conforme prececiona as Regras de Bangkok (normas internacionais para

o tratamento de mulheres encarceradas extraídas da 65ª Assembleia da Organização das Nações Unidas).

Debruçar-se sobre o tema que envolve a permanência dos filhos na companhia de suas mães enquanto se encontram privadas de liberdade gera inquietação e provoca debates entre os profissionais. Há uma vertente que sublinha o direito do bebê à convivência familiar, à amamentação e ao desenvolvimento de um vínculo seguro e saudável, apoiado por um extenso número de documentos internacionais e na legislação do país. Porém, infelizmente, a mãe é encontrada em situação de extrema limitação, vivendo em um ambiente insalubre e inapropriado para garantir dignidade e proteção ao seu dependente. Segundo as Regras de Bangkok, as presas grávidas devem contar com um tratamento coerente com seu quadro peculiar:

Regra 22. Não se aplicarão sanções de isolamento ou segregação disciplinar a mulheres gestantes, nem a mulheres com filhos/as ou em período de amamentação.

Regra 23. Sanções disciplinares para mulheres presas não devem incluir proibição de contato com a família, especialmente com crianças (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2010, p. 25).

Levando em consideração os comentários já tecidos, o primeiro vínculo do ser humano é com aquela que o gera e, posteriormente, são estabelecidos com a família, que representa seu núcleo de socialização. Compreendida a importância das relações, a mãe abriga o papel central para o desenvolvimento afetivo e psicossocial da criança. No caso em tela, dentro do presídio, os cuidados devem ser redobrados devido à série de fragilidades ignoradas pelo sistema prisional.

Por isso, indispensável destacar que, a legislação brasileira assegura o direito de a criança ser criada e educada no seio de sua família natural. Defendem, com destemor, que o mais prejudicial para um filho seria a privação materna, podendo, então, estar incluído na rotina da mãe dentro da cadeia durante o período de amamentação e em atividades multidisciplinares. No entanto, é evidente que a instituição prisional não incentiva a vida em família e, por conseguinte, a convivência desses dependentes com adultos não oportuniza uma interação social saudável, contribuindo para a formação oscilante de personalidade.

Isso reflete, de maneira lenta e progressiva, no desenvolvimento mental, emocional e físico da criança, uma vez que, se afasta dos estímulos de aprendizagem. Como afirma Bowlby (1989, p. 131), é crucial pensar no ambiente do bebê, pois há “um grupo de caminhos potencialmente abertos para ele; aquele ao longo do qual ele irá caminhar será determinado, a todo o momento, pela interação entre como ele é agora e o meio ambiente em que se encontra”. Nessa linha, as condições que a prisão oferece tendem a prejudicar o desenvolvimento positivo dos bebês e de crianças pequenas, como discorre Kurowski (1990, p. 8):

No caso referente às crianças, essa privação estende-se à aprendizagem e à devida estimulação sócio-cultural emocional adequada a cada faixa etária, sendo que quando se compara uma criança cujo meio é uma instituição com outra do mundo externo, estabelece-se uma discrepância significativa, onde é percebido nitidamente o que representa essa perda do contato social e a consequente impossibilidade de aquisição de conhecimentos necessários ao perfeito desenvolvimento, bem como a sensação ou fracasso que essa criança sentirá ao se comparar à realização pessoal que tem a criança em sociedade.

No entanto, há que se falar dos benefícios desse alojamento conjunto para as mães e seus filhos devido à grande capacidade de reconstrução da personalidade e o desenvolvimento da reeducanda, ao passo que a criança não é privada dos cuidados maternos considerados essenciais nos primeiros anos de vida. Além do mais, o convívio da apenada com o filho acaba por motivar o melhor cumprimento da pena e estimula a mudança, atenuando os comportamentos violentos.

Com efeito, mesmo diante dos esforços para esmaecer, é eterna a mácula e o anseio por uma maior reaproximação e dedicação à família, já que durante o cárcere sofrem com o distanciamento dos seus familiares e, na pluralidade dos casos, enfrentam árduas guerras judiciais a fim de recuperarem a guarda dos seus filhos. Assim, Lemgruber (1999, p. 13) acredita que “é impossível passar por uma prisão e sair sem marcas e feridas. Acontece com todos. Com os que pra lá são mandados, para cumprir uma pena. Com funcionários e visitantes”.

Em face do disposto, é imperativo refletir acerca das condições que envolvem o encarceramento feminino e analisar questões atinentes à dignidade da pessoa humana, ao gênero e à legislação, bem como ponderar a respeito da existência ou não de políticas públicas e, em caso afirmativo, sobre a sua efetividade.

## **Das Previsões Legais: do ordenamento jurídico brasileiro**

A Magna Carta estabelece princípios como da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da prioridade absoluta à infância e adolescência, que vêm desdobrados em várias legislações e têm suscitado a reflexão sobre a realidade das instituições de acolhimento e também das prisões que recebem mulheres e seus descendentes. Vejamos o que dispõe a Constituição Federal:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] XLVIII - A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

[...] XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e

moral.

[...] L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (BRASIL, 1988).

Sob esse prisma, a Lei de Execução Penal prevê, em seu artigo 82, § 2º, que “os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade” (BRASIL, 1984). A mesma lei ainda abarca, em seu art. 89, a premência de espaços para gestantes e parturientes, assim como de creches para abrigar as crianças maiores de seis meses e menores de sete anos nas penitenciárias femininas, com o intuito de assistir as crianças no período em que a responsável estiver presa. Aliás, quanto ao limite de idade para a permanência da criança na creche, segundo dispõe o artigo 89, caput da Lei de Execução Penal, alterado pelo artigo 32 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, foi adotado novos critérios etários à Educação Infantil em nosso país. Entretanto, embora seja obrigatória, nos estabelecimentos penais, a presença de instalações para atendimento especializado a essas mulheres e seus filhos, percebemos inúmeras falhas e incongruências.

Diante da problemática, a prisão domiciliar aufere ao autor de um delito a possibilidade de ter cerceada a sua liberdade restrita ao âmbito de sua residência. Essa espécie de privação de liberdade pode ter natureza cautelar quanto representar uma forma de cumprimento da pena. Por sua vez, a Lei 7.210/84, em seu artigo 117, cuida da possibilidade de recolhimento do beneficiário em regime aberto na sua própria residência quando se tratar de condenados maiores de 70 anos; condenados acometidos de doença grave; condenadas com filho menor ou deficiente; e condenadas gestantes.

Renato Brasileiro Lima (2016, p. 995) alerta que, além das fixadas hipóteses de cabimento da prisão domiciliar, é pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que, na falta de vagas em estabelecimento compatível ao regime a que faz jus o apenado, configura constrangimento ilegal a sua submissão ao cumprimento de pena em regime mais gravoso, devendo o apenado cumprir a reprimenda em regime aberto, atento às particularidades do caso em concreto.

De seu turno, a prisão domiciliar, condicionada nos arts. 317 e 318 do CPP, atenta às condições humanitárias, atua como substitutivo da prisão preventiva, mas não se confunde com o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, previsto como medida cautelar autônoma no art. 319, inciso V, do CPP. Como se vê, enquanto a prisão domiciliar do artigo 117 da Lei de Execução Penal funciona como modalidade de prisão aberta, os artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal versam sobre a substituição da prisão preventiva, espécie de prisão cautelar, com o intuito de proporcionar assistência e estrutura adequadas para o alojamento do grupo em comento.

Nesse desiderato, mesmo à frente da necessidade dos cuidados mater-

nos na vida de uma criança pequena e o dever de segurança, o judiciário raramente profere decisão favorável a fim de efetivar e proporcionar a essas mulheres e, conseqüentemente, também a essas crianças as condições que foram a elas asseguradas. O indeferimento da prisão domiciliar e a falta de estrutura adequada são totalmente ilegais, arbitrárias e inconstitucionais, já que se atribui ao juiz a faculdade de conceder o pedido em tela. Vez por outra nos deparamos com decisões favoráveis atentas à notória realidade dos presídios e com a atuação estatal dedicada a manter as pessoas aprisionadas em locais apropriados que possibilitem a manutenção dos vínculos basilares.

Em sede de Habeas Corpus Coletivo, o Supremo Tribunal Federal julgou o HC Coletivo 143.641, impetrado pelo Coletivo de Advogados de Direitos Humanos (CADHu) em parceria com a Defensoria Pública da União, com a finalidade de consolidar e garantir direitos símeis para mulheres em que se encontram no mesmo cenário. Desse modo, concedeu a todas as mulheres, grávidas ou mães de crianças de até 12 anos, que estiverem presas preventivamente, a prisão domiciliar, com exceção daquelas que tenham cometido crimes mediante violência ou grave ameaça, contra os próprios filhos, ou, ainda, em situações excepcionalíssimas.

Porém, a decisão não está sendo integralmente cumprida por diversos tribunais, visto que fundamentam na periculosidade da ré, na falta de documentos e no cuidado de familiares. Em síntese, ao confinar mulheres grávidas e/ou com filhos menores em estabelecimentos prisionais precários, temos falhas estruturais de acesso à justiça. Todavia, sublinha-se que, para a conversão desse quadro, a prevenção criminal pode acontecer sem a exclusão do convívio social, aplicando-se penas alternativas à privação da liberdade, como, por exemplo, as restritivas de direitos, prestação de serviços à comunidade, dentre outras, que possibilitem a integração e atenuem o estigma social deixado na memória da sociedade e na da própria acusada (LEMGRUBER, 1999, p. 162).

## **Da difusão dos diplomas internacionais**

Para nortear o tratamento de mulheres encarceradas em todo o mundo, a Organização das Nações Unidas (ONU), em 2010, listou uma série de normas internacionais – “Regras de Bangkok” –, visando garantir condições dignas e especiais quanto às suas particularidades. Dentre os pontos abordados, a maternidade ganha expressivo destaque, tanto no que diz respeito à gestação e ao parto atrás das grades, quanto à situação dos filhos das mulheres presas. Vejamos a Regra de número 64:

### **2. Mulheres gestantes e com filhos/as dependentes**

Regra 64. Penas não privativas de liberdade para as mulheres gestantes e mulheres com filhos/as dependentes serão preferidas sempre que for possível e apropriado, sendo a pena de prisão considerada apenas quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo melhor interesse do/a filho/a ou filhos/as e assegurando as diligências adequadas para seu



Nessa linha, as Regras Mínimas para Tratamento de Presos asseveram o respeito à dignidade dos presos, o direito de defesa e ao acesso à saúde, por meio da regulação de punições disciplinares. Nota-se que, o texto teve aprovação da Assembleia Geral em outubro de 2015 e, por oportuno, nomeou o documento de “Regras de Mandela”. Examinemos as regras nº 3 e 29, que recomendam a manutenção de um sistema penal favorável à ressocialização do preso e, ainda, versam sobre o princípio da prioridade absoluta à infância:

Regra 3. O encarceramento e outras medidas que excluam uma pessoa do convívio com o mundo externo são aflitivas pelo próprio fato de ser retirado destas pessoas o direito à autodeterminação ao serem privadas de sua liberdade. Portanto, o **sistema prisional não deverá agravar o sofrimento inerente a tal situação**, exceto em casos incidentais, em que a separação seja justificável, ou nos casos de manutenção da disciplina.

[...]

Regra 29 1. A decisão de permitir uma criança de ficar com seu pai ou com sua mãe na unidade prisional deve se basear no melhor interesse da criança. Nas unidades prisionais que abrigam filhos de detentos, providências devem ser tomadas para garantir: (a) creches internas ou externas dotadas de pessoal qualificado, onde as crianças poderão ser deixadas quando não estiverem sob o cuidado de seu pai ou sua mãe. (b) Serviços de saúde pediátricos, incluindo triagem médica, no ingresso e monitoramento constante de seu desenvolvimento por especialistas. 2. **As crianças nas unidades prisionais com seu pai ou sua mãe nunca devem ser tratadas como presos** (grifos nossos) (BRASIL, 2016, p. 19-24).

Constata-se que muitos tratados internacionais são recepcionados e incorporados na legislação brasileira, entretanto, na prática, não são efetivados pelo sistema prisional. Aliás, com as inúmeras condições jurídicas, sociais, econômicas e geográficas no mundo, é improvável que essas normas sejam aplicadas de maneira análoga, pois são fundamentadas em diferentes construções históricas, conforme suas lutas e conquistas político-jurídicas.

Por outro lado, com o avanço desses diplomas, reconstrói-se, nos exatos termos da ótica de gênero, uma concepção única de justiça e do desenvolvimento humano que reconhece as distorções do desenvolvimento econômico do capitalismo globalizado, o histórico latente de violência masculina contra mulheres e crianças, o racismo e o neocolonialismo, aspectos estreitamente complementares de uma mesma desumanidade, sob o vértice da dignidade da pessoa humana (BARATTA, 1999, p. 63-64).

Importante salientar que os tratados internacionais são fontes constitucionais, tendo a mesma eficácia e igualdade dos direitos expressos ou implícitos na Constituição. No entanto, os textos normativos não podem convergir com o ajustado, já que possuem direitos e obrigações entre si, com efeitos

jurídicos num plano internacional. Feitas as ressalvas, mesmo sendo signatário de acordos internacionais, vemos no Brasil o descumprimento sistemático das regras supramencionadas. Por isso, não restam dúvidas de que é imprete-rível catalisar os debates e promover novas políticas públicas.

## **O Reflexo desse Fenômeno: Políticas públicas no sistema penal brasileiro**

Diante do exposto, segundo Maria Regina Azambuja (2013, p. 54),

[...] não se pode esquecer que muito antes da privação de liberdade, inúmeros fatores já se faziam presentes na vida dessas mulheres como na de seus filhos já nascidos, fato que está a exigir maior investimento pelo poder público, visando sua ressocialização.

Destarte, faz-se necessária a prevenção ao crime em consonância com políticas e planejamentos dirigidos a esse grupo de vulneráveis. Para esclarecer, políticas públicas é um conjunto de projetos, programas e atividades realizadas pelo governo com a participação, direta ou indireta, de entes públicos ou privados que visam assegurar determinado direito previsto na Constituição.

Com o progressivo encarceramento feminino somado a um sistema penal desumanizado, os rebatimentos tornam-se ainda maiores para uma mãe presa, pois ultrapassam sua pessoa e projetam-se em seus filhos. Nesses casos, o superior interesse da criança tem sido interpretado de uma maneira muito simplista e desatenta pelo Estado, já que não há comprometimento e preocupação em assegurar a dignidade da pessoa humana e as demais garantias previstas na Magna Carta.

A par disso, para legitimar tamanha negligência, alguns mecanismos legais e institucionais têm sido usados com o passar dos anos, como o enrijecimento das sanções penais para administrar de maneira mais drástica os conflitos que assolam a sociedade. Desse modo, a população, de forma geral, passou a acreditar na eficácia do sistema punitivo para a contenção dos problemas sociais, desprezando as penas alternativas, restringindo as garantias processuais penais e depreciando o investimento em políticas públicas de base, como educação, saúde, trabalho. Certamente, não há uma solução simples para um problema de alta complexidade porém, punir os vulneráveis para demonstrar prestabilidade não soluciona, pois discrimina e mascara o preconceito velado pelas injustiças de um Estado irresponsável, frágil e mantenedor de relações conflituosas.

Consciente da realidade apresentada pelos presídios femininos, tais ações devem vir acompanhadas de intervenções em âmbitos mais macros, ou seja, há a necessidade de articulação entre as políticas direcionadas à família e os aparelhos públicos apresentados a essas mulheres. Além disso, a elaboração de políticas específicas aos filhos, cujas mães cumprem pena privativa de liberdade, possui caráter de urgência a fim de certificar a dinâmica e o desen-

volvimento sadio desses dependentes. Nessa vertente, o Estado deve tomar vários tipos de iniciativa, e esforços devem ser empreendidos para a garantia de condições dignas de sobrevivência no cárcere. Logo, novas formas de lidar com a segurança pública que não se limitem à repressão e à prisão devem ser repensadas.

Em suma, enxergar a mulher sob a custódia da justiça demanda a atenção de diversos setores da sociedade. Não por outro motivo, o desenvolvimento de políticas públicas às encarceradas e seus descendentes faz-se essencial para a sua reeducação, já que lhes oportuniza abandonar a marginalidade e também um futuro dispar.

## **Considerações Finais**

Ao percorrer a história da humanidade, verifica-se a assimetria em relação aos gêneros masculino e feminino. Constatada a cultura da submissão e da discriminação, lutas ocorreram nas mais diversas frentes, alimentando ideais feministas, na perspectiva de equiparar socialmente os papéis delimitados pela sociedade e exacerbar a notória condição particular da mulher. Nesse viés, a mulher, que outrora tinha o papel restrito e exclusivamente dedicado ao lar, embora tenha conquistado inúmeros direitos, ainda esbarra com amarras ligadas ao patriarcado perpetuado por uma sociedade “sexista” e deturpada dos preceitos fundamentais.

Corroborando com o alinhavado, ao passo da emergência de alternativas e acompanhamento adequado capazes de protegê-las da violência e da discriminação, forçaram-se mudanças na legislação, na cultura prisional e na própria sociedade. Com isso, a vasta gama de direitos atinentes ao homem foi esculpida na legislação pátria e acordada em tratados internacionais, com a assistência de políticas públicas direcionadas a suprimir a nefasta atuação do Estado. Entretanto, arraigou-se a falsa promessa de um sistema punitivo reeducativo e contingente dos problemas e anseios da população leiga.

Em relação ao objeto deste estudo, a violação da estrutura prevista é confirmada com a ausência de condições mínimas para o tratamento digno da encarcerada. Assim, além de ficar comprometida a permanência do menor ao lado da mãe privada de liberdade durante o período de amamentação, a realização de visitas daqueles que acompanham do lado de fora também é prejudicada. Ademais, estudos apontam que a ausência ou o rompimento do laço materno podem causar prejuízos irreversíveis na vida da criança ou do adolescente, causando-lhes falhas no seu desenvolvimento ou um transtorno subsequente.

Isto posto, conforme estabelece o Código de Processo Penal em seu artigo 318, incisos III e IV, é plenamente possível a prisão domiciliar nas hipóteses elencadas. E, no mesmo sentido, a Lei de Execução Penal, em seu artigo 117, em especial para o caso em tela, os incisos III e IV, prevê o recolhimento em residência particular para aquelas que já estão no regime aberto. Nesse

sentido, a escassa aplicação do conteúdo frente aos ambientes insalubres e a violação do princípio da intranscendência da pena, despertaram o Coletivo de Advogados de Direitos Humanos (CADHu) em parceria com a Defensoria Pública da União a impetrar o Habeas corpus coletivo 143.641.

No entanto, diversos tribunais não estão acatando a referida decisão, asseverando a arbitrariedade judicial quanto à sistemática supressão de direitos, além de proliferarem falhas sistêmicas, que envolvem a omissão das instituições prisionais. Diversamente das regras especiais de proteção aos direitos humanos, o ambiente que deveria propiciar a reabilitação e a ressocialização, em razão do óbice ao acesso à Justiça, coopera com a política criminal seletiva e discriminatória, causando a revolta e a regressão daqueles que adentraram no cárcere.

Registra-se que os compromissos internacionais e a regulamentação legal, nos termos postos, não são suficientes para assegurar a convivência da mãe com seus filhos em condições de dignidade. É preciso, urgentemente, atentarmos para a política velada pelo poder público e conhecer os dados da dimensão do problema. A invisibilidade que norteia esse determinado grupo de pessoas prejudica a elaboração de planejamentos hábeis, e isso ocorre diante da negligência do Estado em produzir resultados positivos, em prol dos vulneráveis, que comprometam a satisfação da maioria dos cidadãos.

Reveladas algumas carências do cárcere feminino em face das particularidades, o investimento de políticas públicas afinadas aos documentos internacionais e a própria legislação nacional, com o propósito de assegurar o melhor interesse da criança, devem garantir, sobretudo, a permanência da criança ou do adolescente com a mãe presa em ambiente capaz de proporcionar a construção de novos valores e a socialização. Importante sublinhar, ainda, que o Estado possui a arduosa responsabilidade de promover o bem-estar de todos de forma igualitária e esmaecer as dificuldades que acometem grupos de minorias e vulneráveis.

Por mais adversa que se apresente a realidade dos presídios femininos, não podemos nos furtar do estudo apresentado e, principalmente, de buscar alternativas e outras propostas para que as crianças possam estar juntas às suas mães no cárcere, consoante ao princípio da primazia dos direitos da criança, bem como da dignidade humana, perante a situação vivenciada por esses indivíduos. Além disso, o Poder Executivo deve implantar políticas públicas que garantam à encarcerada um tratamento adequado enquanto estiver cerceada de sua liberdade, haja vista que tal pressuposto fundamental está previsto no artigo no art. 5º, caput, da Constituição Federal, acompanhada de uma política criminal livre de preceitos infundados.

Postula, por fim que, este estudo buscou a reflexão e a análise deste cenário. As considerações finais do presente artigo não são conclusivas e demonstram a emergência de novos debates e planejamentos acerca do assunto, principalmente na conscientização das necessidades atinentes à dignidade dos seres humanos com a devida observância dos gêneros e da democracia.

## Referências

- AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Os bebês filhos de mães que cumprem pena privativa de liberdade. **Revista Gênero & Direito**, v.2, n.1, 2013. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/ged/article/view/16947/9647>>. Acesso em: 15 ago. 2019.
- BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de. (Org). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999.
- BOITEUX, Luciana. Encarceramento Feminino e Seletividade Penal. **Rede Justiça Criminal**, 2018. Disponível em: <<http://redejusticacriminal.org/pt/portfolio/encarceramento-feminino-e-seletividade-penal/>>. Acesso: 18 ago. 2019.
- BOWLBY, John. **Uma base segura**: aplicações clínicas da teoria do apego. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela**: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos /Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça – 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2019.
- BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/17210.htm)>. Acesso em: 17 abr. 2018.
- CARVALHO FILHO, F. L. **A Prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002.
- KUROWSKI, Cristina Maria. **Análise crítica quanto a aspectos de implantação e funcionamento de uma creche em penitenciária feminina**. Porto Alegre, 1990.
- LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos vivos**: análise sociológica de uma prisão de mulheres. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. Salvador, Ed. JusPodivm, 2016.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Regras Mínimas para o Tratamento das Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres que Cometem Crimes (Regras de Bangkok – 2010)**. Confederação Nacional de Justiça, 2016. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2019.
- OUZA, Kátia Ovídia José de. A pouca visibilidade da mulher brasileira no tráfico de drogas. **Psicologia em Estudo**, Maringá, v. 14, n. 4, p. 649-567, out./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v14n4/v14n4a05.pdf>>. Acesso em: 16 ago.2019.

# **A APAC FEMININA DE FRUTAL-MG, BRASIL, COMO OPÇÃO À EFETIVA APLICAÇÃO DAS REGRAS DE MANDELA**

**Keila Martins Mota**

Graduanda em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais – Unidade  
Frutal

## **Resumo:**

Diante da falha na recuperação do preso pelo sistema penal comum, a presente pesquisa pretende demonstrar que o Método APAC, especificamente, a APAC Feminina da cidade de Frutal, no Brasil, cumpre, mais eficazmente, as Regras de Mandela e a LEP. Trata-se de método inovador existente em poucos países do mundo, o qual é fundamentado na valorização humana, no respeito aos direitos humanos do preso e na responsabilidade da sociedade para com a recuperação do indivíduo, para que se alcance a finalidade da pena, diminuindo a reincidência criminal. O estudo é quantitativo e tem como metodologia a pesquisa bibliográfica, se baseando em renomados autores e em Mário Ottoboni, criador do método, além dos dados oficiais das penitenciárias brasileiras. Importante frisar que a pesquisa é de extrema relevância para a academia e para a sociedade, visto que o Método APAC, nova política prisional, pode se apresentar como solução para as violações de direitos das mulheres privadas de sua liberdade.

**Palavras-chave:** Sistema prisional; Regras de Mandela; APAC; APAC feminina.

## **O Encarceramento em Massa e o Colapso do Sistema Prisional Brasileiro**

Para compreensão e contextualização da ocorrência de encarceramento massivo no Brasil é necessário que se recorra a uma análise histórica, ainda que breve, verificando as políticas de criminologia aplicadas no controle do crime pelas democracias que nos cercam, especialmente, pelos Estados Unidos da América, país que, historicamente, é visto como modelo a ser seguido em muitos aspectos.

No que tange à política criminal e de segurança pública adotadas pelos países ocidentais, é fundamental compreender que a realidade econômica de

cada época delinea os sentimentos sociais e tem grande importância nos caminhos tomados pelos governantes. O perfil da economia mundial acarretou mudanças na configuração política dos Estados e nas formas de sociabilidade.

Historicamente, a Segunda Guerra Mundial marcou a transição do pensamento liberal dominante na sociedade ocidental para um discurso social, deixando uma concepção retilínea de liberdade individual para a inserção de ideias sociais e humanistas, bem como a ideia do Estado de direito. Ademais, com a industrialização a todo vapor, a precariedade extrema do ambiente de trabalho, os abusos físicos e psicológicos e a exploração do trabalho infantil incitaram protestos por uma sociedade mais igualitária.

Entretanto, o aumento da população e das demandas individuais e coletivas, cada vez mais complexas, fez com que a ideia do Estado social comesse a perder força, visto que havia uma enorme burocracia na efetivação dos direitos sociais, devido, em grande parte, pela má gestão das verbas estatais pelos administradores públicos.

Impulsionado pela globalização capitalista, surge então, a partir dos anos 1980, o neoliberalismo que, segundo Ianni (1998), compreende:

(...) a liberação crescente e generalizada das atividades econômicas, englobando produção, distribuição, troca e consumo. Funda-se no reconhecimento da primazia das liberdades relativas às atividades econômicas como pré-requisito e fundamento da organização e funcionamento das mais diversas formas de sociabilidade, compreendendo não só as empresas, corporações e conglomerados, mas também as mais diferentes instituições sociais. (IANNI, 1998, p. 28)

Ocorre que a excessiva preocupação com a economia e o consequente descaso do Estado para com os problemas sociais das classes mais pobres acarretam o aprofundamento da desigualdade social, essencialmente em países subdesenvolvidos, o que gera o aumento da criminalidade. Mesmo em países desenvolvidos como os Estados Unidos, é possível verificar que a guerra travada não era contra a pobreza, mas sim, contra os pobres, impondo-lhes responsabilidade por si mesmos, e como afirma Wacquant, “sob pena de se verem atacados por uma saraivada de medidas punitivas e vexatórias destinadas, senão a recolocá-los no caminho certo do emprego precário, pelo menos a minorar suas exigências e, portanto, seu peso fiscal”. (WACQUANT, 2004, p. 24)

Com o aumento da criminalidade – resultado da ausência da intervenção do Estado – os Estados Unidos se apresentam como um exemplo negativo no que diz respeito ao sistema carcerário, uma vez que “naquele país, existe uma verdadeira cultura da prisão devido à adoção de um movimento duro de aplicação de penas, denominado movimento de lei e ordem” (GRECO, 2016, p. 169).

Tal pensamento se irradiou por toda a América e, como atesta Argüello:

(...) na América Latina, a preocupação com a violência criminal também se tornou uma obsessão coletiva e toma proporções que, de tão graves, lembram os tempos sombrios das ditaduras militares, quando a doutrina de segurança nacional legitimava a tortura e todas as demais formas de violação dos direitos humanos, em nome da razão de Estado. Hoje, é no altar da ideologia da segurança pública que se tornam facilmente sacrificáveis a democracia e os direitos humanos. (ARGÜELLO, 2005, p. 1)

## **A guerra às drogas e o conseqüente aumento da população carcerária**

O movimento norte-americano de lei e ordem fundamentou a denominada guerra às drogas e sua política de encarceramento, criadas por Ronald Reagan e expandidas por George Bush e Bill Clinton, respectivamente, grandes responsáveis pelo aprisionamento em massa da população menos favorecida daquele país que é, em sua maioria, de negros e latinos.

Segundo a *Bureau of Justice Statistics* (Agência de Estatísticas da Justiça, tradução nossa), o número de encarcerados nos Estados Unidos em 2016 era de 2.162.400, número este que já esteve maior em 2008, atingindo a marca de 2.310.300 presos.

Em sede de comparação, o documentário intitulado *A 13ª Emenda* mostra que, em 1980, a população prisional dos Estados Unidos era de 513.900 pessoas, tendo um aumento considerável em cinco anos, alcançando 759.100 encarcerados em 1985. Em 2000, esse número já era de 1.945.400, um enorme salto em vinte anos.

No Brasil, é nítida a adoção de uma política penal de exceção tal qual foi feito nos Estados Unidos, visto que a edição da Lei 11.343, em 2006, conhecida como Lei de Drogas, a qual tinha como objetivo principal a diferenciação entre o usuário e o traficante, o que teria como consequência a contenção do aumento da população carcerária, teve efeito completamente inverso.

Antes da Lei de Drogas entrar em vigor, a população carcerária em todo país era de 268.105, enquanto que em 2017, este número saltou para 726.354 aprisionados, sendo a maioria da população carcerária hoje de jovens negros e pobres, segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – o Infopen, publicado em 2019.

Um dado importante é que, segundo o último levantamento do Infopen, a taxa de aprisionamento teve um aumento de 150% em todo país, tendo sido registrado o encarceramento de 137 pessoas para cada 100.000 habitantes em 2000, e de 349,78 para cada 100.000 habitantes em 2017.

Grande parte desse aumento se deve aos crimes tipificados na Lei de Drogas, o tráfico de drogas, associação para o tráfico e tráfico internacional de drogas, uma vez que os indivíduos aprisionados sob acusação da prática dos crimes citados já somaram quase 157.000 em 2017, sendo 140.798 homens e 15.951 mulheres.



No caso das mulheres aprisionadas, segundo dados do mais recente relatório do InfoPen Mulheres, divulgado em 2016, o número total é de 42.355 em todo país, com um déficit de 15.326 vagas, sendo 40,6mulheres privadas de liberdade para cada 100.000 habitantes e, no caso do estado de Minas Gerais, as apenadas somam 3.279, o que representa 31,1 a cada 100.000 habitantes. Outro dado alarmante é que 45% das mulheres privadas de liberdade no Brasil o estão provisoriamente.

Ainda de acordo com os dados do InfoPen Mulheres, no Brasil, 62% das incidências penais pelas quais as mulheres são presas condenadas ou aguardando julgamento pela prática de crimes relacionados ao tráfico de drogas, o que significa dizer que 3 em cada 5 mulheres privadas de liberdade respondem por delitos ligados ao tráfico. Em Minas Gerais, essa taxa é de 43%, o que corresponde aproximadamente à metade de todas as que se encontram no sistema prisional comum.

Ante o exposto, é possível perceber que a política de guerra às drogas, baseada na repressão penal do Estado, a qual incrimina e aprisiona, sobretudo, a parte menos favorecida da sociedade colocada a efeito no Brasil tem um resultado devastador para o sistema prisional, que se inflama e ocasiona violações sistemáticas de direitos básicos do ser humano, impedindo que o fim da pena seja alcançado.

## **A Violação Sistemática das Regras de Mandela e das Leis Brasileiras**

O Brasil é signatário de diversos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e tratamento de presos, sendo um dos mais relevantes o intitulado como Regras Mínimas para o Tratamento de Presos, objeto de revisão pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – a ONU, em 2015, e almeja funcionar como um guia de estruturação do sistema penitenciário e aplicação de penas para os Estados que a subscrevem. Tal revisão deu origem às Regras de Mandela.

As Regras de Mandela incorporaram novas doutrinas de direitos humanos para que os países signatários as tomem como parâmetros na reestruturação do atual modelo de sistema penal e da percepção do papel do encarceramento para a sociedade, o qual tem por finalidade a ressocialização do indivíduo infrator e a consequente redução da criminalidade, já que “tais propósitos podem ser alcançados se o período de encarceramento for utilizado para assegurar, na medida do possível, a reintegração de tais indivíduos à sociedade após sua soltura, para que possam levar uma vida autossuficiente, com respeito às leis” (Regra 4, artigo 1, REGRAS DE MANDELA, 2015).

Em sua Regra 1, o citado tratado traz como um de seus princípios básicos a dignidade da pessoa humana, assegurando tratamento respeitoso dispensado aos apenados. Além disso, a citada regra também inclui a vedação da aplicação de penas cruéis, e inclui a garantia de segurança aos presos, servido-

res prisionais, prestadores de serviço e visitantes, como se nota:

Todos os presos devem ser tratados com respeito, devido a seu valor e dignidade inerentes ao ser humano. Nenhum preso deverá ser submetido a tortura ou tratamentos ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância. A segurança dos presos, dos servidores prisionais, dos prestadores de serviço e dos visitantes deve ser sempre assegurada. (BRASIL, CNJ - REGRAS DE MANDELA, 2015, p. 19)

A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental da República Federativa do Brasil, como previsto na Constituição Cidadã, em seu artigo 1º, III. Para o professor e renomado constitucionalista Flávio Martins Alves Nunes Júnior, a dignidade da pessoa humana “trata-se da fonte de todos os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. Se o ser humano é titular de direitos e garantias, é porque deve ser tratado dignamente” (NUNES JÚNIOR, 2018, p. 537).

No entanto, é possível afirmar que a dignidade da pessoa humana começa a ser violada logo quando analisamos o déficit de vagas do sistema prisional comum. Segundo o InfoPen divulgado em 2017, faltam 303.112 vagas para os atualmente aprisionados, o que nos faz inferir que há um amontamento de seres humanos em celas muito aquém de sua capacidade pelos presídios brasileiros, sem lugar para que todos possam dormir e sem condições mínimas de higiene.

Em relação às mulheres privadas de liberdade, a cada 10 vagas no sistema prisional comum, 16 encontram-se custodiadas. No estado de Minas Gerais, a taxa de ocupação de vagas por mulheres nas unidades masculinas é de 168%, nas femininas é de 116% e nas unidades mistas é de 190%.

Ao longo das 85 regras do referido tratado, encontramos disposições que vedam o tratamento discriminatório em relação à raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política, origem nacional ou social, contudo dispõe que as administrações devem levar em consideração as necessidades individuais dos presos, como no caso das mulheres presas, que, por suas necessidades específicas em razão de seu sexo, necessitam de instalações adequadas.

As Regras de Mandela preveem o respeito a crenças religiosas e preceitos morais dos presos, bem como a existência de autoridades competentes para oferecer educação, formação profissional e trabalho, outras formas apropriadas disponíveis, de natureza reparadora, moral, espiritual, social, esportiva e de saúde aos aprisionados.

Contudo, o sistema penal comum brasileiro viola a exigência de atenção às necessidades individuais quando se observa que não há presídios femininos suficientes para atender as mulheres presas, já que:

(...) grande parte dos estabelecimentos penais foram construídos para custodiarem o público masculino. De todas as unidades cadas-

tradas no Infopen, 74,8% destas destinam-se aos homens, 6,9% às mulheres e outros 18,1% são destinadas a ambos os públicos, havendo alas/celas destinadas para o aprisionamento de mulheres. (INFOPEN, 2019, p. 20)

Em relação ao acesso à educação e outras formas de ressocialização, como atividades esportivas, por exemplo, o relatório do InfoPen revela que apenas 10,58% das pessoas privadas de liberdade no sistema prisional comum participam de atividades educacionais e/ou complementares, sendo de 12,91% a taxa no estado de Minas Gerais. No caso das mulheres, esse número é melhor, mas longe do ideal, ficando em 25% a nível nacional e 24% no estado mineiro.

No que tange ao direito ao trabalho, pouco mais de 17% da população encarcerada no Brasil exerce atividades laborais e, no caso das mulheres, essa taxa é de 24%. Em Minas Gerais, apenas 26% das mulheres usufruem do seu direito ao labor.

As Regras de Mandela também preveem o direito à comunicação do preso com familiares e amigos, periodicamente, por meio de cartas, telecomunicações, meios digitais e eletrônicos, e por meio de visitas. A regra 58, 2, do citado tratado prevê, ainda, o direito à visita íntima e determina que:

(...) este direito deve ser garantido sem discriminação, e as mulheres presas exercerão este direito nas mesmas bases que os homens. Devem ser instaurados procedimentos, e locais devem ser disponibilizados, de forma a garantir o justo e igualitário acesso, respeitando-se a segurança e a dignidade. (BRASIL, REGRAS DE MANDELA, 2016, p. 31)

Ocorre que a realidade das pessoas que cumprem pena no sistema prisional comum está longe do formalmente estabelecido, uma vez que, dos estabelecimentos mistos no Brasil, apenas 3 a cada 10 estabelecimentos possuem a infraestrutura necessária para o exercício do direito à visita íntima e, analisando os estabelecimentos femininos, nem metade conta com locais apropriados para o exercício de tal direito, ficando a taxa em 41%. Em Minas Gerais, nas unidades femininas, somente 38% contam com tal infraestrutura. Já nas unidades mistas, o número é melhor, de 74%.

Também garantido pelas Regras de Mandela, as pessoas privadas de liberdade têm direito à saúde, o qual engloba o direito à alimentação com valor nutricional adequado, ao acesso à água potável, direito a uma hora, pelo menos, de exercício físico ao ar livre para aqueles que não trabalham e, no caso dos jovens, estes devem receber treinamento físico e de lazer durante o período de exercício.

Além disso, o direito à saúde determina a existência de serviços médicos nas unidades prisionais, a fim de avaliar, promover, proteger e melhorar a saúde física e mental dos presos, sendo os registros médicos individuais e

confidenciais. Também é incumbência da equipe médica conversar e examinar todos os presos assim que admitidos.

No Brasil, 66,7% dos presos estão alocados em unidades que possuem módulo de saúde, sendo que, no caso das mulheres, essa taxa é mais animadora, pois 84% dos estabelecimentos dispõem de equipe médica.

Ademais, segundo o tratado, nas unidades que acomodem mulheres deve haver acomodação especial para os pré e pós-natais, mas os nascimentos devem ocorrer fora da unidade prisional. Caso o nascimento ocorra dentro do estabelecimento, tal informação não deve constar da certidão de nascimento do recém-nascido.

Os dados do Infopen Mulheres não fornecem informações sobre o número de estabelecimentos que contam com espaços apropriados para o atendimento a gestantes recolhidas; apontam apenas a quantidade de crianças presentes nos presídios, que somam, em todo o país, 1.111 crianças de até três anos. No estado de Minas Gerais, o total de bebês com suas mães é de 43.

Outra previsão relevante das Regras de Mandela é a existência de uma biblioteca, para cada categoria de presos, contendo livros literários e de instrução, em cada uma das unidades prisionais. Além disso, os privados de liberdade devem ser incentivados à leitura.

As normas de execução penal no Brasil, estabelecidas na Lei de Execução Penal, a LEP (Lei nº 7.210/84), vão além da previsão de bibliotecas nas unidades prisionais do país, as quais devem conter livros instrutivos, recreativos e didáticos, mas garantem o direito à educação, com obrigatoriedade do ensino de 1º grau, como prevê o artigo 18, e oferta de cursos supletivos de educação de jovens e adultos, além do ensino profissional e, no caso das mulheres, com ensino profissional adequado à sua condição.

O tratado também assegura o direito à prática religiosa. Em existindo número suficiente de presos que professam a mesma fé, um representante qualificado de tal religião pode ser indicado ou aprovado para que se realizem celebrações regulares nos estabelecimentos. Ademais, permissão de visitas pastorais privadas aos presos, em horários apropriados, e a manutenção de livros de prática e de ensino de sua religião pelo preso.

Muito importante destacar que as Regras de Mandela trazem nove regras dedicadas aos funcionários da unidade prisional, que tratam de direitos e deveres, tais como estabilidade de servidor público aos agentes prisionais e dever de padrão adequado de educação. Há também atribuição de dever à administração prisional, a qual, constantemente, deve suscitar e manter no espírito dos funcionários e da opinião pública que este trabalho é um serviço social de grande importância, como trazido pelas regras 74 a 82.

As normas encontradas nas Regras de Mandela, estão, em sua maioria, previstas na LEP, lei esta que, em alguns aspectos, chega a ser mais abrangente que as regras do tratado, a exemplo do direito à educação nela previsto.

Ante o exposto, comprovado está que o sistema comum, ao que os estudos indicam, muito em razão do encarceramento em massa e da capacidade

alguém da necessária nos presídios existentes, falha no cumprimento das normas infraconstitucionais, como a LEP, das normas constitucionais, e por fim, das Regras de Mandela. O Estado cumpre, dessa forma, apenas parte do que lhe é incumbido: efetiva seu poder e dever de punir, contudo não cumpre seu dever de executar a pena conforme a lei.

Uma pesquisa encomendada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais à Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), coordenada pelo sociólogo e professor do Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais da PUC Minas, Luis Flávio Saporì, mostrou que, no estado mineiro, 51,4% dos presos que foram colocados em liberdade em 2008 voltaram a cometer crimes no espaço temporal de cinco anos.

Saporì, também especialista em segurança pública, afirma que “não tem que transformar prisão em hotel cinco estrelas, mas cumprir a Lei de Execução Penal é o básico. Superlotação, ausência de serviços básicos e ociosidade muito elevada no sistema prisional; tudo contribui para a reincidência”.

Apesar do Código Penal não se pronunciar sobre, o que se busca com as penas impostas àqueles que infringem as leis são condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, tal como disposto no artigo 1º da LEP. Interpretando o referido dispositivo, é possível inferir que o Brasil adota a teoria da tríplice finalidade em se tratando das funções da pena, como também entende a doutrina majoritária brasileira.

Renomado autor, promotor de justiça e professor, Rogério Sanches Cunha (2016) explica que “[...] modernamente entende-se que a pena tem tríplice finalidade (polifuncional): (A) retributiva; (B) preventiva; (C) reeducativa, cada uma dessas identificada em um momento próprio, específico”. (CUNHA, 2016, p. 396-397).

Portanto, o que se depreende dos dados e estudos disponíveis sobre o tema, e através da breve análise da realidade do sistema prisional comum do Brasil em oposição ao previsto nas normas brasileiras e nos tratados internacionais, claro está que o Brasil não cumpre as Regras de Mandela; em grande parte, devido ao acúmulo de pessoas dentro do sistema decorrente do encarceramento em massa.

## **A APAC Feminina de Frutal-MG, Brasil, como Alternativa à Efetiva Aplicação das Regras de Mandela**

Dada a análise anteriormente feita a respeito da realidade do sistema prisional comum brasileiro e do não cumprimento das Regras de Mandela pelo Brasil, este estudo objetiva apresentar uma alternativa, apresentando um método aplicado no Brasil desde anos 1970, baseado em valores religiosos, morais e humanistas e, dessa forma, cumpridor das normas de execução penal brasileiras e de tratados internacionais existentes sobre tratamento de presos.

Este método se trata da Associação de Proteção aos Condenados, a APAC, o qual, por meio do resgate da dignidade da pessoa privada de liber-

dade e da realização do previsto nas legislações e tratados, demonstra que é possível diminuir a reincidência criminal.

Na visão de seu fundador, Mário Ottoboni, o método APAC:

(...) se trata de uma metodologia que rompe com o sistema penal vigente, cruel em todos os aspectos e que não cumpre com a finalidade precípua da pena: preparar o condenado para ser devolvido em condições de conviver harmoniosamente e pacificamente com a sociedade. (OTTOBONI, 2018, p. 25)

Visando recuperar o indivíduo infrator para que ele não volte a delinquir quando do seu retorno ao convívio social, a APAC surge como alternativa à efetiva aplicação das Regras de Mandela, ao mesmo tempo em que desafoga o sistema prisional comum.

## O método APAC

Em 1972, diante da realidade de constantes rebeliões no presídio de Humaitá, na cidade de São José dos Campos, interior do estado de São Paulo, o então advogado Mário Ottoboni, juntamente com outros voluntários cristãos, iniciou um trabalho humanístico no presídio, fornecendo assistência moral e religiosa aos presos, objetivando levar a eles o evangelho cristão.

Com a boa aceitação, bons resultados e o conseqüente crescimento do projeto, a equipe notou a necessidade de se fundar uma entidade jurídica, com o intuito de, nas palavras do diretor executivo da FBAC (Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados), Valdeci Ferreira (2004), “auxiliar a justiça na execução da pena, na recuperação do preso, na proteção à sociedade e no socorro à vítima, promovendo justiça”. (FERREIRA, 2004, p. 17). Nasce, assim, a Associação de Proteção aos Condenados, a APAC.

Baseada numa metodologia que procura cumprir rigorosamente o previsto na LEP, os princípios constitucionais e as regras internacionais sobre tratamento de presos, Valdeci Ferreira (2004) afirma que:

(...) a APAC se diferencia do sistema prisional comum, entre outros, porque nela os próprios presos, ali denominados recuperandos, são corresponsáveis pela sua recuperação e recebem todas as assistências preconizadas pela Lei de Execução Penal e todos os direitos estabelecidos nas regras mínimas da ONU para o tratamento do preso. A segurança e a disciplina do Centro de Reintegração Social são asseguradas com a colaboração dos recuperandos, tendo como suporte funcionários e voluntários, sem a presença de policiais e agentes penitenciários. (FERREIRA, 2016, p. 33)

Com a criação de APACs pelos estados brasileiros e o interesse internacional, foi criada a Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados (FBAC), que, segundo a página *online* da entidade, se trata da “Associação Civil

de Direito Privado sem fins lucrativos que tem a missão de congregar e manter a unidade de propósitos das suas filiadas e assessorar as APACs do exterior” (FBAC *online*, 2019), orientando, assistindo, fiscalizando e zelando pelo fiel cumprimento da metodologia da APAC.

Importante destacar que a FBAC é filiada à *Prison Fellowship International* (PFI) – organização de consulta da ONU para assuntos penitenciários, sediada em Washington, nos EUA, a qual mantém 123 países filiados ao redor do mundo.

## A metodologia apaqueana

Conforme explicam Ferreira e Ottoboni (2016), a metodologia apaqueana almeja a recuperação do aprisionado e constitui-se de doze elementos, sendo eles (1) a participação da comunidade, (2) o recuperando ajudando o recuperando, (3) trabalho, (4) espiritualidade e a importância de se fazer a experiência de Deus, (5) assistência jurídica, (6) assistência à saúde, (7) valorização humana, (8) a família – do recuperando e da vítima, (9) o voluntário e o curso para sua formação, (10) Centro de Reintegração Social (CRS), (11) Mérito, e, por fim, (12) Jornada de Libertação com Cristo.

Como já exposto, elementos como a participação da comunidade, trabalho, assistência jurídica e assistência à saúde encontram previsão legal, porém não são realizados na prática. Nas APACs, através do respeito ao número de vagas existentes, os citados elementos são realizados fielmente, sempre com o objetivo de recuperação da pessoa condenada, resgatando sua auto-estima e espiritualidade.

Desde sua criação, a espiritualidade e a importância de se fazer a experiência de Deus era o elemento base da metodologia e, como explicam Ferreira e Ottoboni (2016):

(...) nos países de maioria cristã, é preciso ajudar os recuperandos a se encontrarem espiritualmente para que depois, em liberdade, eles possam continuar alimentando essa necessidade e, certamente, além de se inserirem em uma comunidade religiosa, possam passar a ter uma vida pautada pela ética e norteada por novos valores. (FERREIRA e OTTOBONI, 2016, p. 73)

Contudo, Ferreira e Ottoboni também explicam que atualmente, apesar de não ser o mais importante dos elementos, a valorização humana é a base da metodologia, pois sua “aplicação prática irá demonstrar, adiante, a necessidade de uma técnica com métodos psicopedagógicos e com isso constatar que não basta simplesmente aplicar a espiritualidade para obter a mudança de mentalidade do recuperando”. (FERREIRA E OTTOBONI, 2016, p. 77).

## **A efetiva aplicação das Regras de Mandela e da Lei de Execução Penal na APAC Feminina de Frutal, Minas Gerais, Brasil**

Juntando-se a outras sete unidades pelo Brasil, foi inaugurada em 20 de julho de 2018, a APAC Feminina da cidade de Frutal, Minas Gerais, com capacidade para 130 recuperandas e, segundo a FBAC, deu início seus trabalhos acolhendo 20 mulheres, sendo quatorze delas em regime fechado e as outras seis em regime semiaberto.

Respeitando os limites de vagas por unidade e cumprindo a previsão de normas de execução penal, a APAC possibilita que as recuperandas exerçam sua dignidade humana para que, dessa forma, recuperem-se e estejam aptas, ao final do cumprimento da pena, a retornarem para o convívio social.

Até o momento de finalização do presente artigo, não foi possível obter informações a respeito do índice de reincidência da APAC Feminina de Frutal-MG. Contudo, por meio dos dados das 53 APACs em funcionamento atualmente, é possível afirmar que, de modo geral, o método APAC vem se mostrando uma excelente alternativa ao caos do sistema penal brasileiro.

Como consta na página *online* da FBAC, as médias de reincidência criminal internacional e nacional são, respectivamente, de 70% e 80%, enquanto que essa taxa fica em 15% nas APACs, o que demonstra claramente que o respeito às regras para tratamento de presos resulta no objetivo final da pena, qual seja, a reintegração harmoniosa do indivíduo infrator à sociedade.

### **Considerações Finais**

Como exposto, o sistema prisional brasileiro atualmente se encontra em colapso, podendo ser identificada superlotação quase que na totalidade dos presídios nacionais. O encarceramento em massa, decorrente, em grande medida, da política antidrogas aplicada no Brasil, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos da América, é o principal causador da superpopulação carcerária, o que, por si só, fere direitos humanos como a dignidade da pessoa humana e o direito à saúde.

Para além da superlotação, os sujeitos privados de sua liberdade, não obstante a garantidora Lei de Execução Penal (LEP) em vigência no país, sofrem, diariamente, violações sistemáticas nos seus direitos enquanto aprisionados, visto que as garantias e direitos estabelecidos pela citada lei e pelos tratados internacionais sobre o assunto dos quais o Brasil é signatário não são cumpridos ou não são cumpridos na sua totalidade, prejudicando o alcance da finalidade da pena, qual seja, a ressocialização do encarcerado.

A revisão feita pela ONU do tratado internacional que regia o tratamento de presos resultou nas Regras de Mandela, onde foram incorporadas novas doutrinas de direitos humanos para tomá-las como parâmetros na reestruturação do atual modelo de sistema penal e percepção do papel do encarceramento para a sociedade.



Contudo, conforme os dados disponíveis sobre a temática anteriormente analisados, é possível afirmar que o Brasil não cumpria e continua a não cumprir o estabelecido por tais regras, demonstrando sua incapacidade em desempenhar a execução da pena de forma a não violar direitos humanos e, dessa maneira, falha em atingir a reinserção harmônica do indivíduo infrator na sociedade.

Nesse sentido, uma alternativa para a efetivação das Regras de Mandela e também das leis brasileiras foi apresentada, qual seja, a APAC. Com sua metodologia estruturada e fielmente cumprida, a APAC vem demonstrando que não só cumpre as Regras de Mandela, mas atinge, de maneira mais eficaz, a finalidade da pena, já que, de maneira geral, a reincidência criminal dos indivíduos oriundos do método apaqueano é muito menor.

Em relação às presas, verificou-se que a APAC Feminina da cidade de Frutal, Minas Gerais, cumpre as Regras de Mandela e garante todos os direitos das recuperandas, tratando-as com dignidade, por meio da valorização humana. Contudo, por falta de estatísticas de reincidência criminal das recuperandas devido à recente inauguração, não foi possível demonstrar com certeza os bons resultados dessa unidade.

Por fim, apesar disso, é possível visualizar no método APAC uma alternativa viável de política criminal, que descentraliza e desafoga o sistema prisional comum. Método este que cumpre com excelência sua função e, conseqüentemente, mostra resultados mais animadores que os do sistema penal comum brasileiro, mediante o colapso deste.

## Referências

A 13ª EMENDA. Direção de Ava DuVernay. Estados Unidos: **Netflix**, 2016, cor, 100min.

ARGÜELLO, Katie. **Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem**. Disponível em: <<http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/Artigo-Katie.pdf>>. Acesso em 21 set. 2019.

BUREAU OF JUSTICE STATISTICS. **Correctional Populations in the United States, 2016**. Disponível em: <<https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/cpus16.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal Parte Geral**. 4ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DANIN, Renata. **Encarceramento em massa como política social nos Estados Unidos e Brasil**. Disponível em: <<file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/Dialnet-EncarceramentoEmMassaComoPoliticaSocialNosEstado%20U-6897358.pdf>>. Acesso em 22 set. 2019.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

**Infopen**. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/>>

infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 06 set. 2019.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

REVISTA PUC MINAS. **Ciências Sociais. De novo na prisão**. Disponível em: <<http://www.revista.pucminas.br/materia/de-novo-na-prisao/>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

WACQUANT, Lóïc. **As prisões da miséria**: 1999. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

# AS REGRAS DE MANDELA NO SISTEMA PENITENCIÁRIO FEDERAL BRASILEIRO: O ISOLAMENTO DO PRESO E OS DIREITOS HUMANOS

**Olinda Vicente Moreira**

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Especialização em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Federal do Paraná e Instituto de Criminologia e Política Criminal. Especialização em Direito Militar pela Universidade Castelo Branco. Graduada em Direito pela Universidade Paranaense. Defensora Pública Federal. Diretora-Geral da Escola Nacional da Defensoria Pública da União.

## **Resumo:**

As últimas décadas foram um marco na consolidação normativa da proteção dos direitos humanos, com o fortalecimento da legislação interna dos Estados nessa temática. E no âmbito das regras aplicáveis às pessoas privadas de liberdade, tem-se a publicação das Regras de Mandela, em 2015, as quais apontam princípios e boas práticas no tratamento de presos e na gestão prisional. E sob o viés de ampliação das garantias, este trabalho analisa a observância dessas regras pelas modalidades de isolamento no sistema penitenciário federal brasileiro e os limites aceitáveis da segregação. A relevância do tema resulta da consolidada prática do encarceramento no Brasil, aliada à necessidade de revisão do modelo prisional atual. No estudo utilizou-se o método hipotético-dedutivo, com pesquisa bibliográfica e análise da legislação, aferindo-se a ocorrência ou não de violação às Regras de Mandela no sistema prisional federal brasileiro, sopesando o isolamento celular e o respeito aos direitos humanos.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos; Regras de Mandela; Sistema Penitenciário Federal; Brasil; Confinamento Solitário.

## **Introdução**

A proteção dos direitos humanos não é um tema recente, nem pode ser considerado pouco debatido. Ao contrário, diuturnamente tem sido reconhecida como necessária a sua manutenção nas pautas das discussões acadêmicas e nos demais âmbitos da sociedade – político, econômico, social, familiar e etc.

E uma das facetas mais discutidas no Brasil, nas últimas décadas<sup>1</sup>, é observância dos direitos do custodiado quando inserido no sistema penitenciário nacional (federal ou estadual). Isso porque, a prática do encarceramento em massa é conhecida não apenas no cenário interno, mas também mundial, quase sempre vinculada a violações severas e maciças dos direitos fundamentais dos indivíduos que sofrem a restrição da liberdade de locomoção em razão do cometimento – ou da suposta prática – de uma infração penal.

E a fim de oferecer um balizamento mínimo nas diretrizes a serem adotadas pelos países no tratamento de presos, a Organização das Nações Unidas – ONU reuniu alguns parâmetros no documento denominado Regras Mínimas para o Tratamento de Presos, aprovado em 1955, em Genebra, bem como pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas por meio das suas Resoluções 663 C (XXIV), de 31 de julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de maio de 1977<sup>2</sup>.

Todavia, diante das novas doutrinas dos direitos humanos, que ampliam o alcance dos direitos e os instrumentos para sua garantia, mostrou-se necessária a atualização das Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos, resultando na publicação das chamadas Regras de Mandela<sup>3</sup> (aplicáveis independentemente do gênero<sup>4</sup> do custodiado), no ano de 2015. Quanto à sua natureza, as Regras de Mandela são normas ditas *soft law*, ou seja, são normas de direito internacional que não tem força vinculante.

As chamadas Regras de Mandela não têm por objetivo fixar, de forma pormenorizada, um modelo de sistema prisional, até porque isso não seria possível em razão da diversidade cultural e social dos diversos países vinculados à ONU. O escopo é, portanto, estabelecer o que, genericamente, dentro do contexto social atualmente vigente, se admite como bons princípios e práticas no tratamento dos reclusos e na gestão dos estabelecimentos prisionais (ou seja, as condições mínimas aceitas como adequadas pela Organização das Nações Unidas). Destinam-se, desse modo, a fomentar que países adotem as medidas indispensáveis para superar as dificuldades normativas e práticas na humanização e aperfeiçoamento do sistema prisional, quer no tratamento dos presos, como na gestão dos presídios e estabelecimentos de custódia<sup>5</sup>.

1 Nesse particular, oportuno relembrar o episódio conhecido como “massacre do Carandiru”, ocorrido em 02 de outubro de 1992, no qual a invasão da Casa de Detenção de São Paulo pela Polícia Militar para contenção de uma rebelião, resultou na morte de 111 presos.

2 Aspectos pontuais e iniciais foram estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, bem como sopesados o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e a Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

3 Tal denominação decorreu do interesse da ONU em homenagear Nelson Mandela, líder negro sul-africano, que ficou preso por 27 anos e se tornou um exemplo na luta em favor dos direitos humanos.

4 Não obstante isso, existe no âmbito da ONU as chamadas Regras de Bangkok, publicadas no ano de 2010, relativas ao tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras.

5 Conforme observação preliminar 1 e 2, constante das Regras de Mandela: “Observação

Tal normativa internacional encontra-se estruturada em quatro observações preliminares, regras de aplicação geral e regras aplicáveis a categorias especiais de indivíduos. Com relação às observações preliminares, estas destacam que as Regras de Mandela são aplicáveis a todas as categorias de presos, criminais ou civis, em prisão preventiva ou condenados, inclusive os que estejam em cumprimento de medidas de segurança<sup>6</sup>.

Tem-se, também, importantes orientações nas regras iniciais do referido normativo (Regras 1 a 5), merecendo relevo os seguintes aspectos contidos nas Regras 1 e 2: todos os reclusos devem ser tratados com o respeito inerente ao valor e dignidade do ser humano, sendo vedada a submissão a tortura ou outras penas ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e, ainda, deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância; a segurança dos reclusos, do pessoal do sistema prisional, dos prestadores de serviço e dos visitantes deve ser sempre assegurada; devem ser as regras empregadas com imparcialidade, sendo proibida a discriminação em razão da raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, patrimônio, nascimento ou outra condição (neste particular, ressalta-se que as ações e as medidas tomadas para proteger e promover os direitos dos custodiados portadores de necessidades especiais não serão consideradas discriminatórias, pois destinam-se a diminuir a sua especial condição de vulnerabilidade).

A Regra 3 apregoa que a detenção e quaisquer outras medidas que excluam um indivíduo do contato com o mundo exterior (privação da liberdade

---

preliminar 1: As regras que a seguir se enunciam não pretendem descrever em pormenor um modelo de sistema prisional. Procuram unicamente, com base no consenso geral do pensamento atual e nos elementos essenciais dos sistemas contemporâneos mais adequados, estabelecer o que geralmente se aceita como sendo bons princípios e práticas no tratamento dos reclusos e na gestão dos estabelecimentos prisionais.

Observação preliminar 2: 1. Tendo em conta a grande variedade de condicionalismos legais, sociais, económicos e geográficos em todo o mundo, é evidente que nem todas as regras podem ser aplicadas em todos os locais e em todos os momentos. Devem, contudo, servir para estimular esforços constantes com vista a ultrapassar dificuldades práticas na sua aplicação, na certeza de que representam, no seu conjunto, as condições mínimas aceites como adequadas pela Organização das Nações Unidas. 2. Por outro lado, as regras abrangem uma área relativamente à qual o pensamento evolui constantemente. Não visam impedir experiências e práticas, desde que as mesmas sejam compatíveis com os princípios e tentem incrementar a realização dos objetivos das regras no seu conjunto. Dentro deste espírito, a administração prisional central poderá sempre justificar uma autorização de afastamento das regras.”

- 6 Conforme as Regras de Mandela, “Observação preliminar 3: 1. A primeira parte das regras trata de matérias relativas à administração geral dos estabelecimentos prisionais e é aplicável a todas as categorias de reclusos, dos foros criminal ou civil, em regime de prisão preventiva ou já condenados, incluindo os que estejam detidos por aplicação de “medidas de segurança” ou que sejam objeto de medidas de reeducação ordenadas por um juiz. 2. A segunda parte contém as regras que são especificamente aplicáveis às categorias de reclusos de cada secção. Contudo, as regras da secção A, aplicáveis aos reclusos condenados, serão também aplicadas às categorias de reclusos a que se referem as secções B, C e D, desde que não sejam contraditórias com as regras específicas destas secções e na condição de representarem uma melhoria de condições para estes reclusos.”

de locomoção) são penosas por retirar o direito à autodeterminação. Por essa razão, o sistema prisional não deve aumentar o sofrimento inerente a tal situação, exceto em casos pontuais em que a separação seja justificável ou nos casos em que seja necessário manter a disciplina. Por sua vez, a Regra 4 menciona que “os objetivos de uma pena de prisão ou de qualquer outra medida restritiva da liberdade são, prioritariamente, proteger a sociedade contra a criminalidade e reduzir a reincidência.” E, para tanto, estes objetivos somente podem ser alcançados se o período de detenção for utilizado para garantir, sempre que possível, a reintegração destas pessoas à sociedade após a sua liberação. Assim, a administração prisional e demais autoridades competentes devem proporcionar educação, formação profissional e trabalho, bem como outras formas de assistência apropriadas e disponíveis, incluindo aquelas de natureza reparadora, moral, espiritual, social, desportiva e de saúde.

Por fim, a Regra 5 define que o regime prisional deve procurar minimizar as diferenças entre a vida durante a detenção e aquela em liberdade que tendem a reduzir a responsabilidade dos reclusos ou o respeito à sua dignidade como seres humanos.

Com relação às regras de aplicação geral (Regra 1 a 85), o Capítulo I está dividido em princípios básicos, registros, separação de categorias, acomodações, higiene pessoal, vestuário próprio e roupas de cama, alimentação, exercício e esporte, serviços de saúde, restrições disciplinares e sanções, instrumentos de restrição, revistas íntimas e inspeção de celas, informações e direitos à queixa dos presos, contato com o mundo exterior, livros religião, retenção de pertences dos presos, notificações, investigações, remoção de presos, funcionários da unidade prisional e inspeções internas e externas.

Com relação às regras aplicáveis a categorias especiais (Regra 86 a 122), o Capítulo II está dividido em princípios orientadores para presos sentenciados, presos com transtornos mentais e/ou problemas de saúde, presos sob custódia ou aguardando julgamento, presos civis e pessoas presas ou detidas sem acusação.

Feitas estas considerações iniciais, cumpre destacar, agora, as principais regras referentes aos pontos objeto de discussão no presente estudo – isolamento celular e saúde do preso dentro do sistema penitenciário federal brasileiro, a saber:

Regra 23: Todos os reclusos que não efetuam trabalho no exterior devem ter pelo menos uma hora diária de exercício adequado ao ar livre quando o clima o permita.

Regra 25: 1. Todos os estabelecimentos prisionais devem ter um serviço de saúde incumbido de avaliar, promover, proteger e melhorar a saúde física e mental dos reclusos, prestando particular atenção aos reclusos com necessidades especiais ou problemas de saúde que dificultam sua reabilitação. 2. Os serviços de saúde devem ser compostos por uma equipa interdisciplinar, com pessoal qualificado e suficiente, capaz de exercer a sua atividade com total independên-

cia clínica, devendo ter conhecimentos especializados de psicologia e psiquiatria. (...)

Regra 30: Um médico, ou qualquer outro profissional de saúde qualificado, seja este subordinado ou não ao médico, deve observar, conversar e examinar todos os reclusos, o mais depressa possível após a sua admissão no estabelecimento prisional e, em seguida, sempre que necessário. Deve dar-se especial atenção a: (...) (c) Identificar qualquer sinal de stresse psicológico ou de qualquer outro tipo causado pela detenção, incluindo, mas não só, o risco de suicídio ou de lesões autoinfligidas e sintomas de abstinência resultantes do uso de drogas, medicamentos ou álcool; devem ser tomadas todas as medidas ou tratamentos individualizados apropriados; (...).

Regra 33: O médico deve comunicar ao diretor sempre que julgue que a saúde física ou mental do recluso foi ou será desfavoravelmente afetada pelo prolongamento ou pela aplicação de qualquer modalidade do regime de detenção.

Regra 43: 1. Em nenhuma circunstância devem as restrições ou sanções disciplinares implicar tortura, punições ou outra forma de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. As seguintes práticas, em particular, devem ser proibidas: (a) Confinamento solitário indefinido; (b) Confinamento solitário prolongado; (...) 3. As sanções disciplinares ou medidas restritivas não devem incluir a proibição de contato com a família. O contato familiar só pode ser restringido durante um período limitado de tempo e enquanto for estritamente necessário para a manutenção da segurança e da ordem.

Regra 44: Para os efeitos tidos por convenientes, o confinamento solitário refere-se ao confinamento do recluso por 22 horas ou mais, por dia, sem contato humano significativo. O confinamento solitário prolongado refere-se ao confinamento solitário por mais de 15 dias consecutivos.

Regra 45: 1. O confinamento solitário deve ser somente utilizado em casos excepcionais, como último recurso e durante o menor tempo possível, e deve ser sujeito a uma revisão independente, sendo aplicado unicamente de acordo com a autorização da autoridade competente. Não deve ser imposto em consequência da sentença do recluso. 2. A imposição do confinamento solitário deve ser proibida no caso de o recluso ser portador de uma deficiência mental ou física e sempre que essas condições possam ser agravadas por esta medida. (...).

Assim, uma vez estudados os principais aspectos das Regras de Mandela aplicáveis ao custodiado e ao isolamento dentro da prisão, combinado com as prescrições relativas ao tratamento médico, necessário avançar para a verificação dos principais pontos da normativa brasileira no que respeita ao isolamento em estabelecimentos prisionais federais.

## **Do Isolamento Celular o Sistema Penitenciário Federal e os Reflexos os Direitos Fundamentais do Preso**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no seu artigo

5º, estabelece inúmeros direitos ao preso, provisório e em cumprimento de pena, podendo-se resumir que: (a) ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; (b) a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; (c) é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (d) ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (e) aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (f) são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; (g) ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (h) ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente; (i) a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; (j) o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; (l) o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; (m) a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; (n) ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Ainda, o § 1º do artigo 5º, da referida Constituição, estabelece que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata; e o § 3º estabelece que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

No âmbito infraconstitucional, aplica-se a Lei de Execução Penal<sup>7</sup> e, especificamente em relação ao sistema penitenciário federal, a Lei nº 11.671, de 2008<sup>8</sup>.

Um dos pontos centrais sobre o conflitos entre o sistema prisional federal e a observância dos direitos humanos do custodiado refere-se à existência do isolamento e do regime disciplinar diferenciado (RDD). Com efeito, o isolamento celular do preso, em regra, ocorre pela manutenção do preso em cela individual, por 22 horas diárias. É permitida a saída da cela para o pátio pelo período de duas horas, para a realização de atividades físicas ou apenas para o “banho de sol”. Tal sistema é o mesmo previsto para o regime disciplinar diferenciado elencado no artigo 52, §2º, da Lei de Execuções Penais e aplicado ao preso suspeito de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. No RDD, o preso provisório ou condenado fica recolhido em cela individual, tem direito a visitas semanais com duração de apenas duas horas e à saída da cela por duas horas diárias

7 Lei nº 7.210/84.

8 Dispõe sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima e dá outras providências.



para banho de sol.

A técnica do isolamento é empregada dentro do sistema penitenciário federal de diversos modos, dentre os quais destaca-se a restrição do contato do preso com outros internos e a limitação de visita social. No Brasil, existem cinco presídios federais<sup>9</sup>, onde se privilegia a transferência de presos para unidades distantes do estado de origem do interno, aumentando o distanciamento da família, que geralmente não possui condições financeiras para custear viagens para visitas sociais.

Necessário mencionar que, no caso de existir comprovação de que o preso exerce influência capaz causar desordem, seja por meio do envolvimento com organização criminosa ou pela subversão da ordem do presídio local, a transferência para presídio federal é justificável. Entretanto, esse isolamento deve ser aplicado de forma temporária e excepcional, pois a Lei de Execuções Penais, em seu artigo 103, ressalta que mesmo em cadeias públicas o custodiado deve permanecer em local próximo ao seu meio social e familiar. Isso porque o isolamento prolongado é medida extrema e violadora de direitos humanos, que não colabora para a ressocialização, mas apenas para o adoecimento do indivíduo.

A publicação das Regras de Mandela reacendeu o questionamento acerca da constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado. O RDD foi introduzido pela Lei 10.792/2003, que alterou a Lei de Execuções Penais em seu artigo 52, bem como o Código de Processo Penal. De acordo com o art. 52 da LEP, o preso – provisório ou condenado – que tenha praticado fato previsto como crime doloso que ocasione a subversão da ordem e disciplinas internas, receberá uma sanção disciplinar, que consistirá no seu isolamento. Essa sanção tem duração máxima de 360 dias, podendo se repetir caso haja nova falta grave de mesma espécie (até o limite de 1/6 da pena aplicada). Embora sua constitucionalidade não tenha sido analisada pelo STF, o Regime Disciplinar Diferenciado é questionado por ser considerado violador das Regras de Mandela em razão da segregação prolongada a que os presos são submetidos.

Outra modalidade, ainda mais gravosa, é imposta ao preso do sistema penitenciário federal: o isolamento sem direito a saída para o banho de sol. Nesta hipótese, o preso é obrigado a ficar dentro da cela em período integral, ou seja, 24 horas por dia. O contato com o sol se dá apenas pelos raios de sol que entram na cela através das fendas contidas em parte do teto da cela (solário). O preso fica incomunicável com os demais presos e com os seus familiares.

Nesse contexto, verifica-se que embora satisfeitas as condições de higiene e alimentação adequada, os presídios federais, em razão das sanções de isolamento prolongadas podem ser caracterizados como violadores de direitos humanos, na medida em que impõem tratamento cruel e desumano, violando

<sup>9</sup> Localizados nas cidades de Catanduvas/PR, Campo Grande/MS, Porto Velho/RO, Mosoró/RN e Brasília/DF.

a integridade psíquica dos presos.

O próprio Manual de Tratamento Penitenciário integrado para o Sistema Penitenciário Federal elaborado em conjunto pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) admite que “o ambiente de uma prisão de segurança máxima, devido às inúmeras restrições e proibições, comumente se torna monótono e tenso, de difícil tolerância para qualquer ser humano. O impacto desse ambiente na psique do indivíduo é manifestado em atitudes negativas, insônia, hipersensibilidade a estímulos externos, insensibilidade emocional, ataques de pânico, alucinações, auto-mutilações, desesperanças, pensamentos e tentativas suicidas, agressividade, ansiedade, letargia. Ainda que qualquer ação de saúde seja uma forma de investimento na vida, é preciso cuidado para que a ação de saúde não se torne, tão somente, cuidado para manter os reclusos vivos, medicando-os para que consigam dormir e resistir à angústia de viver sob forte controle.”

Outrossim, em âmbito nacional, o Anuário do Sistema Penitenciário Federal, de 2015, informa que no mesmo ano os presos federais receberam 5.367 atendimentos médicos, 1.962 atendimentos psicológicos e 562 atendimentos psiquiátricos. Segundo informações fornecidas pela Coordenação-Geral do DEPEN à Defensoria Pública, em 2017, cerca de 12,07% dos custodiados federais já recorreram ao suicídio e 60% sofre com alucinações auditivas, psicose, desorientação, dentre outros problemas mentais. Ademais, tem-se como referência a Penitenciária Federal de Campo Grande, Mato Grosso do Sul, donde se extrai a informação de que dos 142 internos custodiados no mês de julho de 2017, 80 faziam uso de medicamentos psicotrópicos e 42 utilizavam antidepressivos para tratar males de ordem mental.<sup>10</sup>

## Conclusão

Conforme se verifica dos dados e informações apresentadas, o sistema prisional federal, no Brasil, difere substancialmente do sistema penitenciário estadual, haja vista que não apresenta superlotação, não possui rebeliões, tampouco ostenta condições precárias de higiene e alimentação.

Assim, diante do quadro considerado fisicamente adequado, resta indagar se no âmbito psíquico, o mesmo é capaz de violar direitos fundamentais dos custodiados, tais como a integridade psíquica.

A resposta a essa pergunta é trazida pela própria administração penitenciária quando alude às consequências nefastas dos isolamento, seja ele total ou por 22 horas diárias. Em ambos os casos, o isolamento é de tal forma gravoso à sanidade mental do indivíduo, que inúmeros são os relatos de tentativas de suicídio e uso de medicamentos psiquiátricos para aplacar crises de ansiedade, insônia, pânico, dentre outros.

---

<sup>10</sup> Conforme informações contida no Habeas Corpus nº 148.459 impetrado pela Defensoria Pública da União no Supremo Tribunal Federal.

Conclui-se, portanto, que o isolamento do preso, nos moldes em que relatado, não se coaduna com as Regras de Mandela, pois causa gravame significativo à sanidade mental e integridade psíquica do preso, com reflexos também na integridade física e na saúde do mesmo – violando dessa forma, direitos fundamentais constitucionalmente garantidos e assegurados nas normativas internacionais sobre o tratamento mínimo conferido aos presos.

## Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

CONDE, F. **Direito Penal do Inimigo.** 22. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

KARAM, M. L. **De Crimes, Penas e Fantasias.** Niterói/RJ: Luam, 1991.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA. **Anuário do Sistema Penitenciário Federal 2015.**

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Projeto BRA 05/038.** Modernização do Sistema Penitenciário Federal: Manual de Tratamento Penitenciário integrado para o Sistema Penitenciário Federal.

NASCIMENTO, Filipe Augusto dos Santos. **Dos aspectos (in)constitucionais do regime penitenciário federal.** Disponível em <<https://revistadadpu.dpu.def.br/index.php/revistadadpu/article/view/61>>. Acesso em 23/11/2019.

Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos/ **Conselho Nacional de Justiça**; Coordenação: Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016.

Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (**Regras de Nelson Mandela**), disponível em <[https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson\\_Mandela\\_Rules-P-ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf)>. Acesso em 23/11/2019.

# A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FACE AO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: REGRAS DE MANDELA

**Isabela Joana Mateus Amorim**

Universidade Presbiteriana Mackenzie

## **Resumo:**

Não é mansa e pacífica a questão, conforme se verá. Desde logo não é preferível que digam coisas que não queremos compreender, no entanto imputa-se sobre o silêncio a arquitetura de planos não compartilhados, portanto se nada é dito o que poderia ser considerado? Não se pode olvidar que a dignidade da pessoa humana é onipresente e deve estar dentro dos melhores lugares e dos piores. A dignidade da vida fez-se direito, nota-se que não basta apenas viver, mas sim proporcionar à vida a dignidade. Esta não é uma possibilidade, mas sim um imperativo que assegurará igualdade entre os homens, por tais razões todos os homens são dignos. Em razão disto o presente artigo observa a efetividade dentro dos cárceres brasileiros do documento das Nações Unidas “Regras de Mandela”, que em síntese traz regras principiológicas que abrangem condições dignas na tratativa carcerária.

**Palavras-chave:** Dignidade da pessoa humana; Direitos Humanos; Regras de Mandela; Sistema carcerário brasileiro.

## **Introdução**

Os estudos sobre a aplicação de direitos humanos dentro dos cárceres, proporciona inquietude a parte da sociedade á depender de qual posição se encontra, sabe-se que a origem do instituto da pena não vem deste século e que a mesma com o passar dos tempos ganha suas funções e finalidades, portanto, aquele que cometeu crime deve ser penalizado de acordo com a legislação vigente. A finalidade da pena mesmo com a evolução social ainda é vista de maneira primitiva, existe a falsa realidade de que a pena servirá como castigo e vingança, no entanto contraria as teorias progressistas e humanitárias, nota-se que o entendimento de castigo e vingança não é suficiente e completo, uma vez que cabe demonstrar ao infrator a sua impossibilidade de estar perante a sociedade e a necessidade de estar recluso e ainda que possuindo tratamentos dignos nada seria melhor que a liberdade de locomoção.

O presente trabalho, além das pesquisas de campo, apontam através de estudos teóricos e práticos as condições desumanas, degradantes no encarceramento do Brasil, indubitável é a relevância temática deste artigo, tendo em vista a contribuição àqueles que não têm voz e aos princípios constitucionais.

Cumprir assinalar a edição das regras de Mandela, que não determina um modelo de sistema prisional, mas sim, bons princípios na tratativa carcerária, seu conteúdo é composto por 122 regras dividindo-se em regras gerais que são aplicáveis a toda categoria de reclusos e as regras especiais aplicáveis às categorias específicas.

Nelson Mandela grande líder negro sul africano foi prestigiado com a nomeação das regras mínimas das Nações Unidas para tratamento de reclusos como “Regras de Mandela”, em decorrência de sua trajetória carcerária e por sua elaboração ter sido concluída na África do Sul.

Uma das maiores indagações colhida por parte da sociedade é, o indivíduo que matou, estuprou, roubou, furtou, ou seja, negligenciou as normas previstas no Código Penal Brasileiro, é benemérito de Dignidade? Caso segundo a sociedade este não tenha benemérito de Dignidade mesmo tendo amparo constitucional, obtém-se a segunda indagação, e se este que negligenciou as normas penais possui laços consanguíneos ou até mesmo algum tipo de afetividade frente ao que responde de forma negativa à proteção da Dignidade da Pessoa Humana? , Contudo nesta questão se discute apenas a aplicabilidade dos direitos humanos para pessoas que estão privadas de sua liberdade e não de isenção no cumprimento da pena, portanto ao ensejo da conclusão deste item, objetivasse que o estudo lançado possa ir além de um viés tão somente dogmático.

Infelizmente é notória a inobservância de direitos humanos no cárcere brasileiro, o principal objetivo do artigo é apontar a violação das normas mais básicas que poderia um ser humano obter mesmo estando detido independente do tipo de infração penal cometida, em conjunto com a legislação brasileira e as “Regras de Mandela”.

O desenvolvimento metodológico da pesquisa utilizou-se de fontes de pesquisa secundária, pesquisas bibliográficas de grande apreço, por meio de método qualitativo, com atenção especial as informações contidas no documento internacional “Regras de Mandela”.

## **Dignidade da Pessoa Humana**

A simples condição humana em todos os campos de estudo, traz a concepção de que existe um conjunto de direitos morais, estes direitos nascem com o indivíduo, não podendo ser afastados do ser humano em função de uma sanção penal, mas sem dúvidas deve ser aplicados na execução da pena.

Tendo em vista que os princípios são aqueles que iluminam a interpretação das normas jurídicas, a dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional fundamental intrínseco aos direitos humanos, dignidade deriva do

latim significa virtude, honra consideração, entende-se, portanto, uma qualidade moral que atualmente não se encontra dentro de um sistema prisional não se deve admitir que em virtude do cárcere tais direitos sejam violados. A entrega de alimento estragado a um ser humano não parece ser uma conduta proba e não lhe proporciona título de honra, por sua vez não existe proteção à dignidade da pessoa humana em condições de cárcere.

Segundo a ONU (Organização das Nações Unidas):

Os direitos humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião **ou qualquer outra condição**.

Em derradeiro de acordo com a Constituição Federal Brasileira o Estado tem como fundamento proporcionar à pessoa humana a proteção à dignidade e em contrapartida o mesmo também executa quando necessário à intervenção na vida do cidadão, a relevante questão é se a proteção à dignidade após intervenção estatal é mantida.

Diz Gianpaolo:

O direito penal é a forma mais grave e violenta de intervenção do Estado na vida do cidadão, pois retira deste um de seus bens mais preciosos: a liberdade”.

Empós as noções preliminares em breve trecho, podemos notar a falta de observância do sistema prisional brasileiro no que tange a dignidade da pessoa humana.

## **Nelson Rolihlahla Mandela**

Nascido na África do Sul em 1918, um país onde ser negro significava estar condenado a ter uma vida de humilhação, morreu em 2013 como um herói de seu povo.

Mandela viveu parte de sua infância em uma vila chamada Qunu, foi o primeiro de sua tribo a ir para uma escola, sempre acreditou no poder transformador da educação, estudou direito, porém em determinado período foi expulso por não se conformar com o tratamento desigual.

A África do Sul era independente, governada por britânicos e holandeses, em 1948 o que era preconceito virou política de estado, surge-se o apartheid, regime de segregação racial, neste período Mandela se muda para Johannesburg e se torna um dos líderes contra o apartheid, se filia ao CNA (Congresso Nacional Africano) cujo objetivo era defender os direitos da população negra, no entanto prejudicava os trabalhos do governo Sul-africano, muitas vezes por meio de violência e terrorismo.

O líder negro em 1963 foi condenado a prisão perpétua por sabotagem e conspiração, cumpriu a maior parte de sua pena da Ilha de Robben Cidade

de Cabo África do Sul, no período de 27 anos experimentou todos os horrores de um sistema prisional ausente de direitos humanos.

Inadequado seria esquecer a supressão dos direitos humanos no cumprimento de sua pena, o que está descrito em detalhes na obra “Cartas da Prisão de Nelson Mandela”, seu período de cárcere trouxe diversos fatores violadores da Dignidade humana como, impedimento de participação ao enterro de seu filho e sua mãe, negativa aos estudos, alimentação segregacionista, repouso diretamente no chão, visita a cada três meses sem autorização de comunicação por meio de dialeto, correspondências não repassadas, não se pode olvidar que o presente trabalho não tem por objetivo estudar as violações de direitos humanos dentro do cárcere de outro país, porém é impossível deixar de notar que no sistema carcerário brasileiro alguns pontos desumanos destacado acima em uma prisão que ocorreu há tanto tempo ainda prevalece no Brasil.

Em 1990 deixou o cárcere, em 1992 o regime de segregação racial foi abolido, Mandela conduziu uma nova constituição com direitos plenos para todos, e a tarefa, mas difícil realizada por ele foi convencer os negros a não adotarem raiva contra os brancos, com êxito consegue atingir seus objetivos, ganha prêmio Nobel de paz em 1993 e em 1994 foi eleito como primeiro presidente negro da África do Sul.

## **Efetiva Aplicação das Regras de Mandela no Sistema Carcerário Brasileiro**

Em primeiro plano em 1955 a Organização das Nações Unidas desenvolve regras mínimas para tratamentos de detentos, em 2015 após 60 anos ocorre à revisão dessas regras, a reforma ocorreu por meio de reuniões em diversos países. A sequência de países participantes demonstra o interesse de cada um deles na elaboração, em 2012 ocorreu a primeira reunião em Viena, 2013 Argentina, 2014, Áustria, 2015 Cape Town.

É de ser relevado que através de pesquisas, nota-se que o sistema carcerário em Viena, Argentina, Áustria, Cape Town, possui características distintas do Brasil, são tituladas da seguinte forma, Viena enfrenta crise de população carcerária, fecha-se prisões por falta de condenados, Argentina é exemplo de boas práticas que vem implementando desde 2003 medidas para melhorar o sistema penitenciário, Áustria possui presídios de arquitetura segura e humana, comparando-se com o Brasil pode-se afirmar que se trata de penitenciária luxuosa, porém sabe-se que cada país possui condições diferentes, no entanto cumpre-nos assinalar que não se faz necessário para o sistema prisional brasileiro prisões luxuosas e sim o tratamento humano.

Infelizmente nota-se que o Brasil não participou da elaboração de revisão das regras, porém convém ressaltar que houve o convite e este foi cancelado no governo de Dilma Rousseff. Em 2015 infelizmente ocorre um surto no complexo penitenciário de Pedrinhas São Luís, Maranhão, onde detentos

praticaram o canibalismo, fica, portanto elucidado o real motivo da negativa do Brasil de participação na elaboração de regras humanas para melhora na tratativa do sistema prisional.

Neste passo, parte do artigo se deu por pesquisa exploratória de campo, foram entrevistadas três pessoas que foram detidas, com diferentes idades para que pudesse esclarecer a pesquisa se com o decorrer do tempo houve mudanças no sistema carcerário.

Os entrevistados foram um homem de 46 anos, detido por 12 anos, passou por oito penitenciárias brasileiras, condenado de crime de latrocínio, o segundo entrevistado foi um homem de 26 anos, detido por um ano e um mês, passou por duas penitenciárias brasileiras, pelo crime de tráfico de drogas, e a terceira pessoa foi uma mulher de 29 anos detida por sete meses, passou por duas penitenciárias brasileiras, condenada pelo crime de tráfico de drogas.

Houve o questionamento de todas as regras gerais, se o que estava previsto nas regras de Mandela ocorreu dentro do período de execução da pena, infelizmente são cumpridas no sistema carcerário as regras mais básicas, regras de extrema necessidade não são cumpridas.

Em destaque cumpre demonstrar regras que atualmente são desrespeitadas:

REGRA 1- Tratativa com respeito sem tortura, sanções cruéis, tratamento desumano, segurança a visitas e agentes carcerários;

REGRA 3 – A aplicação do confinamento solitário sem emprego de violência;

REGRA 5- Pessoas portadoras de deficiência devem ser tratadas com base de igualdade em celas diferenciadas;

REGRA 12 à 17- Existência de camas para descanso, quantidade de pessoas não aglomeradas em celas, iluminação, ventilação, sanitário, temperatura de banho;

REGRA 18- Artigos de higiene pessoal cedido pela unidade prisional;

REGRA 19 à 21- Vestuário de uso pessoal como roupas de cama cedidas pela unidade prisional;

REGRA 22- Alimentação em horários regulares, Alimentação com valoração nutricional;

REGRA 24 à 35- Acesso à serviço de saúde, dentro da unidade prisional e se necessário hospitais públicos;

REGRA 36 à 46- Duração no máximo de 22 horas de confinamento solitário;

REGRA 47 à 49- Proibição de instrumentos de restrição como barra de ferro;

REGRA 68 à 70- Quando detido notificação à família;

REGRA 73- Remoção de unidade, em veículo ventilado com iluminação;

REGRA 83 à 85- inspeção interna ou externa nas celas;



Pelo exposto é de verificar o não atendimento a necessidades básicas que qualquer pessoa humana necessita para viver, portanto nota-se que a aplicabilidade de regras como de Mandela não é impossível, a sua efetivação demandaria grande esforços de pessoas competentes para realização de um trabalho humano. Nelson Mandela foi uma pessoa que lutou contra algo pior e conseguiu, a humanização no cárcere brasileiro não é impossível.

## **Prática de Crimes e Aceitação da Sociedade**

Em análise última, tem-se presente no código penal brasileiro a tipificação de diversos crimes, alguns que proporcionam repúdio pela sociedade outros nem tanto, em pesquisa exploratória de campo, nota-se a dificuldade de compreensão de que independente do grau de periculosidade do indivíduo, ele é sujeito de direitos humanos.

Toda e qualquer pessoa humana, é sujeita de direitos humanos, as indagações feitas em pesquisa foi realizada com duas mulheres mães de diferentes idades, com a intenção de proporcionar a elas a reflexão de que o infrator das normas penais seria seu filho, sendo assim seria este benemérito de direitos humanos? As respostas foram diversificadas, depois de longas reflexões foi respondido que para todos os casos hipotéticos expostos deveria existir o tratamento humano, porém nota-se que quanto, mas cruel é o crime proporciona a sociedade dúvidas se realmente é benemérito de ser tratado com condições mínimas na execução de sua pena.

A pesquisa propõe a todos a reflexão de que independente do grau do crime cometido e quais motivos levaram um indivíduo a errar, sua ação não o fará um animal, continuará humano e deve ser tratado como humano, se possível a ressocialização porque um dia ele retornará para a sociedade, pois não temos no Brasil prisão perpétua. A preocupação da efetiva aplicação de direitos humanos é de toda sociedade, pois aquele é tratado de forma desumana quando cumprir sua pena e sair do cárcere poderá tratar a sociedade de forma desumana e cruel.

## **Referências**

BRASIL. **CÓDIGO PENAL BRASILEIRO**: DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 21 nov. 2019.

BRASIL.**LEI** N° 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 24 nov. 2019.

BRÁSÍLIA. RICARDO LEWANDOWSKI. **REGRAS DE MANDELA: REGRAS MÍNIMAS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O TRATAMENTO DE PRESOS**. Brasília: CNJ, 2016<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2019.

CASARIN, Rodrigo. **Cartas escritas por Mandela na prisão são exemplos de afeto e resistência...** <https://paginacinco.blogosfera.uol.com.br/2018/10/10/cartas-escritas-por-mandela-na-prisao-sao-exemplos-de-afeto-e-resistencia>. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4. ed. SÃO Paulo: Saraiva, 2005. 576 p.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões**. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. 262 p. Tradução de Raquel Ramalhete.

JUSTIFICANDO (Brasil). **As Regras de Mandela implodem o sistema prisional brasileiro**. 2016. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2016/06/17/as-regras-de-mandela-implodem-o-sistema-prisional-brasileiro/>>. Acesso em: 08 out. 2019

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NEWS BRASIL (Brasil). **Holanda enfrenta crise penitenciária, sobram celas, faltam condenados: População carcerária holandesa foi reduzida em 43% nos últimos 10 anos**. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-37966875>>. Acesso em: 24 nov. 2019.

ONU. **Lança ‘Regras de Mandela’ para o tratamento digno de prisioneiros no mundo: Regras reforçam direitos de presidiários e estabelecem um padrão mínimo comum para o tratamento dos detentos. Para representante das Nações Unidas, o compromisso “deve ser um trabalho em progresso”**. Brasília: ONU, 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-lanca-regras-de-mandela-para-o-tratamento-digno-de-prisioneiros-no-mundo/>>. Acesso em: 03 set. 2019.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2011.

POR DENTRO DA ÁFRICA (Brasil). **Robben Island: a prisão onde Mandela passou 18 anos de sua vida** © 2018 | Todos os direitos deste material são reservados ao Por dentro da África, conforme a Lei nº 9.610/98. A sua publicação, redistribuição, transmissão e reescrita sem autorização prévia é proibida. <<http://www.pordentrodaafrica.com/cultura/robben-island-a-prisao-onde-mandela-passou-18-anos-de-sua-vida>>. Acesso em: 08 out. 2019.

ROCHA, CÁRMEN LÚCIA Antunes. **O Direito à Vida Digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SEGREDOS DO MUNDO (Brasil). **Centro de Justiça da Áustria**. 2017. Disponível em: <<https://segredosdomundo.r7.com/conheca-as-penitenciarias-incriveis-que-existem-em-algumas-partes-do-mundo/>>. Acesso em: 24 nov. 2019.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Introdução ao Direito Penal: Criminologia Princípios e Cidadania**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

UNODC (Brasil). **Sistema penitenciário da Argentina é um exemplo de boas práticas**. 23/11/2011. Disponível em: <[https://www.unodc.org/lpo\\_brazil/pt/frontpage/2011/11/23-sistema-penitenciario-de-argentina-es-un-ejemplo-de-buenas-practicas.html](https://www.unodc.org/lpo_brazil/pt/frontpage/2011/11/23-sistema-penitenciario-de-argentina-es-un-ejemplo-de-buenas-practicas.html)>. Acesso em: 24 nov. 2019.

VERMELHO (Brasil). **Brasil desrespeita as regras que garantiriam a dignidade nas prisões**. 2017. Disponível em: <<http://www.vermelho.org.br/noticia/300196-9>>. Acesso em: 08 out. 2019.

# JUSTIÇA RESTAURATIVA: AS APLICAÇÕES DOS CÍRCULOS DE PAZ PARA ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI

**Ranna Santos Morais**

Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia

## **Resumo:**

A aplicação de medidas socioeducativas para os infratores adolescentes presuppõe a necessidade da prevenção da reincidência criminal e a educação dos jovens para serem reinseridos na sociedade. No entanto, a realidade que se delinea dentro das casas de internação onde os menores infratores ficam apreendidos se assemelha às condições precárias dos estabelecimentos penais, sem garantir as condições necessárias para o desenvolvimento humano desses adolescentes. Nesse desiderato, o presente estudo tem por objetivo explicitar o processo histórico de transformação do aparato normativo institucional de atenção à criança e ao adolescente no Brasil, com destaque para o contexto de grave violação de direitos humanos que permeia o sistema atual de responsabilização de adolescentes envolvidos com a prática de infrações, apontando para a introdução de práticas e procedimentos restaurativos no âmbito da justiça juvenil, por meio dos círculos de paz. Nesse contexto, a Justiça Restaurativa se apresenta como alternativa à pacificação de conflitos penais, com a construção da responsabilização juvenil a partir de uma justiça que prime pelo respeito aos direitos humanos dos adolescentes. Para tanto, foi utilizada uma abordagem histórico-dialética, por meio da pesquisa bibliográfica, tendo como fundamento a construção de uma reflexão crítica do tema.

**Palavras-chave:** Círculos de paz; Conflitos penais; Justiça restaurativa; Responsabilização juvenil.

## **Introdução**

O ECA rompe com a ideia de que o menor deve ser tutelado pelo Estado, mas que ele deve ser um sujeito de direitos, amparado com políticas públicas. A realidade brasileira dos menores infratores é muito difícil, não é permitido a garantia dos direitos fundamentais para o adolescente infrator.

A Justiça Restaurativa, no contexto juvenil, oferece um alternativa para pensar as ofensas cometidas pelos menores infratores, é uma forma de gerar

mais segurança não só para eles, mas também para a comunidade, no intuito de apresentar a ligação entre responsabilidade penal e caráter educativo. Ela é utilizada para prevenir conflitos e crimes, busca corrigir as consequências dos conflitos, de uma maneira que a vítima, o ofensor e comunidade possam dialogar em busca da melhor maneira para a solução do conflito. Segundo Zehr a Justiça Restaurativa oferece uma alternativa para pensar as ofensas, embora o termo Justiça Restaurativa contenha uma ampla gama de programas e práticas, no seu cerne ela é um conjunto de princípios, uma filosofia, uma série alternativa de perguntas paradigmáticas. (2012, p. 15).

O presente trabalho traz as contribuições que o exemplo de Justiça Criminal Restaurativa traz a justiça juvenil, com as demandas alternativas para os atos infracionais, juntamente com as propostas de medidas trazidas pelo ECA, propiciando uma releitura da Jurisdição Estatal.

Outrossim, analisar a aplicabilidade das práticas de justiça restaurativa, verificando se estas cumpre efetivamente com a finalidade da intervenção penal, na linha de que o objetivo principal é promover uma resposta jurídica condizente com o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como efetiva garantia de participação ativa da vítima e da comunidade na solução do conflito.

## **Fundamentação Teórica**

A resposta jurídica-penal limita-se a analisar o processo partindo de um pressuposto de punição do réu, a realidade do sistema de justiça para os adolescentes em conflito com a lei, evidencia a supressão dos direitos fundamentais. O caráter educativo e integrador que está previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, tem sido esquecido e não alcançado pelos menores infratores.

Diante disso, a Justiça Restaurativa surge como alternativa ao modelo de justiça atual, diferente do modelo já consolidado, o qual tem caráter retributivo e punitivo. Este novo modelo, busca valorizar a reparação dos danos causados à vítima, trazendo o ofensor a contribuir com isso, de maneira que acrescente uma dimensão restaurativa pacífica e eficaz.

O modelo da justiça restaurativa sustenta a possibilidade de aproximação da vítima e do ofensor, visando o alcance de objetivos construtivos, bem como a priorização às demandas de reeducação. As partes não se vem como adversárias, mas como colaboradoras, fundados em uma diálogo, para então reparação e responsabilização do dano, em que a principal ideia não é impor um punição cruel e que nada acrescenta para a ressocialização do indivíduo, mas sim a reparação das consequências vivenciadas após um delito, bem como a resolução de um conflito ou reconciliação das partes envolvidas. A partir disso pode-se definir os objetivos e características da justiça restaurativa da seguinte forma:

A proposta de uma justiça restaurativa tem por base um quadro de reflexão sobre os conflitos, os crimes e as respostas aos crimes, mais que uma teoria ou uma filosofia de justiça. Está na origem de diversos programas, como mediação vítima e acusado e conferências familiares ou comunitárias. Trata-se de uma forma inovadora de lidar com conflitos criminais, que leva todos os envolvidos a discutir e lidar, coletivamente, com o dano causado, em conformidade com uma concepção de justiça dialogicamente construída (ACHUTTI, 2016, p.35)

A norma resolução 2002/12 influenciou vários países a adotarem a metodologia restaurativa, na qual ficaram delineados os princípios e as diretrizes básicas para a utilização do programa em matéria criminal. Esta diz que o resultado restaurativo nada mais é do que o sucedido do procedimento restaurativo, prevendo assim, a eventual “pena” que será aplicada ao ofensor para que ocorra a composição entre as partes, e, conseqüentemente, reintegrá-las à sociedade. De acordo com o explanado no item 3 da Resolução: (RESOLUÇÃO DA ONU 2002/12,2018).

3. Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor.

A resolução com o participação dos interessados, tem um olhar sobre a Justiça Restaurativa como qualquer outro processo no qual vítima e ofensor, ou membros da comunidade afetados participem ativamente na resolução das questões delineadas.

É importante ressaltar que o Brasil implementou através da resolução 225/2016-CNJ, promovendo a promoção de metodologia para o tratamento de vários conflitos. Nesse sentido, a Justiça Restaurativa apresenta-se como um modelo do processo penal que busca restaurar as partes enfraquecidas, com o delito através da comunicação entre ofensor, ofendido ou quer que tenha sido prejudicado, e assim, reintegrar as partes à sociedade.

O intuito do ordenamento jurídico brasileiro é assegurar às crianças e os adolescentes todo o seu plano de desenvolvimento necessário, garantindo sua saúde mental, moral, espiritual e física, tudo isso em condições de liberdade e dignidade. Diante das garantias constitucionais, entende-se que esse auxílio e amparo para os jovens em conflito com a lei deve partir por meio de intervenção estatal, uma vez que o Estado tem um papel importante para assegurar a assistência, à educação, saúde e lazer. Com isso, os menores infratores poderão refletir sobre o delito que cometeram e não caminhar para uma reincidência na fase adulta. Mostra-se, nesse contexto, a efetiva aplicação da Justiça restaurativa como um instrumento de resgate dos valores humanos e

dignos da pessoa.

## Resultados e Discussão

O presente trabalho tem como objetivo analisar os círculos de construção de paz como forma de garantir a justiça criminal juvenil com respeito aos direitos humanos dos menores internados como medida socioeducativa. Esse procedimento é realizado preferencialmente em lugares comunitários, distante daquele cenário do judiciário, intervindo um ou mais mediadores ou facilitadores, em um círculo que poderá ser usadas técnicas de conciliação e mediação para alcançar o resultado restaurativo.

A ação da Associação dos Juizes do rio Grande do Sul, buscou implementar políticas criminais no combate à violência juvenil em Porto Alegre, com o projeto de justiça para o século XXI. Esse projeto no âmbito da aplicação das medidas socioeducativas realizou entre o segundo semestre de 2005, 139 (cento e trinta e nove) círculos restaurativos. Todos os adolescentes na vigência do projeto piloto tiveram progressão da medida sócio educativa. Os círculos restaurativos apresentaram em sua maioria acordo restaurativo, com dados de (92,7%), em destaque que 75,6% desses acordo foram cumpridos. Desse modo, os acordos apresentam a responsabilização dos participantes, tendo em vista o sustento as garantias constitucionais, ao tratamento de saúde, acompanhamento psicológico, inclusão no mercado de trabalho e inserção nas atividades esportivas.

Este projeto conta com o apoio da UNESCO- Programa do Criança Esperança, da secretaria Especial dos Direitos Humanos dentre outros. Alguns estudiosos de vários lugares do Brasil buscam em Porto Alegre os conteúdos de Justiça Restaurativa para aplicarem no seus estados, em complemento ao sistema de Justiça da Infância e juventude. Leoberto Narciso Brancher esclarece que:

Denominado — Justiça para o Século 21, esse projeto tem sua reatuação institucional na Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS) e na 32 respectiva Escola Superior da Magistratura, e sua implementação está ancorada na 3ª Vara do Juizado da Infância e da Juventude, competente para executar as medidas socioeducativas aplicadas a adolescentes infratores. Suas diferentes atividades e eixos de aplicação são apoiados pelo Ministério da Justiça e pelo PNUD, através do projeto Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro, e pela UNESCO e pela Rede Globo, através do Programa Criança Esperança. Além do engajamento operacional da promotoria de justiça e da defensoria pública em atuação na 3ª Vara, também são parceiros da execução direta a Fundação de Atendimento Socioeducativo (FASE, antiga Febem), que executa as medidas socioeducativas privativas da liberdade, a Fundação de Assistência Social e Cidadania (FASC), órgão da assistência social municipal responsável pela execução das medidas socioeducativas de meio aberto, a Secretaria Estadual de Educação, a Secretaria Mu-

nicipal de Educação e a Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Segurança Urbana, através da Guarda Municipal. Esse rol é complementado por um leque de outras dez instituições relacionadas à área da infância e da juventude, todas firmatárias de um protocolo formal comprometendo-se a engajar suas estruturas institucionais e recursos humanos na consecução dos objetivos do projeto, que se propõe, genericamente, a implantar práticas restaurativas para resolver situações de violência envolvendo crianças e jovens em Porto Alegre (2006, p. 675-676).

Para tanto, ressalta-se que com o advento do estatuto da Criança e do Adolescente e com a lei dos Juizados especiais, têm sido adotadas práticas restaurativas no Brasil, porém inexistindo seus princípios, valores, conforme definidos pela ONU. Desta forma, é essencial a implementação dos círculos de paz, pois estes tem sido realizados para o empoderamento das partes, trazendo o pensar dos adolescentes para o ato cometido, findado a reincidência criminal. São realizados de forma aberta e contínua, na composição de membros, que vão dialogando entre suas percepções sobre o ato cometido. Diante da lotação excessiva das casas de custódia, os círculos restaurativos permite a busca e garantia dos princípios constitucionais para os adolescentes, e até mesmo prover a colaboração entre os indivíduos.

## Considerações Finais

As várias buscas por soluções alternativas para o sistema de justiça, sobretudo ao retributivo, vêm encontrando nas práticas restaurativas um encaminhamento possível a conflitos definidos como infracionais. Pode-se observar que esse processo com práticas restaurativas, é um modelo de justiça que não se exaure nos tribunais, mas que pode transforma-los através do olhar de seus operadores e de todos que participam ativamente dessas práticas. O procedimento restaurativo proporciona aos adolescentes um atendimento sócio-educativo, não só no meio judicial, como também na democratização da experiência de justiça.

De outro modo, a resolução pacífica não busca somente a responsabilização do causador do dano, aproveitando dos recursos de punição e sua estigmatização, mas também, pelo encontro que se dá entre um envolvido e o outro no conflito, encaminhando para uma possibilidade de sua superação como sujeito de direitos. Trata-se de uma discursão entre os limites do indivíduo com a sociedade e do poder do estado democrático de direito à vistas destas ações resolutivas.

## Referências

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016



BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)// Acesso em 23 de novembro de 2019.

BRASIL. **Jurisprudência. Revista Jurídica Consulex**, nº 193, p. 40, 31 de Janeiro/2005.

BRASIL. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) Lei nº 12.594**, de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm)// Acesso em 23 de novembro de 2019.

Levantamento Nacional - **Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei 2010**. Brasília: SDH/PR, 2012.

BRANCHER, Leoberto; AGUINSKY, B. **Projeto Justiça para o Século 21**. Disponível em: < [http://www.justica21.org.br/j21/webcontrol/upl/bib\\_241.doc](http://www.justica21.org.br/j21/webcontrol/upl/bib_241.doc) > Acesso: 23 novembro de 2019.

BRANCHER, Leoberto; SILVA, Susiâni (Orgs). **Justiça para o Século 21-Instituindo Práticas Restaurativas – Semeando Justiça e Pacificando Violências**. Porto Alegre: Nova prova, 2008.

RESOLUÇÃO DA ONU 2002/12. **Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal**. Disponível em: <[http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material\\_de\\_Apoio/Resolucao\\_ONU\\_2002.pdf](http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf)>. Acesso em: 23 de NOV. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **O que é a Justiça para o Século 21?** Disponível em <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=101&pg=0>>. Acesso em 31/08/2016.

SCURO NETO, Pedro. Justiça restaurativa: desafios políticos e o papel dos juízes. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, v.33, n.103, p.229-254, set. 2013.

VEZZULLA, Juan Carlos. Teoria e Prática da Mediação. In: **United Kingdom – Restorative Justice Consortium**. Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

ZEHR, Howard. **Changing lenses – a new focus for crime and justice**. 20. ed. Ontario: Herald Press, 2018.

# JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO GUARDIÃ DA DEMOCRACIA - USO DE PRINCÍPIOS RESTAURATIVOS NO ÂMBITO SOCIOPOLÍTICO BRASILEIRO

**Amanda Castro Machado**

Pós-graduanda em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e pesquisadora do Núcleo de Antropologia do Direito da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Sociais da Universidade de São Paulo

## **Resumo:**

A pesquisa propõe cenário em que a justiça restaurativa supera o âmbito judiciário e transita na esfera sociopolítica brasileira, apresentando-a sob um prisma cidadão, como guardiã dos Direitos Humanos e garantidora da democracia, por intermédio do diálogo político restaurativo e empático, utilizando-se dos recursos da justiça restaurativa para auxiliar nas tensões criadas pelo atual governo brasileiro, que desencoraja o diálogo restaurativo e estimula o punitivismo. Através de sucinta conceituação de termos correlatos à democracia (despolitização, pós-verdade, justiça do diálogo, entre outros) e relato de experiência vivenciada pela autora em espaços que são comuns à justiça restaurativa ao longo do ano de 2018, o artigo delinea limites da justiça restaurativa em ocupar espaços fora do judiciário pela crescente falta de diálogo entre cidadãos incentivado pelo cenário de despolitização vivido, ratificando a importância do sentimento de pertencimento na construção democrática.

**Palavras-chave:** Justiça restaurativa; Despolitização; Pós-política; Ultrapolítica; Pós-verdade.

O presente artigo descortinará, em sua primeira parte, a história institucional e normativa sobre a justiça restaurativa no Brasil, e, após, seguirá para a conceituação de termos democrático-políticos expondo a despolitização que emerge mundialmente e apresentando possíveis soluções restaurativas, que atuam no combate à cultura de não-diálogo que é continuamente implantada no território brasileiro e alcança seu auge no governo Bolsonaro.

Acompanhando o movimento internacional que passa a adotar métodos restaurativos em seus ordenamentos jurídicos, com caráter de “alternativa penal” ou em âmbito educacional, o Ministério da Justiça, em parceria com

o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, implanta o projeto “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileira” no ano de 2005, instaurando três projetos pilotos em três cidades brasileiras para implementação de programas com diretrizes restaurativas.

Alcunhado de “Justiça no Século 21”, a cidade de Porto Alegre/RS se tornou a ponta do projeto piloto que se voltou à justiça restaurativa na seara jurídico infanto-juvenil. Graças ao sucesso do programa<sup>1</sup>, em 2010 o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul constituiu a Central de Práticas Restaurativas junto ao Juizado da Infância e Juventude, através da Resolução 822/2010, também instituindo quatro centros em bairros periféricos da capital gaúcha para evitar preventivamente a judicialização de demandas que possam ser sanadas extrajudicialmente à luz da justiça restaurativa.

Na mesma linha de prósperas experiências restaurativas está o Núcleo Bandeirante, em Brasília/DF, que abraçou o projeto piloto aplicando parâmetros restaurativos em processos criminais referentes às infrações de menor potencial ofensivo e posteriormente resultou no nascimento do célebre Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos.

Como terceira ponta dos projetos pilotos, São Caetano do Sul/SP dispôs de onze escolas municipais para participar da prática, integrando educação e sistema judiciário nos casos litigiosos em que conflitos escolares resultavam demandas judiciais. Ao invés de precipitadamente recorrer-se do judiciário, as partes litigantes passaram a se valer do centro escolar restaurativo que, por meio de círculos restaurativos, resolviam as questões sem necessidade de judicialização. O sucesso foi tamanho que tal metodologia foi levada à Guarulhos/SP e à comunidade de Heliópolis, em São Paulo.

Correlacionando os projetos pilotos apresentados de forma sucinta com a evolução normativa da justiça restaurativa no Brasil, observa-se que a lei 9.099/1995 já traz em ao menos três artigos (arts. 72, 76 e 79) diretrizes restaurativas que são facilmente identificáveis (enquanto não retributivas, contrariando a linha punitivista utilizada pelo sistema judiciário brasileiro), prevendo composição civil dos danos *intrapartes* e transação penal.

Passados quatro anos do início dos projetos-pilotos, em 2009 o 3º Programa Nacional de Direitos Humanos edita norma que concretiza o fomento e incentivo a novos projetos de justiça restaurativa em âmbito nacional, assim viabilizando a perspectiva empírica para que estudiosos possam conceber planos eficazes e aplicáveis no sistema judiciário brasileiro, assim como estratégias mediadoras em escolas.

Dois outros momentos normativos que merecem atenção são os de elaboração das resoluções 225/2016 e 288/2019, pelo Conselho Nacional de Justiça. A resolução de 2016 estabelece a Política Nacional de Justiça Restau-

1 ORSINI, Adriana Goulart de Sena; LARA, Caio Augusto Souza. Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: a afirmação da justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à Justiça. Belo Horizonte: Revista Responsabilidades (TJMG), v. 2, n. 2, 2012/2013, p. 305-324.

rativa, vital para unificar o entendimento e a relevância da justiça restaurativa em âmbito nacional, uma vez que anteriormente tanto entendimento quanto relevância eram questionáveis por disparidades inconciliáveis encontradas em diferentes definições em locais distintos no território nacional. Tal política surge também como legitimadora de iniciativas restaurativas que já estavam em andamento nos âmbitos judicial e educacional. Ratifica, ainda, o dever do CNJ como fiscalizador da implementação de módulo educacional sobre justiça restaurativa em faculdades de direito, bem como nas escolas de magistratura (art. 4º/Res. 225). Neste ano (2019), a Resolução 288 criou o FONAPE – Fórum Nacional de Alternativas Penais e reforçou a promoção de alternativas penais com enfoque restaurativo como substituição de penas privativas à liberdade.

A fomentação do debate sobre justiça restaurativa tem dado frutos, tanto no meio institucional quanto no terceiro setor, e até mesmo no setor empresarial privado. Idealizada em 2018 como projeto da incubadora da Universidade Mackenzie, a empresa Reconecte facilita círculos coletivos e individuais, promove formação de facilitadores e oficinas sobre fundamentos restaurativos, não limitando-se a facilitar conflitos, mas expandindo o pensamento restaurativo em encontros focados em temas comuns à todos, como autocuidado, funcionando como tática preventiva para possíveis conflitos (inter ou intrapessoal). Contemplando o meio institucional no estado de São Paulo, em 2019 a OAB/SP criou a Comissão de Justiça Restaurativa, promovendo frequentes debates e formações, aproximando ferramentas restaurativas da prática da advocacia e, conseqüentemente, do sistema judiciário retributivo.

No entanto, cabe ressaltar que práticas restaurativas e órgãos que possibilitam sua divulgação não são exclusivamente pertencentes ao século XXI no Brasil, após o trajeto histórico considerado anteriormente. O Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo (CDHEP) iniciou suas atividades em 1981, fundamentando-se em três eixos principais – Direitos Humanos, Educação Popular e Justiça Restaurativa. A ONG tornou-se um dos principais polos de eventos e formações sobre justiça restaurativa em São Paulo.

Depreende-se, portanto, que a justiça restaurativa angariou, no decorrer do tempo, variados centros em que é objeto de estudo, debate e interesse, centros estes não necessariamente ligados ao meio acadêmico. Para ilustrar o ambiente da universidade, evoca-se o Grupo de Diálogo Universidade-Comunidade-Cárcere (GDUCC) da Universidade de São Paulo, que oportunizam encontros quinzenais ao longo do semestre em que quinze pessoas, selecionadas através de uma formação inicial, dirigem-se a uma unidade carcerária para participar de reunião com outras quinze pessoas encarceradas e discutir temas que lhes interesse. Neste encontro, os participantes não-encarcerados são encorajados a utilizarem princípios restaurativos e comunicação não-violenta para dialogar entre si e com a parcela encarcerada do grupo. De início, ainda na formação anterior às visitas, é encaminhado aos potenciais participantes

do projeto trecho do livro “Labirintos da Moral” de Mario Cortella e Yves de La Taille, em que diferenciam o termo “acolher” de “tolerar”. Após a leitura, o tema é debatido como forma de preparação para os círculos de diálogo que ocorrerão dentro do cárcere, trazendo reflexões acerca do verdadeiro acolhimento do outro, e não superficial tolerância. Sendo assim, é esperado que os integrantes selecionados entrem no cárcere despidos de prejulgamentos ou preconceitos – o que, para a surpresa da autora, não foi o vivenciado em sua experiência como integrante do GDUCC 2018/2º semestre.

Responsável pela dinâmica de um dos encontros, a autora utilizou-se do “mapa dos sentimentos”, prática aprendida em oficina do Reconecte, em que os participantes deveriam pensar em uma experiência negativa marcante em suas vidas e relatar o que aquele trauma lhes causou, listando os sentimentos que manifestaram-se no ato e como gostariam de ter sido acolhidos por aqueles ao seu redor. Previsivelmente, muitos daqueles que estavam encarcerados relataram a situação a qual, por fim, levou às suas prisões. Imprevisivelmente, os participantes não-encarcerados desaprenderam o conceito de acolhimento, cercando-se de preconceitos e julgamentos, e saíram da unidade carcerária questionando entre si o motivo pelo qual não houve o sentimento “arrependimento” listado nos formulários preenchidos pelos encarcerados, ou o motivo torpe pelo qual o encarcerado relataria outra experiência “de menor importância” como traumática ao invés do crime, conversa carregada de intolerância e questionamentos negativos. Apresenta-se árdua a tarefa de apresentar alternativas restaurativas para tomar o lugar do pensamento retributivo imperativo em que os indivíduos são moldados na cultura ocidental, mesmo quando a mudança é introduzida em um ambiente favorável e aberto a tal ideologia, como este o era.

Esta experiência se mostrou totalmente elucidativa e pontual para que a autora avaliasse as eleições presidenciais e seus fervorosos debates em meados de outubro de 2018. Quanto mais próximas estavam as eleições, mais era perceptível a ausência do diálogo entre aqueles que se consideravam opositores (“esquerda” vs. “direita”, ou, mais precisamente “lulistas” vs. “fascistas”). A autora percebeu crescente recusa em debates políticos, tanto em seu meio social e familiar, quanto no ambiente acadêmico e profissional. Especialmente nos grupos de estudo e pesquisa, observou-se uma demarcação territorial-cultural sobre como aquele conjunto de pessoas deveria se portar, qual posicionamento político deveria ser seguido, sem espaço para discordâncias, segregando aqueles contrários ao posicionamento dominante ou calando-os sob o risco de constrangimento se trouxessem pontuações antagônicas. Os “opositores calados” acabavam, por fim, concordando genericamente com o que lhes era colocado para continuarem integrando o círculo.

Pode-se argumentar que o posicionamento político do indivíduo diz muito sobre seu caráter e percepção da sociedade, podendo, portanto, ser de fato um fator legítimo para apartar pessoas com posicionamentos antagônicos, sobretudo na última eleição presidencial em que os posicionamentos

eram efetivamente opostos, considerados “extremistas”, em que os poucos projetos de governo apresentados por uma vertente feriam explicitamente interesses profundos da outra, sejam estes interesses econômicos concretos ou seja a ameaça de estremecimento da democracia e dos direitos humanos.

Assim inicia-se a compreensão do fenômeno da *despolitização* que assombra o Brasil e tantos outros países. Para conceituação do termo, Marco Aurélio de Nogueira traz que a despolitização funciona em dois eixos, quais sejam (i) distanciando diretamente as pessoas do político, criando barreiras à consciência política e desqualificando as práticas políticas atuais; e (ii) marcando o surgimento de politizações alternativas difusas e erráticas que focalizam o indivíduo e cujo descarte da necessidade de práticas institucionais e organizativas alternativas cria a autoexclusão e impede a apropriação e transformação do Estado<sup>2</sup>. Neste artigo, serão esmiuçados os conceitos de pós-política e ultrapolítica, espécies pertencentes ao gênero despolitização.

Ultrapolítica é o tipo de despolitização que assola o Brasil no presente contexto histórico, anterior e posterior às eleições, em que o antagonismo é vazio, os projetos de governo são substituídos por difamações ao lado oposto, voltando a atenção dos espectadores (cidadãos eleitores) para os escândalos e *fake news*, que passam a procurar o candidato “menos pior” ao invés do mais adequado de acordo com suas expectativas e valores democráticos. Combatendo implicitamente a democracia, a ultrapolítica governará para os seus de acordo com o governo regente, com preceitos democráticos aplicados somente ao seu curral eleitoral, fazendo da democracia um regime relativo, e não absoluto. O fim almejado pela ultrapolítica é justamente despolitizar o conflito, transformando em um simples “nós vs. eles”, e dessa forma incita o ódio, o preconceito e ideias violentas sobre como implantar a chamada “democracia”. Portanto, quaisquer debates levantados para discutir temas verdadeiramente políticos encontram uma barreira intransponível de rejeição, barreira essa que encontra dois alicerces paradoxais: o famoso jargão “política não se discute” e, simultaneamente, grande revolta quando premissas contrárias ao do interlocutor são exteriorizadas – ou seja, existe um verdadeiro ódio no discurso do outro, em um primeiro momento quando há insistência pela conversa, e após pela conversa em si quando contrária às crenças do ouvinte, que percebe-se como apolítico, sem qualquer interesse no assunto, mas revolta-se de maneira extremada quando não ouve o que gostaria. Assim como na experiência vivida e relatada pela autora no GDUCC, por não dividirem os mesmos valores e não possuir uma abordagem restaurativa e empática, os eleitores opositores desumanizam uns aos outros, censurando as opiniões alheias, recusando seus fundamentos – “se não está comigo, está contra mim”.

No cenário das classes socioeconômicas, a classe dominante elitista ocupa seu lugar como vítima da rebeldia dos oprimidos. A classe média, por sua vez, se adequa ao *status quo* e comumente se alia ao partido que flerta com

2 FERNANDES, Sabrina. Sintomas Mórbitos. São Paulo: Autonomia Literária, 2019. p. 216.

o autoritarismo, prometendo calar movimentos revolucionários, e o faz para evitar qualquer possibilidade de perda de privilégios motivado por revoluções, já que está confortável na camada socioeconômica na qual se encontra. Independente do nível da educação (que está intrinsicamente associado com a condição econômica do indivíduo), as ideias que cativam ambas vertentes tem seu sucesso baseada na simplicidade com que as frases são colocadas, com que os problemas e soluções são apresentados, mostrando ser desnecessário um estudo mais profundo sobre o tema para entender fundamentadamente as consequências de cada solução proposta e o caminho para alcançá-la – o ápice foi atingido com o atual presidente brasileiro, Jair Bolsonaro, que apresenta suas soluções com a frase genérica “vamos mudar isso aí”. Como exemplo, para problemas na segurança pública, a solução seria a maior violência policial e o aumento a taxa de encarceramento, sem qualquer compreensão sobre o próprio sistema e suas falhas (ou perversidades) que irremediavelmente originam e propiciam todos os fatores que culminam no cometimento do crime, mas o “cortar o mal pela raiz”, no discurso despolitizado, está no que se vê, no imediatismo e superficialidade, deixando a real fonte do problema de lado (no exemplo exposto, enviar o criminoso para a prisão ou exterminá-lo, fora do alcance dos “cidadãos de bem”) – portanto, o dito popular é mal interpretado, chegar-se a raiz do problema para cortá-la seria exatamente o estudo do porquê o indivíduo foi persuadido a cometer o ato ilegal, adotando assim um olhar restaurativo que não limita-se ao indivíduo, mas responsabiliza também seu entorno e sua sociedade. O estudo, no entanto, neste mesmo cenário despolítico é condenável e a academia é repreendida. Almejar estudo, conhecimento, aprofundamento acadêmico tornou-se nefasto e pertencente somente ao lado “esquerdista”.

Mobilizados pelo ódio e pelo medo, os cidadãos inseridos na ultrapolítica respondem somente a estímulos superficiais que tragam assuntos polêmicos, geralmente sobre a vertente política oposta. Novamente, este aspecto voltado a superficialidade com que as notícias e *fake news* chegam aos eleitores também é proposital e característica da ultrapolítica, pois assim doutrina seus eleitores, que já estimulados emocionalmente por como a manchete lhes é apresentada, não são incitados a voltar-se à racionalidade e ao estudo do tema, recebendo a notícia emotivamente e devolvendo sua opinião da mesma forma, rápida e afetivamente. Com isso, o senso político crítico fica adormecido, evitando protagonismo do cidadão, que acaba por atuar como mero espectador da situação política do país, negligenciando possibilidades ativas do cidadão que superam votar bianualmente, como integrar participações populares, sindicatos e frentes militantes.

Após o entendimento da tendência de despolitização predominante no Brasil atual, passa-se a abordar o conceito de pós-política, que de pronto já possui uma enorme diferença se comparado com a ultrapolítica, qual seja o desprezo pelo antagonismo radical político e extremismos. Nessa tática, aquele que se utiliza da pós-política considera extremista toda manifestação que o

denúncia, então o próprio movimento pós-político lhe garante tanto ataque quanto defesa, valendo-se da doutrinação do certo e obliterando o pensamento crítico. Acompanhando este movimento, está o silenciamento de vítimas, especialmente se pertencentes a grupos minoritários, que associados a lutas e causa sociais, também são automaticamente conectados com o extremismo, e por isso não devem ser levadas em consideração, entendidas como histeria militante. Não é coincidência que nos últimos anos entraram em pauta discussões sobre a ditadura do politicamente correto, associado também a radicalismos, muitas vezes relacionados à esquerda – deslegitima a denúncia analisando quem denuncia. Seguindo esse raciocínio, quando o oprimido se dirige ao opressor exigindo reparação, o opressor se porta como vítima do politicamente correto, invertendo a situação, e situando o oprimido como intolerante e violento.

A perversa resignificação da relação oprimido-opressor supera o conflito individual e transforma-se em um problema coletivo, em que tentativas democráticas para exposição de mazelas socioeconômicas são lidas como atos divisivos impetrados usualmente pela esquerda. Ou seja, aquele que se vale da pós-política, por meio de soluções simplistas característica da despolitização, acaba por rebater a conscientização crítica intentada pelo “outro lado” como se estes últimos fossem aqueles que resumem problemas estupidamente – ricos vs. pobres; negros vs. brancos; homens vs. mulheres. Simplificando a denúncia de grupos oprimidos e massificando ignorantemente seus pleitos, apontam os oprimidos como causadores da divisão da sociedade e extremismos nocivos.

Se analisados o governo anterior, que clamava direcionar-se à esquerda mas dialogava frequentemente com a direita, e o governo atual, que se reconhece como direita apesar de características identificáveis como autoritárias e fascistas, observam-se posturas pós-políticas. No governo Lula, as concessões feitas à agenda da direita (colocando em risco diretrizes da esquerda) abriu o debate sobre se, de fato, seria um governo da esquerda, visto a falta de verdadeiro comprometimento com reformas e revoluções que seguissem a linha esquerda. Por essa razão, nota-se a supressão do antagonismo explícito, na tentativa de governar para todos, o governo petista renuncia às próprias diretrizes que o elegeram. Por outro lado, no governo Bolsonaro atual, que expira sórdido ufanismo, a frente pós-política é identificada na tecnocracia adotada ao nomear integrantes de seu governo que não seriam “políticos” e sim técnicos esclarecidos e, portanto, estão acima de questões ideológicas, escondendo-se sob o manto da falsa neutralidade. Empregando esse subterfúgio, Bolsonaro convence a população de que concorda com a máxima “todos políticos são corruptos” e soluciona este dissabor com a indicação de técnicos para ocupar cadeiras governamentais, apresentando esta saída como o melhor remédio para o fim da corrupção e para o avanço econômico. Assim, afasta da compreensão popular as medidas tomadas por seus aliados e justifica tal distanciamento como ignorância do cidadão ao não compreender a tecnicida-



de de atitudes tomadas por especialistas. Em outras palavras, o cidadão sente-se satisfeito mesmo não assimilando as minúcias da medida tomada, pois confia cegamente na capacidade técnica profissional do político.

Silvio Almeida, em sua célebre obra *Racismo Estrutural*, ao discorrer sobre segurança pública à luz do capitalismo, traz o seguinte trecho pertinente para complementar a ideia de tecnicidade pós-política, dizendo que “(...). *Mais do que isso, o regime de acumulação que alguns denominam de pós-fordista dependerá cada vez mais da supressão da democracia. A captura do orçamento pelo capital financeiro envolve a formulação de um discurso que transforma decisões políticas, em especial as que envolvem finanças públicas e macroeconomia, em decisões ‘técnicas’, de ‘especialistas’, infensas à participação popular*”

Entendendo que a política deve ser suplantada por ser irrecuperável, novamente o desejo pelo estudo para formação de opiniões políticas críticas torna-se secundário e a alienação prospera. Não é possível que o eleitor entenda o que almeja ou não na sua representação política antes mesmo de refletir quais as implicações desta representação, do que pode e deve exigir de seu candidato. Não basta concordarem com valores morais ou repreensões a outro candidato, é necessário compreender seus projetos e sua habilidade de dialogar empaticamente com o cenário político. A pós-política incita ideias que ilustram o sistema político atual como retrógrado, e estimulam concepções como “o meu partido é o Brasil”. Intrinsecamente conectada ao moralismo, a pós-política mascara falhas sistêmicas como atos imorais, não importando se é esquerda ou direita, não buscando formas de remediar e melhorar o sistema como um todo, mas sim focando na falha moral do indivíduo que comete o ato reprovável, como corrupção. Desta forma, a preocupação maior aflora para agradar o senso comum com exposições midiáticas e *trials by media*<sup>3</sup>, facilmente perceptível na história brasileira recente (Lava-Jato, Vaza-Jato, condenação em segunda instância, pacote anticrime, entre outros) – o obsoleto bom senso permanece às sombras do prestigiado senso comum.

Exaurido o reduzido espaço disponibilizado para introdução dos termos despolitização, ultrapolítica e pós-política, questiona-se: em condições tão desfavoráveis para o diálogo, em que a conversa entre indivíduos que divergem politicamente é um ato de coragem, encontram-se ainda na sociedade brasileira espaços para diretrizes restaurativas? A chamada justiça do diálogo busca o consenso entre verdades (verossimilhança) ao invés da imposição (única verdade) e, para melhor compreensão sobre como diálogos são abordados no sistema judiciário, é relevante trazer a divergência quanto o significado de “verdade” entre *civil* e *common law*. A primeira busca a “verdade real”, sem preocupação com o consenso ou interlocução empática, levando a uma argumentação ilimitada, enquanto no sistema da *common law*, conhecido como modelo adversarial, a “verdade possível” é o objeto central, que nasce a partir

3 NACIF, Eleonora Rangel. A mídia e o processo penal. Observatório da Imprensa. Disponível em <<http://observatoriodaimprensa.com.br/caderno-da-cidadania/a-midia-e-o-processo-penal-23316/>>. Acesso em: 20 de março de 2019.

do acordo entre as partes ou jurados (KANT DE LIMA, 2008)<sup>4</sup>. Felizmente, a *civil law* tem se aproximado da verossimilhança no sistema brasileiro, no lugar da insaciável busca pela verdade real. A mediação comunitária, respaldada pela cultura da paz, tem conquistado espaço que antes pertencia somente a conciliação (regida pela celeridade do acordo).

Importante no contexto complexo que cada indivíduo lida em seu cotidiano, com questões relacionadas a falhas sistêmicas estatais e judiciárias, que exista como caminho de solução de conflitos uma forma de resolução fora de instituições governamentais, reapropriando-se da gestão de seus próprios litígios e descentralizando a atuação de solução de conflitos. A justiça restaurativa e seus ensinamentos vem para direcionar a justiça do diálogo. Para concluir, introduzindo importantes reflexões acerca da justiça do diálogo, segue trecho de palestra do sociólogo Bernardo Sorj em que discute centros de mediações comunitárias de conflito:

Porque, sem dúvida, o grande problema do Brasil, o grande problema institucional brasileiro, é que o sentimento de urgência e a enormidade dos problemas criam aquilo que em teoria política é denominado de substitucionismo, ou seja, cada um quer substituir todas as instituições, todos os atores sociais que não funcionam. (...) Vamos nos manter delimitados, abrindo novos leques, novas experiências, mas não podemos querer criar cidadãos no sentido mais amplo da palavra, porque aí já fracassamos.

(...) Acredito que um dos problemas do período da ditadura militar que nós vivemos e está sendo saneado é uma visão da sociedade civil como algo que se contrapõe ao Estado. É uma visão de si mesma como algo virtuoso – eu diria quase imaculado –, enquanto o Estado é a mãe de todos os vícios. (...) Se temos o Estado, é porque temos a sociedade que temos, e vice-versa. Então, não adianta pensar na sociedade civil como sendo algo que, por definição, é bom, faz as coisas boas, e o que não funciona é responsabilidade do Estado.<sup>5</sup>

A verdade e suas versões são tópicos relevantes quando a democracia está em pauta, especialmente a intitulada pós-verdade. O *Oxford Dictionaries* define o termo “pós-verdade” como “um substantivo que se relaciona ou denota circunstâncias nas quais fatos objetivos têm menos influência em moldar a opinião pública do que apelos à emoção e a crenças pessoais”, e, portanto, intimamente correlacionado ao campo da despolíticação, que manipula emoções como ódio e medo para alcançar objetivos políticos. Poderia ser aventado que a justiça restaurativa também o faz, uma vez que a par dos fatos, lida com as emoções das pessoas pertencentes ao círculo restaurativo para chegar

4 KANT DE LIMA, Roberto. Ensaio de antropologia e de direito: Acesso à justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica em uma perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

5 OLIVEIRA, Marcella Beraldo de. Justiças do diálogo: Uma análise da mediação extrajudicial e da ‘produção de justiça’. Rio de Janeiro: Dilemas – revista de estudos de conflito e controle social, 2011.

a um consenso, distribuir responsabilidades e compreender o ocorrido, nomeando os sentimentos que cada integrante experienciou para possibilitar o olhar empático e a escuta ativa sobre a vivência do outro.

No entanto, contrário a abordagem positiva e honesta da justiça restaurativa, a pós-verdade dispõe de manchetes sensacionalistas, muitas vezes *fake news*, para que o debate continue raso como complemento aos artifícios despolíticos explanados anteriormente. Estratégias que empregaram a pós-verdade já foram objeto de estudo acadêmico, em que a “guerra psicológica adversa”, implementada no bloco soviético, “emprega técnicas de propaganda e contrapropaganda com a rápida e maciça difusão de mentiras nos campos econômico, social e militar com o objetivo de influenciar ou despertar opiniões e emoções na opinião pública e direcioná-la nos processos democráticos de decisão”.<sup>6</sup>

O antagonismo típico da ultrapolítica e da verdade real, em que há certo vs. errado, suprimindo a verossimilhança e sua área cinzenta, gera o debate insipiente e cria a insignificância do questionamento do “porquê” (por quê X é um problema? Por quê Y seria uma solução aceitável? Por quê me sinto de forma Z, mas ele se sente de forma W sobre o mesmo assunto?). São questionamentos relevantíssimos para a construção da verdadeira democracia, que, coincidentemente, divide os mesmos valores que permeiam a justiça restaurativa. É importante protagonizar os atores de um conflito, suas queixas e razões, e isso faz parte de qualquer meio político democrático em que o diálogo está aberto para efetivamente aprimorar a vida dos cidadãos.

O terreno está infértil para o pensamento crítico direcionado à democracia. Em meio a despolitização amparada por *fake news* e pós-verdades, o cidadão precisa sair da zona de conforto alienante e buscar informação, procurar o diálogo, principalmente com aquele que pensa de forma oposta, pois assim constroem-se pontes. A conscientização e a coerência nos atos após a consciência adquirida não é um caminho fácil, é penoso discutir com alguém que lhe é ideologicamente opositor.

É revigorante, todavia, trocar as lentes para outras perspectivas. A justiça restaurativa, combinada com a comunicação não violenta e motivada pela cultura da paz, carrega esperança como mediadora de diálogos políticos, seja entre candidatos, seja entre eleitores.

Círculos restaurativos não se restringem a conflitos que poderiam, em última instância, ser tratado pelo judiciário, pelo contrário – adotar vieses restaurativos no cotidiano é uma excelente alternativa para expressar opiniões e sentimentos no âmbito social, profissional e familiar. Para tanto, a formação em parâmetros restaurativos deve ser ampliado e ultrapassar entidades voltadas ao direito (afinal, a justiça restaurativa não é uma substituta da justiça retributiva, e sim outra maneira completamente diferente de perceber e conduzir a vida e seus impasses).

6 MESQUITA, Fernão Lara. A pós-verdade levará à pós-democracia? São Paulo: Revista USP n. 116, 2018. p. 31-38.

Os direitos humanos já ganham protagonismo na seara privada ao moldar cursos de *compliance* para empresas que renovam seu comprometimento em conduzir suas relações profissionais de acordo com os preceitos fundamentais dos direitos humanos. Inspirando-se nessa linha, vislumbra-se a possibilidade de organizar formações de empregados e empregadores para inserir condutas restaurativas no diálogo e solução de conflitos em suas rotinas trabalhistas. Ao entrar no setor privado, inevitável deixar de pensar na possibilidade de edição de normas para que os veículos de notícia jornalística respeitassem diretrizes da comunicação não violenta, regulamentações estas que seriam muito bem-vindas.

Também, seguindo o projeto piloto instaurado em São Caetano do Sul, acredita-se ser imprescindível a inserção de módulo tratando sobre justiça restaurativa na grade curricular escolar, bem como incorporar central de conflitos com facilitadores capacitados para realizar círculos restaurativos nas unidades escolares e centros de apoio em comunidades.

O ensino sobre a responsabilização das atitudes de um no contexto da vida do outro é uma lição valiosa e correlaciona o microuniverso de relações individuais de cada pessoa com as atitudes que são esperadas de um político ao cumprir seu papel para a evolução da comunidade da qual faz parte e pela qual zela. Ao invés de recorrer-se a projetos como Escola Sem Partido (que, sob a fachada pós-ideológica, oculta seu objetivo de doutrinar os estudantes ao eliminar o pensamento crítico), é preferível voltar-se às bases da humanidade e seus valores íntimos que tratam da sociedade e o cuidado com o outro. O sentimento de pertencimento é importantíssimo, e raro. Mais e mais ouve-se falar em desejos imigratórios daqueles que o tem como opção, o que demonstra descaso velado para com seu país e comunidade, ou seja, não se sente parte de um todo ou responsável por seu progresso. O mesmo fenômeno de impessoalidade é percebido no próprio processo penal, em que a vítima não ocupa lugar de protagonismo, e sim de mera expectadora passiva. Defende-se, neste trabalho, que a inserção de técnicas restaurativas não só no conflito, mas algo a se pensar e aplicar-se diariamente em todas as relações como forma preventiva de litígio é uma ótima oportunidade para a democracia florescer.

As linhas trançadas entre os conceitos de despolitização, pós-verdade, democracia, pertencimento e justiça restaurativa ao longo deste artigo desenharam a conjuntura sociopolítica do Brasil entre os anos 2018 e 2019, desmistificando a ideia de que um conflito institucionalizado pode ser melhor resolvido do que em locais descentralizados de resolução alternativa por vias restaurativas – a alta taxa de descumprimento de sentenças cíveis e familiares é prova suficiente. É primordial solidificar o entendimento de que o diálogo restaurativo deve estar presente quando surgem litígios, dentro ou fora da seara judicial, dado que entender e conscientizar-se do motivo do acontecimento de tal evento que levou ao conflito é essencial na restauração das relações preexistentes ou, no caso de estas não existirem previamente, a prevenção para que o ofensor compreenda as consequências do seu ato e não o repita.

Ratifica-se que os conflitos aqui apontados não se limitam a problemáticas alcançadas pelo judiciário, mas abarcam também discussões sociais, familiares e políticas quem tem como fim o aprimoramento da comunidade em direção ao íntegro cumprimento dos direitos humanos.

A democracia e as relações interpessoais carecem de abordagens restaurativas, especialmente sob o governo Bolsonaro. Resta aos cidadãos, e particularmente àqueles que fazem parte do círculo judiciário, reivindicar que as resoluções do Conselho Nacional de Justiça sejam cumpridas para que as diretrizes restaurativas sejam cada vez mais parte do cotidiano social e na resolução de conflitos, buscando naturalizar a justiça restaurativa como política pública. Longe de esgotar os conceitos aqui dispostos, este artigo tem como função contribuir para a fomentação do debate e do ativismo restaurativo, através de diálogos, escuta ativa e empatia.

Questiona-se, por fim, se não seria oportuno a ressignificação do modo brasileiro do “fazer política”, como estratégia combativa ao cenário despolítico vigente. A democracia clama pelo diálogo horizontal, particularmente em seu modelo representativo adotado pelo Brasil, e o discurso político (hierárquico e unilateral) se revela obsoleto, ineficaz enquanto principal meio de comunicação entre eleitorado e candidato. A justiça restaurativa encontra sua função na democracia inicialmente em conversas informais e construtivas entre eleitores, e, após, ocupando lugar de prestígio enquanto ponte entre o cidadão e o político. A partir da horizontalidade do diálogo conquistada à luz restaurativa, o eleitor assume sua responsabilidade enquanto membro da comunidade e passa a desempenhar seu papel de cidadão com rigor, trazendo para si a incumbência de eleger um verdadeiro representante político. Com o sentimento de pertencimento e dever cidadão aflorados, o eleitor assimila a necessidade do consenso em meio a diversidade de opiniões em sua comunidade, desenvolvendo o olhar empático e afastando pautas individualistas. Assim, nasce a genuína democracia.

## Referências

ADORNO de OLIVEIRA, Guilherme; SILVEIRA, Juliana da. **Pós-verdade e fake news: equívocos do político na materialidade digital**. Recife: SEAD, 2017.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BUCCI, Eugênio. Pós-política e corrosão da verdade. São Paulo: **Revista USP n. 116**, 2018. p. 19-30.

CHAUI, Marilena; NOGUEIRA, Marco Aurélio. **O pensamento político e a redemocratização do Brasil**. São Paulo: Lua Nova, 2007. p. 220-221.

CRUZ, Rafaela Alban. **Justiça Restaurativa: um novo modelo de Justiça Criminal**. São Paulo: Tribunavirtual IBCCRIM, 2013.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Cristian. **A nova razão do mundo**. São Paulo:

Boitempo, 2016.

ELLIOTT, Elizabeth M. **Segurança e cuidado**: justiça restaurativa e sociedades saudáveis. São Paulo: Palas Athenas, 2018.

FERNANDES, Sabrina. **Sintomas Mórbidos**. São Paulo: Autonomia Literária, 2019.

KANT DE LIMA, Roberto. **Ensaio de antropologia e de direito**: Acesso à justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica em uma perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

MESQUITA, Fernão Lara. A pós-verdade levará à pós-democracia?. São Paulo: **Revista USP n. 116**, 2018. p. 31-38.

NACIF, Eleonora Rangel. **A mídia e o processo penal**. Observatório da Imprensa. Disponível em <<http://observatoriodaimprensa.com.br/caderno-da-cidadania/a-midia-e-o-processo-penal-23316/>>. Acesso em: 20 de março de 2019.

OLIVEIRA, Marcella Beraldo de. Justiças do diálogo: Uma análise da mediação extrajudicial e da ‘produção de justiça’. Rio de Janeiro: **Dilemas – revista de estudos de conflito e controle social**, 2011.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; LARA, Caio Augusto Souza. Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: a afirmação da justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à Justiça. Belo Horizonte: **Revista Responsabilidades (TJMG)**, v. 2, n. 2, 2012/2013, p. 305-324.

VIZA, Ben-Hur; SOUZA, Asiel Henrique de. **Programa Justiça Restaurativa**. Brasília/DF: Prêmio Innovare, 2007.

ZIZEK, Slavoj. **The ticklish subject**. Londres: Verso, 1999.

# DEMOCRACIA EM TEMPOS DE CRISE: A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO FORTALECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

**Ana Paula da Silva Sotero**

Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia - UESB. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pelo Instituto Brasil de Ensino - IBRA. Pós-graduanda em Direitos Fundamentais e Justiça, com ênfase na linha de Justiça Restaurativa e Teorias Contemporâneas do Direito Penal pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia - UESB. Pós-graduanda em Criminologia pela Faculdade de Paraíso do Norte - FAPAN/UNIBF. Membro do grupo de pesquisa Culpabilidade, Vulnerabilidade e Seletividade Penal (CNPq). Professora da Faculdade Santo Agostinho de Vitória da Conquista

## Resumo:

A sociedade contemporânea trilha no sentido de reconhecer a necessidade de proteção dos direitos humanos como elementos fundamentais dentro dos ordenamentos jurídicos. No entanto, a realidade penal brasileira revela a dissonância entre as normas estatuídas pelo Direito e as suas aplicações, que tem fragilizado a sociedade e colocado em crise a própria construção da democracia. Sob essa égide, a Justiça Restaurativa, amparada na Resolução nº 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça, surge como novo paradigma de justiça criminal, buscando repensar as formas de concretização do processo penal, por meio de técnicas de reparação e empoderamento das partes. Desse modo, a pesquisa tem por objetivo analisar a construção de um sistema criminal que prime pela composição dos danos, a partir do respeito aos direitos humanos. Para tanto, será utilizada pesquisa bibliográfica e documental dos programas de Justiça Restaurativa do país, com fundamento nos métodos dialético e fenomenológico.

**Palavras-chave:** Democracia; Direitos Humanos; Justiça criminal; Justiça restaurativa; Processo Penal.

## Introdução

A apresentação da reparação como resposta jurídico-penal configura uma alternativa para legitimação do Estado Democrático de Direito e para a concretização dos direitos humanos aos apenados, em virtude da necessidade

de se buscar mecanismos de efetividade das finalidades das sanções penais. Nesse aspecto, o presente artigo propõe uma investigação dos fundamentos e dos elementos conceituais da Justiça Restaurativa, evidenciando as suas principais modalidades que permitem a garantia do acesso à justiça de forma plena e permite subsídios eficazes para a pacificação social.

A pluralidade de práticas e métodos restaurativos denota um panorama de programas variados, resultantes das mais distintas orientações culturais e político-institucionais. Dessa forma, a análise a seguir será destinada às práticas de reparação inseridas no contexto de edificação de um novo paradigma de justiça criminal brasileiro, tendo por base as diretrizes traçadas no plano internacional e contextualizadas no ordenamento jurídico nacional.

Para além de analisar os elementos estruturantes das propostas restaurativas, cumpre perquirir sua compatibilidade com as finalidades da intervenção penal, no sentido de promover uma resposta jurídica coerente, direcionando a atenção, ainda, à pessoa da vítima e ao resgate da participação comunitária na resolução dos conflitos penais. Essas práticas coadunam com a concepção de um projeto de democratização da justiça penal.

A presente incursão teórica será balizada pelo método exploratório, a partir de uma abordagem crítico-reflexiva. Sua proposta dialógica lançará os fundamentos para uma análise da construção de uma justiça penal restaurativa, a partir do estudo de literatura produzida por cultores da Justiça Restaurativa, bem como do projeto pioneiro desenvolvido no Brasil.

## **A tutela jurídica do Direito Penal e a realidade do sistema carcerário brasileiro: paradigmas para a legitimação do Estado Democrático de Direito**

A construção do ordenamento jurídico deve estar respaldada no respeito e integração dos direitos humanos, que se revelam como mandamentos constitucionais, com valores axiológicos fundamentais. Segundo preleciona Nunes (2002) a constitucionalidade dos direitos humanos representou a transnacionalidade de tais direitos como verdadeiros princípios, permitindo a plena efetivação das garantias essenciais para a sobrevivência humana. Dentro dessa gama de direitos humanos, temos o princípio da dignidade da pessoa humana como a garantia do mínimo existencial dos cidadãos, servindo como imperativo mandamental de cumprimento dos Estados Democráticos de Direito.

Nota-se que a proteção aos Direitos Humanos não deve ser apenas matéria de competência nacional exclusiva, pois há um legítimo interesse internacional, como forma, inclusive, de não permitir a violação dessas garantias por parte dos meios estatais. Nesta conjuntura, iniciou-se a adoção de diversos tratados internacionais voltados à custódia dos Direitos Fundamentais. Estes instrumentos demonstram a consciência ética contemporânea compartilhada entre os países, na medida em que invocam o consenso internacional a respeito de temas voltados aos Direitos Humanos.



Desta forma, firma-se, no âmbito mundial, o sistema normativo global, constituído pela coexistência dos sistemas geral e especial de proteção, atuando de forma complementar. O sistema especial de proteção atua em prol do sujeito de direito segundo a sua especificidade, o seu local na sociedade, por exemplo: crianças, mulheres, grupos étnicos vulneráveis, etc. Já o sistema geral de proteção destina-se a toda e qualquer pessoa, devido à sua condição humana, a exemplo dos pactos da Organização das Nações Unidas. Há, ainda, o sistema normativo regional de proteção, que busca internacionalizar os direitos humanos de forma mais concentrada, no plano regional, como os sistemas interamericano, africano e europeu. (PIOVESAN, p. 5, 2016)

No Brasil, somente a partir do seu processo de democratização, em 1985, o Estado passou a incorporar tratados internacionais de direitos humanos relevantes. E, a partir da Carta Magna de 1988, passou a ser signatário de uma quantidade maior destes. As inovações proporcionadas pela Constituição de 1988 foram de fundamental importância para a ratificação destes instrumentos de relevância ímpar de proteção aos Direitos Humanos, principalmente no que diz respeito à primazia destes direitos como princípio orientador das relações internacionais. A Carta de 1988 representa o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos Direitos Humanos no Brasil, por simbolizar a ruptura com o regime autoritário ditatorial.

O artigo 5º da Constituição da República de 1988, em seu parágrafo 3º, confere força constitucional aos tratados e convenções que o país for signatário: “Art. 5º, §3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 1988). Portanto, os tratados internacionais que versem sobre os direitos humanos devem ser dotados de máxima efetividade e aplicabilidade imediata. Nota-se que, enquanto os demais tratados detêm força hierárquica infraconstitucional, apenas os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos são dotados de força constitucional.

Em cotejo dessas informações, por uma perspectiva nacional, percebemos que o ordenamento jurídico brasileiro respaldou a construção das normas jurídicas a partir do respeito aos direitos humanos e princípios constitucionais. Sob esse aspecto, o Direito Penal e seus aparelhos repressivos também possuem suas bases fundamentadas na ordem constitucional. No entanto, a realidade carcerária brasileira revela o solapamento do cumprimento dos direitos humanos aos apenados.

A realidade brasileira revela o distanciamento da teoria do Estado Democrático de Direito, na medida em que se torna ineficaz na garantia das condições mínimas de sobrevivência dos apenados. Nesse sentido Sica (2007, p. 59) aduz que o “Direito Penal Brasileiro se torna ilegítimo por não cumprir as suas funções da pena e não garantir as condições para o cumprimento dos direitos humanos dos apenados. O que se percebe é a redução da vida huma-

na dentro das celas à pena que é aplicada, sem compromisso com a natureza ressocializadora”.

Percebemos que o sistema carcerário brasileiro está pautado no direcionamento dos seus aparelhos repressivos para o cumprimento da pena, como meio de reprovação do delito cometido, mas que não se sustenta como meio de reeducação dos apenados, em completa ausência do caráter preventivo e de ressocialização da pena. Tal realidade se confirma, ainda, com as condições precárias dos estabelecimentos penais, que se revelam como instrumentos de supressão de direitos, anulando a própria condição humana.

Conforme se extrai dos dados do Levantamento das Informações Penitenciárias - INFOPEN (2018), o crescimento da população carcerária nos últimos 30 anos (1990-2018) chegou a 577%, evidenciando a realidade de superlotação das celas e a impossibilidade de garantir condições mínimas de existência para os indivíduos dentro dos estabelecimentos penais abarrotados.

Nessa linha de intelecção, em investigação das condições sociais dos apenados, o Conselho Nacional de Justiça criou o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (2018) que catalogou os dados estatísticos das concentrações dos presos brasileiros por celas e chegou a conclusão de que o Brasil se tornou a 3ª maior população carcerária do mundo. Diante disso, percebemos que o aumento da população carcerária não devolveu à sociedade a segurança social. Nas lições de Oliveira (2007) as prisões passaram a ter o efeito contrário do esperado. Pune-se mais, mas não há a pacificação social, sendo apenas meros instrumentos de coerção social, sem garantir as condições essenciais para a sobrevivência humana.

A partir dessas ilações, temos que o sistema carcerário brasileiro se apresenta como ilegítimo e ineficaz, na medida em que não oferece as possibilidades de reinserção social do indivíduo, bem como não se preocupa em garantir os direitos humanos aos apenados. Dentro desta esteira, Rolim assevera (2007) que ainda podemos elencar como entraves para a democratização do acesso aos direitos humanos para os apenados, as condições inviáveis e degradantes de vida dos estabelecimentos penais. Vejamos:

Trata-se sem dúvida, de princípios regentes, cuja missão é a preservação do ser humano, desde o nascimento até a morte, conferindo-lhe autoestima e garantindo-lhe o mínimo existencial. [...] Para que o ser humano tenha sua dignidade preservada, torna-se essencial o fiel respeito aos direitos e garantias individuais. Por isso, esse princípio é a base e a meta do Estado Democrático de Direito, não podendo ser contrariado, nem alijado de qualquer cenário, em particular, do contexto penal e processual penal (NUCCI, 2010, P. 39-40).

Em proteção do direito à saúde do preso, temos estatuída, no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 7.210/84, que versa sobre as regras e disposições da Execução Penal. Dentro do referido diploma legal, o artigo 41 reforça tal direito fundamental, estipulando que é dever do Estado garantir

a assistência médica adequada e criar subsídios eficazes para garantir a dignidade dos presos. A perspectiva de proteção da saúde foi reforçada no plano internacional com a criação das Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas para o tratamento dos prisioneiros (2012), que exige dos Estados-Membros a criação de “instalações limpas, adequadas, higiênicas, arejadas, salubres, a uma boa alimentação e a manutenção da higiene pessoal do preso”.

O Brasil recebeu as recomendações da Organização das Nações Unidas com a criação da Resolução nº 14 do Conselho da Política Criminal e Penitenciária, a fim de cumprir a efetivação dos direitos humanos aos presos. No entanto, o que percebemos dentro do Estado de Direito brasileiro é que há um distanciamento entre a ordem jurídica e a realidade prática das prisões e dos aparelhos repressivos, em que a pena assume a única função de punição. Por tal perspectiva, inferimos que a ineficiência estatal de cumprimento das prestações sociais aos apenados revela a supressão dos direitos humanos que coloca em crise a realidade democrática social.

## **A Justiça Restaurativa como novo caminho para a efetivação dos direitos humanos no Estado Democrático de Direito**

Diante da ineficiência das políticas criminais vigentes, faz-se necessário repensar as formas de aplicação do Direito Penal e dos seus aparelhos repressivos. Nesse contexto, a Justiça Restaurativa se apresenta como alternativa de pacificação social, permitindo a resolução dos conflitos penais de forma dialogada, com a introdução de técnicas de reparação e composição do evento traumático de forma integradora, a fim de desafogar o sistema judiciário criminal, promovendo reprovações penais que não se limitam às penas privativas de liberdade, mas que se fundamentam na superação do conflito pelas partes, quando possível.

Nesta esteira, salienta Tourinho (2017) que a Justiça Restaurativa se evidencia como um novo marco na política criminal brasileira, oportunizando alternativas à prisão, quando a situação fática permitir, buscando garantir o cumprimento dos direitos humanos aos réus, aliado com as possibilidades de se introduzir, no sistema criminal, a efetividade da função de ressocialização dos indivíduos.

Trata-se, portanto, da construção de um novo caminho para garantir o cumprimento dos direitos humanos de forma integrativa, trazendo, em seu bojo, a necessidade de reconstrução das políticas criminais brasileiras para inserir as práticas restaurativas como métodos eficazes para a resolução dos conflitos penais. Nesse sentido, Pallamolla (2009) estabelece que a Justiça Restaurativa propõe alternativas eficientes à pena de prisão, por meio da composição pacífica dos delitos, envolvendo as partes no processo criminal.

Em meio à crise democrática do Estado de Direito de ineficiência dos aparelhos estatais de cumprimento dos direitos humanos dos apenados, a Justiça Restaurativa surge como um novo modelo multiportas para possibilitar

a reconstrução da dignidade da pessoa humana que foi anulada dentro dos estabelecimentos penais. Nos ensinamentos de Tourinho (2017, p. 345) temos que “a Justiça Restaurativa pode ser compreendida como projeção de uma justiça realizável, de forma democrática, pela comunidade, a partir da aceitação de uma concepção horizontalizada de justiça, que se pauta no cumprimento dos direitos constitucionais”.

Diante disso, é preciso destacar as análises conceituais dos métodos restaurativos, a fim de compreender as suas formas de aplicação dentro da justiça criminal. Nas lições de Marshall (2005), os conceitos de Justiça Restaurativa perpassam em modelos que evidenciam o empoderamento das partes e a forma dialogada de resolução de conflitos como cerne da construção do processo criminal. Segundo Miers (2007), todos os conceitos variados e complexos de tal ciência se deve a diversidade de práticas consideradas como válidas dentro do prisma restaurativo.

Portanto, sem a intenção de reduzir o conceito restaurativo, este estudo irá se concentrar em definir as bases comuns que perpassam a construção dos modelos restaurativos, para preservar o caráter multifacetário desse novo sistema de justiça. Salienta Zher (2018), que a Justiça Restaurativa se fundamenta nas premissas do empoderamento das partes para a solução do processo, quando possível; na voluntariedade das partes; na composição dialogada e integrativa das partes com vistas à reparação dos danos; na incorporação de metodologias que permitam a superação do evento traumático pelas partes, introduzindo a função da prevenção social na política criminal.

Nesse desiderato, podemos destacar que as primeiras práticas restaurativas foram sendo inseridas dentro dos ordenamentos jurídicos de forma gradativa e complementar a Justiça Retributiva. No plano internacional, as vivências restaurativas foram evidenciadas na Nova Zelândia, com a reparação dos danos causados na comunidade Maori, como alternativa à prisão. Nas lições de Roche (2007), as técnicas da Nova Zelândia foram fundamentais para que a Organização das Nações Unidas inserissem as práticas restaurativas como modelos eficazes de justiça criminal.

Dentro desse contexto, Braithwaite (2002) estabeleceu que, para compreensão das técnicas restaurativas, é preciso analisar 3 grupos: o grupo do encontro, da reparação e da transformação. A Justiça Restaurativa perpassa na atuação dos três grupos, de forma gradativa e consecutória. No grupo de encontro, é preciso se estabelecer a voluntariedade das partes como a base para se iniciar qualquer processo restaurativo, em que a aceitação das partes para a resolução consensual é essencial para o sucesso do processo restaurativo.

No grupo da reparação, são verificadas os diversos modelos possíveis de resolução do conflito, estabelecendo a paridade de armas entre as partes como elemento essencial para a sensibilização do processo e superação do evento traumático. Tal valor restaurativo reveste-se do valor fundamental de desconstrução dos estigmas da pena ao apenado. Vejamos:

A vergonha que sente o indivíduo que cometeu um delito frente à

reação social de desaprovação de sua conduta tem duas facetas. A faceta negativa que leva à marginalização social e estigmatiza o indivíduo e a positiva que se dá na reintegração desse sujeito à sociedade. Essa interligação entre as duas faces da vergonha pelo ofensor faz com que o sistema criminal deixe de lidar com os aspectos negativos e procure alcançar os aspectos positivos, para permitir a ressocialização do indivíduo. (JOHNSTONE e VAN NESS, 2007, p. 242)

No grupo da transformação, Kay Pranis (2010) assevera que se apresenta como consequência da efetividade dos grupos do encontro e da reparação, revelando-se como processo de cumprimento da função da ressocialização da pena e da conscientização da população para o respeito dos direitos humanos a todos os cidadãos. Segundo Pallamolla (2009, p. 64) “esses valores não podem ser exigidos dos participantes da justiça restaurativa, pois dependem do desejo de cada um (emergent values), como por exemplo, perdão, desculpas e clemência”.

A partir dessas ilações, a Organização das Nações Unidas - ONU, por meio do Conselho Econômico e Social requisitou à Comissão de Prevenção do Crime e de Justiça Criminal, a incorporação das práticas restaurativas foram introduzidas por meio da Resolução 1999/26, de 28 de julho de 1999, intitulada “Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal”.

Após a adesão dessa resolução, o Conselho Econômico e Social da ONU reformulou as recomendações restaurativas com a introdução da Resolução nº 2002/12, que definiu os princípios e as diretrizes essenciais para a aplicação das técnicas restaurativas pelos países signatários. Vejamos:

2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador.
3. Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor. (ONU, 2002)

Dentro do plano nacional, as práticas restaurativas foram introduzidas, de início, em 1999, pela criação do Programa de Modernização da Gestão do Sistema Judiciário, em que os modelos restaurativos foram considerados como meios eficazes para garantir o acesso à justiça penal pelas partes. Segundo Pinho (2009), em 2005, surgiram os primeiros Programas de Justiça Restaurativa do Poder Judiciário brasileiro. Vejamos:

Por consequência natural, os conceitos da justiça restaurativa chega-

ram ao Brasil, principalmente a partir da observação e o estudo do direito comparado, trazendo a baila suas premissas, aplicações e experiências que lograram êxito. Por isso, é necessário registrar que o modelo restaurativo no Brasil não é cópia dos modelos estrangeiros, pois nosso modelo é restritivo, e carece de muitas transformações legislativas para a aplicação integral da justiça restaurativa. Ademais, como a justiça restaurativa é um processo de constante adaptação, é de bom alvitre sempre a adequação necessária à realidade brasileira (PINTO, 2005, p. 246).

A partir das respostas positivas dos primeiros programas de Justiça Restaurativa no Brasil e, incentivado pela Resolução nº 2002/12 da ONU, o Conselho Nacional de Justiça instituiu a Resolução nº 125/2010, reformulando as instituições com a Resolução nº 225/2016, com o intuito de estimular a disseminação das práticas restaurativas pelo poder judiciário brasileiro, aderindo também como modelos passíveis de soluções de conflito de forma extrajudiciais, reconhecendo a pluralidade de formas e modelos de reparação.

Dentro dos modelos brasileiros, destacamos o Programa Justiça para o Século 21, em 2005, implantado no estado do Rio Grande do Sul, que incorporou as práticas restaurativas dentro do sistema de justiça para atos infracionais para adolescentes. Segundo Scuro Neto (2016), foram realizados 203 acolhimentos, possuindo 43 casos em andamento, 124 pré-círculos e 9 círculos. Já na cidade de Santa Maria foram realizados 60 casos e 60 círculos de construção de paz.

A partir da análise do alcance do modelo restaurativo instaurado no Rio Grande do Sul, percebemos que a Justiça Restaurativa se consolidou como novo caminho de promoção da justiça social, permitindo a concretização dos direitos humanos a todos os cidadãos de forma igualitária e em respeito ao Estado Democrático de Direito.

## **Considerações Finais**

A contemporaneidade revela um cenário de crise democrática, indicando um caminho de fragilização do Estado Democrático de Direito, a partir da relativização de garantias erigidas por longos anos, no sentido de assegurar a realização de direitos. No âmbito penal, percebemos um caminho de edificação de projetos legitimadores do exercício do poder punitivo, desde uma postura retribucionista até a formulação das primeiras linhas prevencionistas e fundante da política criminal.

No entanto, a construção de soluções penais a conflitos sociais, por vezes, reduz-se a um silogismo punitivo, desprovido de uma preocupação de restauração de vínculos. Noutra giro, é possível afirmar que a justiça penal, em sua perspectiva tradicional, traz consigo a necessidade de reconstrução de uma verdade, com o fim único de punir o sujeito infrator, não direcionando o seu sentido à realização dos interesses legítimos dos indivíduos envolvidos em

situações conflituosas.

O sistema prisional pátrio constitui verdadeiro reflexo dessas ilações, ao demonstrar sua falibilidade na persecução dos fins penais. Os princípios constitucionais penais, erigidos por fundamentos de um Estado minimamente racional e garantista, acabam por ser solapados, conduzindo a um panorama de graves ofensas aos direitos humanos, considerados como pilares da existência digna.

Essas são as razões que tornam imperiosa uma mudança paradigmática na esfera penal, em uma evidente tentativa de aproximar o controle social formal desse subsistema jurídico da efetivação de direitos humanos e da democratização das respostas aos conflitos mencionados. É nesse espaço que as práticas restaurativas se despontam como um caminho factível de concretização da justiça, em virtude de viabilizar o sentido de autorresponsabilidade do infrator, por meio do contato direto com os danos causados ao sujeito passivo da infração, além de colocar a vítima em posição de destaque e permitir a participação da comunidade na construção de soluções horizontalizadas e, portanto, alinhadas com a perspectiva de um Estado Constitucional de Direito.

## Referências

BRAITHWAITE, John. **Restorative Justice and Responsive Regulation**. Oxford University Press, Inc.198 Madison Avenue, New York, 2002.

BRASIL, **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0**: Cadastro Nacional de Presos, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, agosto de 2018.

BRASIL. **Código Penal de 1940**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm//](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm//). Acesso em 20 de junho de 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1241>>. Acesso em 25 out. de 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 225, de 12 de julho de 2016**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1241>>. Acesso em 25 out. de 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Analítico propositivo: Justiça Pesquisa – Direitos e Garantias Fundamentais**, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/reatorioanaliticopropositivo>. Acesso em 25 de Janeiro de 2018.

BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público. **Projeto Sistema Prisional em Números de Agosto de 2018**. Disponível em: <http://www.cnpm.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros//>. Acesso em 30 de Dezembro de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 2013.

- BRASIL. **Infopen - Levantamento Nacional de Informações Penitenciária**. 2ª edição. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018.
- BRASIL. **Lei Nº 7210 de 11 de Julho de 1984**. Dispõe sobre a Execução Penal. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1984.
- GREEN, Simon. The victims' movement and restorative justice. JOHNSTONE, Gerry and VAN NESS, Daniel W (ed.). **Handbook of Restorative Justice**. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007.
- MIERS, DAVID. The international development of restorative justice. *In*: Gerry and VAN NESS, Daniel W (ed.). **Handbook of Restorative Justice**. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- OLIVEIRA, Edmundo. **Direito Penal do futuro: a prisão virtual**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 2002/12 de 24 de julho de 2002, p. sem número. Conselho Econômico e Social.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 1999/26, de 28 de julho de 1999. Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal.
- PRANIS, Kay. **Processos Circulares**. São Paulo: Palas Athena, 2010.
- PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ROCHE, Declan. **Retribution and restorative justice**. *In*: Gerry and VAN NESS, Daniel W (ed). Handbook of Restorative Justice. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007.
- ROLIM, Marcos. **Prisão e ideologia: limites e possibilidades para a reforma prisional no Brasil**. *In*: Crítica à Execução Penal. Salo de Carvalho (org.). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SCURO NETO, Pedro. Justiça restaurativa: desafios políticos e o papel dos juízes. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, v.33, n.103, p.229-254, set. 2013.
- SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- TOURINHO, Luciano de Oliveira Souza. **Justiça Restaurativa e Crimes Culposos: Contributo à Construção de um Novo Paradigma Jurídico-Penal no Estado Constitucional de Direito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.
- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCrim, 2009.
- PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? *In*: Justiça



Restaurativa. Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (org.) Brasília: Ministério da Justiça/PNUD, 2005.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes:** Justiça Restaurativa para o nosso tempo. 25. ed. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena 2018.

# A MEDIAÇÃO PENAL PÓS-SENTENCIAL COMO TÉCNICA DE JUSTIÇA RESTAURATIVA EM PORTUGAL

**Marianna Salvão Felipetto**

Advogada e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra

## **Resumo:**

A Justiça Penal tradicional é estruturalmente falha, e o motivo desta afirmação é simples: o Sistema não logra cumprir com nenhuma das (supostas) razões pelas quais foi criado. É neste cenário que a Justiça Restaurativa se insurge, na busca por respostas reais e efetivas à questão da criminalidade – problema que assombra quase todas as sociedades nos dias atuais. A Mediação Penal, por sua vez, é uma das técnicas de Justiça Restaurativa mais utilizadas no mundo, e em Portugal encontra respaldo na Lei n.º. 21/2007 (que prevê sua aplicação em momento antecedente à instrução criminal, como forma de evitar os custos e danos decorrentes de um processo penal). Excepcionalmente, há normas que possibilitam a Mediação Penal pós-sentencial em Portugal, mas na prática não há qualquer aplicabilidade. Cabe ao investigador, portanto, a análise dos pontos positivos e negativos deste instrumento, para concluir pela necessidade e importância (ou não) da implementação material deste instituto que, até então, existe apenas legalmente.

**Palavras-chave:** Justiça penal tradicional; Justiça restaurativa; Mediação penal; Mediação penal pós-sentencial.

## **Noções introdutórias sobre Justiça Restaurativa**

O sistema tradicional de Justiça Penal falhou: não protege as garantias mínimas do acusado, não cumpre com o caráter preventivo da pena, não garante a segurança da sociedade como um todo e não dá à vítima uma resposta satisfatória. Serve a quem(m), então?

Como criação humana que é, o Sistema Penal serve àqueles que o criaram. Neste caso, seja em forma de Direito, seja em forma de Processo, o Sistema vem sendo utilizado, ao longo dos anos e incessantemente, como “instrumento de controle social, realizado por meio do monopólio do uso da força e legitimado em função do pensamento dominante de cada época”<sup>1</sup>.

1 OLIVEIRA, 2015, p. 27.

Diante desta percepção, há cada vez mais estudos destinados a explicitar as falhas do sistema penal, questionando suas incongruências e as mazelas que são trazidas sob forma de promessa de uma sociedade mais justa. Mais do que isso, questiona-se essa atuação “atrasada” do Estado, que ao invés de fortificar os pilares sociais e garantir boas estruturas, se insurge apenas quando tudo já está em ruínas – como se o Direito Penal fosse de fato capaz de consertar anos de negligência para com a sua população<sup>2</sup>.

Diante da percepção das falhas e prejuízos trazidos pela Justiça Penal, emerge a necessidade de novas formas de resposta ao conflito social da criminalidade – dentre elas, a diversificação<sup>3</sup>, que, de acordo com Jorge de Figueiredo Dias<sup>4</sup>, “tem de ser entendida como a tentativa de solução do conflito jurídico penal fora do processo normal de justiça penal: isto é, de um modo desviado, divertido, face àquele procedimento”, com lugar “antes da determinação clara da culpa ou antes da determinação da pena”, no claro intuito de evitar os efeitos do processo penal. Encontra seu âmago, portanto, na sua intrínseca flexibilidade<sup>5</sup>, que permite um foco mais preciso na hora de abordar o conflito social da criminalidade, sempre mediante perspectiva horizontal e baseada na construção da resposta ao crime por meio do diálogo entre todos os sujeitos envolvidos, que participam ativamente nas questões oriundas do crime<sup>6</sup>, nomeadamente em busca da melhor reparação possível para o dano causado.

Da Resolução 2002/12 da ONU, é possível depreender que as práticas restaurativas são diversas, cabendo a cada país a opção pelos caminhos que lhe pareçam mais convenientes - social, histórica e financeiramente. É com base nas necessidades específicas da sua sociedade que o Estado irá se organizar, reunir recursos e fazer um plano de implementação e manutenção. Esta tarefa não é fácil pois, além de enfrentar as dificuldades comuns – como a burocracia e o formalismo – haverá que se enfrentar também as dificuldades específicas, decorrentes do modo tradicional de pensar a Justiça. Explica-se:

2 Nesse sentido, Aury Lopes Junior ao afirmar que “a ideia de que a repressão total vai sanar o problema é totalmente ideológica e mistificadora. Sacrificam-se direitos fundamentais em nome da incompetência estatal em resolver os problemas que realmente geram a violência” (LOPES JUNIOR, 2006. p. 16).

3 ROXIN, 2001, pp. 459-474, p. 465.

4 DIAS, 1993, p. 66.

5 DIAS, Daniel Baliza; MARTINS, Fabio Antônio. **Justiça Restaurativa: os modelos e as práticas**. p. 9. Disponível em < [http://www.bdmaa.com.br/artigos/Trab\\_justica\\_restaurativa\\_publ.pdf](http://www.bdmaa.com.br/artigos/Trab_justica_restaurativa_publ.pdf) >. Acesso em 30 out. 2019.

6 Conceito trazido pela ONU. Vide ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 2002/12: Princípios Básicos Para Utilização De Programas De Justiça Restaurativa Em Matéria Criminal**. Disponível em <[http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material\\_de\\_Apoio/Resolucao\\_UNU\\_2002.pdf](http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_UNU_2002.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2019. A respeito do conceito de Justiça Restaurativa, ainda, vide MC-COLD, Paul *apud* Francisco Amado Ferreira. **Justiça restaurativa: Natureza, Finalidades e Instrumentos**. Coimbra, 2006, p. 24; e PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. (Orgs.). Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento, 2005. p. 19-40. p. 22.

desde a infância, antes mesmo de pensar-se em crime ou em Direito Penal, as famílias, escolas e sociedade em geral incentivam a perpetuação da noção do castigo<sup>7</sup>. A ideia de culpa e da respectiva retaliação faz parte do âmago de diversas populações, ao redor de todo o mundo e no que diz respeito às mais diferentes esferas da sociedade<sup>8</sup>. Portanto, não é de se estranhar que as pessoas, desde sempre acostumadas a relacionar “Justiça” à ideia da Pena e Sistema Punitivo, possivelmente apresentassem certo grau de resistência a um novo modelo de Justiça, sobre o qual não entendem os motivos, métodos e consequências.

Ao tratar disso, Robert Solomon argumenta que, como em todos os âmbitos da vida, o conceito de cada ser humano sobre a Justiça está diretamente ligado ao lugar que se ocupa no mundo. Assim, nem sempre o senso de Justiça seria correspondente às efetivas necessidades e expectativas sociais, sendo, antes de mais nada, uma resposta emocional e pessoal de cada um<sup>9</sup>. Não por acaso, Howard Zehr, um dos mais conhecidos autores a tratar sobre Justiça Restaurativa, intitulou um dos seus livros de “*Changing Lenses: a new focus for Crime and Justice*”. Como o próprio título já sugere, é crucial trocar a forma como a realidade vem sendo vista, pois “a lente através da qual enxergamos determina o modo como configuraremos o problema e a solução”<sup>10</sup>. Só assim, e a apenas a partir desta mudança de perspectiva, é que a Justiça Restaurativa poderia de fato atingir todo o seu potencial, no sentido de atender às reais necessidades daqueles que estão envolvidos no crime – seja como agentes, vítimas, ou comunidade em geral<sup>11</sup>.

Como se sabe, a Justiça Restaurativa não é monopólio da Justiça Criminal. Entretanto, quando é aplicada especificamente neste âmbito, pode aparecer em diversos momentos do processo. Atualmente, o país que conta com mais práticas restaurativas, aplicadas em todas as fases processuais penais, é também aquele que foi pioneiro neste modelo de Justiça: a Bélgica<sup>12</sup>. Apesar de ser relativamente recente (anos 80) e ter nascido para tratar de questões referentes à delinquência juvenil, atualmente os belgas contam com previsão de práticas restaurativas em cinco momentos processuais e para crimes de gra-

7 PENIDO, Egberto de Almeida. **Cultura de Paz e Justiça Restaurativa**: uma jornada de alma. Disponível em <<http://unimarb.org/docs/justica-restaurativa-e-cultura-de-paz.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2019.

8 A respeito da “culpa” e da “punição”, Robert Zehr: “são os fulcros gêmeos do sistema judicial. As pessoas devem sofrer por causa do sofrimento que provocam. Somente pela dor terão sido acertadas as contas. [...] O objetivo básico de nosso processo penal é a determinação da culpa, e uma vez estabelecida, a administração da dor”. ZEHR, Robert. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 74

9 SOLOMON, Robert C. 1995.

10 ZEHR, Roward. *Op. Cit.*, p. 167.

11 Neste sentido, um exemplo trazido por Zehr é o da Idade Média, em que as práticas de negociação, restituição e reconciliação já ocorriam, por conta de se enxergar o crime como uma ruptura de relações interpessoais, mas passível de reparação, e não como apenas uma infração à lei. Zehr, Roward. *Op. Cit.*, p. 95.

12 AGRA, Cândido da; CASTRO, Josefina. 2005 - pp. 95-112, p. 97.

vidades diversas: antes do oferecimento da acusação, com encaminhamento direto pela autoridade policial<sup>13</sup>; antes do oferecimento da acusação, com encaminhamento por autoridade judiciária, seja por membro do Ministério Público, seja por membro da Magistratura<sup>14</sup>; após o oferecimento da acusação, mas antes da audiência de julgamento<sup>15</sup>; após o encerramento da instrução, mas antes da execução da pena, com encaminhamento pelo juiz, como forma de viabilizar a aplicação de pena alternativa na forma de reparação de dano, ressarcimento e etc<sup>16</sup>; e, por fim, após a sentença, com encaminhamento pelo Tribunal e com a finalidade de inserir elementos restaurativos durante a fase de execução da pena.

A respeito da mediação pós-sentencial, as principais críticas referem-se ao fato do sujeito já ter sido submetido ao Sistema Penal – o que tornaria vazia de objetivos a Justiça Restaurativa. Entretanto, há quem defenda a importância de práticas restaurativas nesta fase processual, sobretudo no intuito de propiciar a reparação da vítima e a conscientização do agressor.

A Bélgica, por exemplo, se insurge como modelo no que diz respeito a programas restaurativos na fase pós-sentencial e em contexto prisional. Sua experiência nesta área se iniciou quando, em 1996, o Ministro da Justiça veio a público para salientar a importância de que se introduzisse a vítima no cená-

---

13 Nestes casos, após a prática delitiva, geralmente em casos de prisão em flagrante e para crimes menos graves, é possível que a própria polícia dê encaminhamento à prática restaurativa, que pode se dar de formas diversas. Na Inglaterra, por exemplo, algumas cidades adotam o procedimento das “*community resolutions*”, no qual a polícia, a comunidade, o autor e a vítima buscam “a responsabilização, o diálogo e a construção da melhor forma de recuperar as perdas materiais e psicológicas ocasionadas pelo fato e, se for o caso, o restabelecimento de laços” (ROCHA, Yuri Santana de Brito. **Mediação e Polícia: o Fomento às Práticas de Justiça Restaurativa e de Alternative Dispute Resolutions (ADR’s)** pelas Polícias de Diversos Países e sua Repercussão Jurídico Criminal e Social. Coimbra: 2016, p. 28). Outros países que também adotam métodos restaurativos nesta fase são a Austrália, Nova Zelândia, Bélgica, Canadá, Espanha, Rússia e etc. Aqui, salienta-se que nem sempre a prática restaurativa será aplicada pela autoridade policial em si, sendo por ela encaminhada, apenas, como via de regra, a entidades competentes.

14 O encaminhamento também ocorre após o recebimento da *notitia criminis*, sendo primeiramente necessária a verificação dos requisitos mínimos para uma eventual acusação (caso inexistam, o arquivamento é medida imperativa). É o modelo adotado como regra geral em Portugal, onde o Ministério Público é o responsável por dar encaminhamento à mediação, durante o inquérito e após a colheita de provas mínimas de autoria e materialidade.

15 Com isso, o processo penal já teria sido iniciado, mas seria suspenso para que se realizasse a mediação. A crítica que surge, a partir desse momento, é que um dos benefícios da Justiça Restaurativa é justamente evitar o processo penal, e, aqui, esta vantagem não é aproveitada porque a persecução penal já foi iniciada (DIAS, Daniel Baliza; MARTINS, Fabio Antônio. *Op. Cit.*, p. 12)

16 Ainda mais explícito do que no momento anterior, aqui o arguido já está praticamente no fim do processo quando lhe é disponibilizada a Justiça Restaurativa. O lado bom da sua aplicação neste momento é o respeito ao exercício completo da ampla defesa, tendo em vista que todas as provas já foram oportunizadas e produzidas. Por outro lado, questiona-se até que ponto a voluntariedade (imprescindível para o bom funcionamento da Justiça Restaurativa) estaria sendo resguardada, pois é possível que o arguido aceitasse o processo restaurativo apenas por conta da alta probabilidade de condenação (*Idem*).

rio prisional. A partir daí, foram iniciados estudos e iniciado um programa experimental, de 1998 a 2000, em 6 prisões belgas, com a colaboração e suporte de pesquisadores da Universidade Católica de Leuven e da Universidade de Liège. O objetivo do programa consistia em “examinar as diferentes possibilidades, dificuldades, oportunidades e riscos de um sistema de detenção voltado para a justiça restaurativa e experimentar diferentes tipos de atividades e programas”<sup>17</sup>.

Com o sucesso da pesquisa, em 2000 o governo belga determinou que todas as prisões do país deveriam se voltar a práticas restaurativas, por meio da nomeação de um assessor de justiça restaurativa para cada estabelecimento prisional. Durante o programa experimental, visualizou-se que a maior necessidade era a de inserção da vítima nesta fase pós-sentencial – e isso só seria possível depois que houvesse muita informação sobre o assunto, de modo a preparar os envolvidos no sistema carcerário sobre os motivos, razões e objetivos deste novo modelo de Justiça. A transformação não foi repentina, pois em qualquer cenário existe a dificuldade de implementar novas ideias. Entretanto, o passar do tempo somado à qualidade das informações prestadas, fez com que o modelo fosse sendo internalizado e aceito – pelos agentes carcerários, pelos presos e, finalmente, pela sociedade em geral. Exemplos de programas criados pelos conselheiros foram as sessões informativas com os reclusos acerca das consequências dos crimes para os ofendidos e a criação do chamado “fundo de compensação”, pelo qual os reclusos poderiam se voluntariar para trabalhos em instituições de caridade. O salário recebido, era destinado ao ressarcimento das vítimas.

## A Mediação Penal como prática restaurativa

A Mediação, assim como a maior parte das práticas restaurativas, não possui suas origens no âmbito criminal – existindo anteriormente em cenários civis, trabalhistas ou empresariais, por exemplo. Na esfera penal, especificamente, Elena Larrauri esclarece que a mediação consiste no encontro vítima-ofensor, orientado por um mediador, com o objetivo de se alcançar um acordo reparador<sup>18</sup>. Neste sentido, o papel do mediador é importantíssimo, pois é ele quem detem as ferramentas para analisar se a mediação é efetivamente o meio mais adequado ao fim que se busca<sup>19</sup> e, caso seja, será ele a definir qual o melhor momento e forma para a sua aplicação (que pode ser direta ou indireta).

Via de regra, a mediação ocorre em sua modalidade direta, em que agressor e ofendido são colocados frente a frente e conversam pessoalmente sobre o fato que gerou conflito. Há, entretanto, a possibilidade de que a me-

17 MARIÉN, Karolien. **Restorative Justice in Belgian Prisons**. Disponível em <<https://mereps.foresee.hu/en/segedoldalak/news/270/5a63f29028/214/>>. Acesso em: 30 out. 2019.

18 LARRAURI, Elena. 2004, pp. 439-464, p. 442.

19 ZEHR, Howard; GOHAR, Ali. 2003, p. 7.

diacção ocorra indiretamente, sem o encontro pessoal e por meio de cartas ou telefonemas, por exemplo. Como tudo, ambas as opções possuem seus pontos positivos e negativos. No encontro direto é visualizável uma maior chance de profundidade da prática, já que ao conversarem pessoalmente, a intensidade dos efeitos deste diálogo possivelmente será maior – tanto para o bem quanto para o mal. Na mediação indireta, por sua vez, ainda se mantém certo grau de distanciamento entre os sujeitos. Essa falta de proximidade pode ser vista como um obstáculo ao pleno funcionamento da “cura do conflito”, mas por outro lado acaba sendo uma opção às vítimas que não possuem condições (psicológicas, materiais ou de vontade) para encontrarem seus agressores, mas mesmo assim gostariam de fazer perguntas, expor seu lado ou participar de qualquer outra forma. Nestes casos, o mediador teria o encontro com vítima e agressor em momentos separados e seria o meio de comunicação entre eles. É principalmente recomendável para os casos em que há alguma espécie de desequilíbrio entre as partes – seja pelo medo da vítima, ou por situações de hierarquia, controle financeiro de um sobre o outro e etc<sup>20</sup>.

A modelo de mediação que será escolhido depende muito do ordenamento de cada país, que por vezes não prevê alguma das formas ou impede que as partes do conflito decidam o que preferem. De qualquer maneira, em ambas as modalidades é imprescindível o mediador, que possui papel fundamental no sentido de garantir um ambiente neutro, seguro, capaz de favorecer o diálogo e as melhores condições possíveis para que a mediação atinja seus objetivos<sup>21</sup>. Embora o foco da mediação penal seja o diálogo em busca de uma solução, a conversa por si só não é suficiente. É necessária, então uma figura imparcial, que guie este encontro da melhor forma possível e garanta um ambiente neutro e saudável para que vítima e agressor busquem uma solução para o conflito.

Em Portugal, embora não exista uma única forma obrigatória de conduzir a mediação<sup>22</sup>, o normal é que em um primeiro momento o mediador se encontre com vítima e ofensor, separadamente, para analisar a viabilidade da prática restaurativa. Considerando que ambos estão em condições de realizar o procedimento, o encontro é marcado e é iniciado com a explicação,

---

20 RAYE, B. E. and ROBERTS, A. W. 2007, pp. 211-227, p. 219.

A respeito disso, Mylène Jaccoud salienta que “um dos debates mais vibrantes sobre as vítimas e a justiça restaurativa diz respeito à aplicação das práticas restauradoras nos casos de crimes graves e nos crimes marcados por um forte desequilíbrio de poder”, tais como “agressão sexual, ataque racista e, principalmente, a violência conjugal”. JACCOUD, Mylène, *Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa*, p. 174, *apud* SANTOS, Cláudia Cruz. 2014, p. 726.

21 BRADSHAW, William; COATES, Robert. B.; UMBREIT, Mark S. **Victim Sensitive Offender Dialogue in Crimes of Severe Violence: Differing Needs, Approaches, and Implications**, 2001. Disponível em <[http://www.cehd.umn.edu/ssw/RJP/Projects/Victim-Offender-Dialogue/VSOD\\_Severe\\_Violence/VSOD\\_Differing\\_Needs\\_Approaches.pdf](http://www.cehd.umn.edu/ssw/RJP/Projects/Victim-Offender-Dialogue/VSOD_Severe_Violence/VSOD_Differing_Needs_Approaches.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2019.

22 E isto é bom, já que a riqueza da mediação está justamente na sua adequabilidade ao caso concreto.

pelo mediador, dos impactos que o delito causou na vítima (em âmbito financeiro, psicológico ou físico). É dada ao agressor, então, a possibilidade de assumir seus atos, pedir desculpas e responder a eventuais dúvidas do ofendido. Após esta franca conversa, as partes podem chegar a um acordo sobre formas de reparação – materiais ou não – e assim estaria “pacificado” o conflito em questão<sup>23</sup>.

A mediação, além de buscar uma resposta satisfatória às partes envolvidas, visa também a ruptura dos mitos e estereótipos que o Sistema Punitivo fixou sobre vítima e agressor: a primeira deixa de ser um ser frágil e propriamente se apodera da situação que lhe causou dor e sofrimento; O segundo deixa de ser visto como um monstro intratável, responsável por todas as mazelas da sociedade. Com a queda destas máscaras torna-se possível, finalmente, encontrar um caminho que faça as partes atingirem ativamente a tão sonhada “Justiça”, ao invés de passivamente recebê-la do Estado<sup>24</sup>.

Salientadas estas questões, e considerando que a Mediação Penal é apenas uma das várias modalidades de Justiça Restaurativa, sua especial importância se revela na maior incidência prática frente às outras formas existentes. Por ser justamente a medida de Justiça Restaurativa mais adotada, é também a mais estudada e discutida em nível global<sup>25</sup>.

## A Mediação Penal em Portugal

Em Portugal, a opção do legislador quanto às práticas restaurativas para adultos firmou-se com a Lei n.º 21 de 2007, por força da observância ao art. 10.º da Decisão Quadro n. 2001/202/JAI, do Conselho da União Europeia, de 15 de março de 2001, relativa ao Estatuto da Vítima em Processo Penal, sendo implementada a mediação penal como instrumento restaurativo *alternativo* ao sistema penal e sendo definido o processo como “informal e flexível, conduzido por um terceiro imparcial, o mediador, que promove a aproximação entre o arguido e o ofendido e os apoia na tentativa de encontrar ativamente um acordo que permita a reparação dos danos causados pelo facto ilícito e contribua para a restauração da paz social”<sup>26</sup>.

A escolha pela mediação penal como técnica de Justiça Restaurativa em Portugal possui sua semente no âmbito da delinquência juvenil, conforme os ditames da Lei Tutelar Educativa (Lei 166/99, de 14 de Setembro). Para os adultos, a previsão da medida foi impulsionada por diplomas internacionais, que incentivaram os Estados membros da União Europeia a legislarem a respeito do tema<sup>27</sup>. Em 2007, então, o legislador português optou por tornar re-

23 SCHIFF, Mara. 2003, pp. 315-338, p. 318.

24 PETERS, Tony; AERTSEN, Ivo. 1995, pp. 129-146, p. 140.

25 SCHIFF, Mara. *Op. Cit.*, p. 213.

26 Art. 4.º. PORTUGAL. **Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho**: Regime de Mediação Penal. Disponível em <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1459&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1459&tabela=leis)>. Acesso em: 30 out. 2019.

27 Os três principais diplomas que incentivaram a ação do Estado Português foram a Recomendação n. 19 de 1999, aprovada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa



gra a possibilidade de mediação penal apenas na fase de inquérito, e somente para alguns crimes, menos graves<sup>28</sup>. Essa opção, explica Cláudia Cruz Santos, baseia-se no intuito legislativo de colocar as práticas restaurativas como uma alternativa à prática penal<sup>29</sup>. Ou seja, antes mesmo que se iniciasse o processo propriamente dito, e antes que fossem sofridas as consequências do funcionamento da justiça penal, a mediação surgiria como uma alternativa mais ágil, barata e benéfica.

Há, entretanto, uma exceção à regra, prevista no Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, em seu artigo 47º, n. 4, que dispõe sobre a possibilidade do recluso “participar, com o seu consentimento, em programas de justiça restaurativa, nomeadamente através de sessões de mediação com o ofendido”<sup>30</sup>. Para além disso, também o Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais<sup>31</sup>, no artigo 91º, nº 1, alínea “d”, prevê que “os estabelecimentos prisionais desenvolvem programas específicos, considerando o perfil e as características da população reclusa, os quais visam, designadamente (...) a promoção da empatia para com a vítima e a consciencialização do dano provocado, nomeadamente através do envolvimento dos reclusos em programas de mediação e de justiça restaurativa”, enquanto o artigo 92º estabelece as condições para o desenvolvimento de tais programas.

Apesar desta previsão, não há nenhum outro dispositivo que disponha sobre questões mais específicas da mediação penal pós-sentencial, de forma que, na prática, o instituto não se vê aplicado. Mesmo assim, sua relevância teórica é fundamental, pois deixa transparecer a vontade do legislador e leva a reflexões sobre os possíveis efeitos que causaria a sua efetiva implementação.

## A Mediação Penal pós-sentencial

Fica claro da leitura da lei portuguesa que o legislador, embora tenha

---

(em que foi sugerido “que a legislação interna de cada estado membro facilitasse a mediação em matéria penal e que fossem criadas linhas orientadoras definindo o recurso à mesma”), a Resolução n. 2012/12 de 2002, do Conselho Económico e Social das Nações Unidas, sobre os princípios fundamentais que devem obedecer os programas de justiça restaurativa em matéria criminal (que encorajava os Estados membros a definirem e obedecerem os programas nesse sentido) e a Decisão Quadro n. 2001/220/JAI, do Conselho da União Europeia, relativa ao Estatuto da Vítima no processo penal (que no seu art. 10º “determina que cada estado membro se esforce por promover a mediação nos processos penais relativos a infrações que considere adequadas para este tipo é assegure que possam ser tidos em conta quaisquer acordos entre a vítima e o autor da infração, obtidos através da mediação em processo penal”). BELEZA, Tereza Pizarro; MELO, Helena Pereira de. **A Mediação Penal em Portugal**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 13

28 Artigo 2º. PORTUGAL. **Lei n.º 21/2007**... *Op. Cit.*

29 SANTOS, Cláudia Cruz. *Op. Cit.*, p. 665.

30 PORTUGAL. **Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro**: Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade. Disponível em <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1147&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis)>. Acesso em: 30 out. 2019.

31 PORTUGAL. Decreto Lei n.º 51/2011, de 11 de Abril. **Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais**. Disponível em <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1317&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1317&tabela=leis)>. Acesso em: 30 out. 2019.

abordado a mediação penal na fase da execução da pena, o fez de forma absolutamente sucinta – criando mais lacunas do que propriamente tapando-as. Talvez por conta disso é que, embora haja norma habilitante, nunca foi posto em prática nenhum programa de mediação penal pós-sentencial, nem mesmo a título experimental<sup>32</sup>. Como decorrência lógica de uma norma que nunca foi vista em funcionamento, emergem diversas dúvidas, críticas e comentários sobre os possíveis efeitos que seriam causados se a teoria fosse posta em prática – e, nesse sentido, as opiniões doutrinárias se dividem entre aquelas que afirmam o perigo deste instituto e as que defendem os seus benefícios.

### **Algumas críticas e supostas desvantagens da Mediação Penal pós-sentencial**

Uma das principais críticas, e portanto a primeira a ser elencada, diz respeito à suposta “vitimização secundária” que seria causada ao ofendido, no sentido de submetê-lo a um encontro com seu agressor e de certa forma forçá-lo a uma “reconciliação” ou “perdão”<sup>33</sup>. Tal argumento não prospera, tendo em vista algumas questões. A primeira e mais importante diz respeito ao fato da mediação nunca ser obrigatória, sendo escolhida de forma absolutamente consciente e voluntária pelas partes. Além disso, mesmo nos casos em que a vítima opta por esta forma de resolução do conflito, ainda existe a possibilidade do mediador posicionar-se contra, quando entender que por qualquer motivo a mediação não ocorreria no cenário ideal ou que as partes não estão preparadas para o procedimento. Por fim, é necessário perceber que quanto maior o impacto do delito, maior a necessidade de reparação. A vitimização secundária aconteceria, aí sim, no caso de determinados crimes terem desde logo essa possibilidade afastada, sem disponibilizar ao ofendido a mediação como forma de pacificação do seu conflito pessoal<sup>34</sup>.

Outra questão diz respeito à necessidade de uma estrutura muito bem organizada para que a mediação seja efetiva. Para além dos profissionais, que precisariam passar por treinamentos extremamente apurados, o local dos encontros também é algo que precisa ser pensado. A respeito disso, conforme o art. 92º, nº 3, do Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais, os

32 LEITE, André Lamas. *Op. Cit.*, p. 21.

33 Neste sentido, a respeito da Justiça Restaurativa ainda existe a impressão de que o objetivo das práticas é encorajar ou até mesmo coagir a vítima a perdoar e se reconciliar com o agressor. Entretanto, esse sequer é um dos princípios básicos ou focos da Justiça Restaurativa. Por vezes, pode acabar acontecendo por conta do ambiente que é disponibilizado, sendo certo que ocorrem muito mais situações de perdão e reconciliação do que na Justiça Penal Tradicional, mas esta escolha pertence apenas às partes. Basicamente, o perdão e a reconciliação tratam-se de uma consequência da Justiça Restaurativa, não sendo, em momento algum, um dos seus objetivos propriamente ditos. (ZEHR, Howard; GOHAR, Ali. *Op. Cit.*, p. 6.)

34 DROOGENBROECK, Bram Van. **Victim Offender Mediation in Severe Crimes in Belgium**: “What Victims Need and Offenders can Offer”. Disponível em <<https://www.foresee.hu/en/segedoldalak/news/279/>>. Acesso em: 30 out. 2019.

programas de mediação devem ser realizados, preferencialmente, dentro do estabelecimento prisional. Tal disposição é possivelmente motivada pela dificuldade de se impor ao Estado a obrigação de levar o preso a outros locais, para que então fosse possível a prática restaurativa. Apesar disso, para os países cuja estrutura prisional é montada em locais extremamente afastados da cidade, torna-se inviável impor à vítima o ônus de ir até a penitenciária<sup>35</sup>. Além disso, a depender do cenário prisional do país, é praticamente utópico pensar em um ambiente adequado ao procedimento dentro do caos penitenciário. Por conta disso, esta, antes de ser uma crítica à mediação pós-sentencial, é propriamente uma dificuldade a ser enfrentada e encontra sua solução em políticas públicas que proporcionem uma estruturação eficiente<sup>36</sup>.

Superada tal questão, há também dúvidas quanto à utilização da mediação como mecanismo de diminuição de pena, possibilitando que o preso optasse pela mediação mais na expectativa de diminuir seu tempo na prisão do que propriamente por conta da internalização do erro e desejo de repará-lo. Em um caso como esse, a vítima não teria seu conflito pessoal apaziguado, e os fins da Justiça Restaurativa não seriam plenamente alcançados. Possíveis soluções, nesses casos, seriam: *i*) a presença ativa do mediador, no sentido de verificar qual a verdadeira intenção do preso ao aceitar a mediação penal, e *ii*) o tratamento da mediação pós-sentencial como medida absolutamente voluntária, sem prejuízos no caso da sua não-realização, mas também sem benefícios de pena para quando venha a ocorrer, sendo considerada apenas em âmbito interno, como comprovação de bom comportamento carcerário, por exemplo.

Por fim, há também quem critique a imprecisão da Justiça Restaurativa, que ao tentar agradar “gregos e troianos”, acaba apresentando algumas contradições. Nesse sentido, esta forma de Justiça que surgiu, ao menos teoricamente, para reparar e defender os interesses da vítima, por vezes a coloca de lado e se foca nos direitos do delinquente, que corriqueiramente são ofendidos dentro do Sistema Penal<sup>37</sup>. Com isso, donos de ideologias completamente opostas da Justiça Criminal acabam sendo agradados e desagradados por pontos diferentes dentro da mesma Justiça Restaurativa. Essas contrariedades são por vezes tratadas como algo negativo, mas seus efeitos são, em realidade, benéficos, pois demonstram que os procedimentos restaurativos não são criados

35 Na cidade de Curitiba (Brasil), por exemplo, o complexo penitenciário localiza-se em Piraquara, cidade da região metropolitana, a 30km do centro da capital. Além da distância, o acesso é dificultado por conta das estradas de chão e da precariedade do serviço público de transporte, que sequer chega até o complexo penitenciário. Disponível em <[https://moovit.com/?from=Pra%C3%A7a%20Rui%20Barbosa&to=Penitenci%C3%A1ria%20Do%20Estado,%20Piraquara&fl=-25.435853\\_-49.273555&tll=-25.415175\\_-49.074694&customerId=4908&metroId=942&lang=pt-br](https://moovit.com/?from=Pra%C3%A7a%20Rui%20Barbosa&to=Penitenci%C3%A1ria%20Do%20Estado,%20Piraquara&fl=-25.435853_-49.273555&tll=-25.415175_-49.074694&customerId=4908&metroId=942&lang=pt-br)>. Acesso em: 30 out. 2019.

36 Uma possibilidade seria, por exemplo, a disponibilização de ônibus públicos que fizessem o transporte dos ofendidos interessados na mediação, levando-os gratuitamente até a penitenciária e posteriormente trazendo-os de volta ao centro urbano.

37 Agra, Cândido da; CASTRO, Josefina. *Op. Cit.*, p. 105.

para desde logo cumprir uma finalidade pré-determinada. A mediação não existe para perseguir o ofensor e para enaltecer a vítima ou, ao revés, favorecer o ofensor e esquecer por completo o ofendido. O objetivo é justamente trazer as duas figuras para o processo e buscar, em conjunto, uma solução – e isso, mais do que um sinal de “bipolaridade”, é uma característica da equanimidade da Justiça Restaurativa.

## **Algumas vantagens e benefícios da Mediação Penal pós-sentencial**

A mais explícita das vantagens existentes consiste no fato de vítima e, eventualmente, comunidade, serem trazidas para dentro do contexto prisional, o que possibilita a humanização do conflito e favorece o alcance da pacificação das relações sociais de forma mais efetiva do que uma decisão judicial o faria<sup>38</sup>. Essa proximidade acaba por facilitar a quebra dos paradigmas do crime e da criminalidade, pelos quais o criminoso seria um ser anormal ou diferenciado. Aqui, ao humanizar a relação entre vítima e agressor, é possível rejeitar de forma efetiva as teorias que imputavam ao delinquente alguma peculiaridade social, biológica ou genética<sup>39</sup>.

Na perspectiva da vítima, especificamente, a percepção de que o seu agressor é apenas um ser humano, que cometeu um erro e está buscando (tanto quanto possível) formas de repará-lo, pode ser o ponto crucial para a pacificação do seu conflito interno. Para além disso, objetivamente falando, o fato de ser introduzida no processo e fazer parte da solução do conflito é sentido de forma muito positiva pela vítima, que passa a ver com outros olhos o Sistema de Justiça Criminal<sup>40</sup>.

Com relação ao próprio preso, as vantagens de uma mediação penal pós-sentencial aparecem sobretudo no sentido de possibilitar que o mesmo lide com o crime e suas consequências ainda dentro da prisão. Ao tratar sobre o tema, Cândido da Agra e Josefina Castro<sup>41</sup> argumentam que durante o período no cárcere, o exercício mental feito pelo sujeito é no sentido de superar o ocorrido, esquecer o passado e pensar no futuro. Embora essa lógica pareça fazer sentido, o fato de não encararem a gravidade do ocorrido, trabalhando com a culpa e o medo – que, obviamente, não são monopólio das vítimas –

38 LEITE, André Lamas. *Op. Cit.*, p. 24.

39 Noções típicas das Escolas Criminológicas Positivistas endógenas e exógenas.

40 Nesse sentido, Cândido da Agra e Josefina Castro tratam sobre a “mediação com fins reparadores”, modelo belga de Justiça Restaurativa que, empiricamente, demonstrou a satisfação dos ofendidos ao serem incluídos na resolução do conflito. Interrogadas sobre os motivos da adesão à mediação, as vítimas referem sobretudo a oportunidade de poderem confrontar o delinquente com as suas responsabilidades, na expectativa de um efeito positivo no comportamento futuro deste e no pagamento da indenização. Depois de concluído o processo, e mesmo quando não há acordo escrito, as partes exprimem normalmente a sua satisfação, relevando a possibilidade que lhes foi proporcionada de comunicarem, de a vítima poder ver respondidas algumas questões relativas aos fatos, de poderem avaliar as consequências do ato e de exprimirem sentimentos”. (AGRA, Cândido da; CASTRO, Josefina. *op cit.*, p.102).

41 AGRA, Cândido da; CASTRO, Josefina. *op cit.*, p.103.

faz com que os detidos voltem à vida em sociedade completamente despreparados. Não à toa, a maior taxa de suicídios ocorre depois de saírem do cárcere, quando por fim percebem a repercussão que o crime terá em suas vidas. A pena, afinal, não termina ao saírem da prisão: ainda haverá o julgamento da sociedade, a dificuldade para encontrarem emprego, a decepção da família e amigos e etc. Transparece, aqui, a importância da mediação penal durante a execução da pena, no sentido de fazer com que o preso, ainda no cárcere, perceba seus atos, entenda as consequências e busque meios de minimizar a dor – da vítima e sua.

Outro benefício da mediação penal implantada nesta fase é o fato de não existirem mais amarras ligadas à esperança de absolvição. Em outras palavras: diante da já ocorrida condenação, o agressor não tem mais motivos para negar sua culpa e responsabilidades, estando livre para falar sobre seus sentimentos de forma mais sincera e aberta<sup>42</sup>.

Por fim, uma última e importante vantagem é o fato da lei, no que tange à mediação pós-sentencial, não ter imposto limites à sua aplicação, de modo que a mesma pode ser realizada também nos contextos de criminalidade grave<sup>43</sup>. Em que pese possa soar estranha a aplicação de mediação para crimes graves, é justamente neles que ela parece ser ainda mais necessária: afinal, o impacto causado por crimes graves é maior, a Justiça tradicional não consegue repará-lo e a mediação possui justamente este objetivo. Mais uma vez, ressalta-se que a concordância das partes é absolutamente fundamental para que a mediação ocorra, de forma que o único objetivo, neste momento, é o de fazer com que, *querendo*, vítima e agressor encontrem formas de seguir com suas vidas após o ocorrido. Não significa dizer que todas as vítimas serão obrigadas a encarar seus agressores, mas, se for da vontade de ambos, é justo conceder essa possibilidade a eles.

Agnese Moro, por exemplo, é um exemplo de prática restaurativa pós-sentencial bem sucedida: a italiana, atordoada após o assassinato do seu pai<sup>44</sup>, relatou que apenas conseguiu se sentir em paz após conversar com um dos autores do crime. Segundo ela, a mediação supriu sua necessidade de fazer perguntas, questionar os motivos e entender os porquês do crime. Nas pales-

---

42 GARSSE, Leo Van. **Restorative Justice in Prisons**: “do not enter without precautions”. 2006, p. 5. Disponível em <<http://www.justiciarestaurativa.org/www.restorativejustice.org/articlesdb/articles/7516>>. Acesso em: 30 out. 2019.

43 Em sentido oposto, há quem defenda justamente a necessidade do estabelecimento de limites, possivelmente similares aos da regra geral trazida pela Lei nº 21/2007. Desta forma, a mediação durante a execução da pena só seria possível para crimes de menor gravidade e com maior possibilidade de reparação do bem jurídico atingido. Nesse sentido, crimes contra a humanidade, homicídios e violações seriam excluídos desse rol. (LEITE, André Lamas. *Op. Cit.*, p. 27).

44 Aldo Moro, foi um jurista e político italiano, sequestrado e assassinado após 55 dias, pelo grupo extremista *Brigate Rosse* (grupo formado na década de 70, por estudantes que defendiam a luta armada contra o Estado capitalista) BBC – Brasil. **O passado de Terror na Itália**. Disponível em <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/story/2004/01/printable/040106\\_anarchistg.shtml](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/story/2004/01/printable/040106_anarchistg.shtml)>. Acesso em: 30 out. 2019.

tras que dá ao redor do mundo<sup>45</sup>, Agnese Moro diz ter ficado surpresa ao chegar na penitenciária e ter se deparado apenas com um ser humano, cheio de medos e expectativas – e não com um monstro, como o imaginava. Por fim, a italiana afirma que ninguém sabe dizer exatamente o que é a Justiça, materialmente falando, mas todos sabem dizer quando se sentem injustiçados – e foi apenas depois de uma franca conversa com o assassino do seu pai, que ela sentiu ter alcançado ao menos uma pequena parcela daquela Justiça que tanto buscava, e que o Sistema Penal nunca lhe havia proporcionado.

## Considerações Finais

O Sistema Penal como forma de resolução de conflitos falhou e falha cotidianamente, há séculos. Em que pese seja a área da Justiça em que mais se colocam expectativas<sup>46</sup>, as imperfeições são tantas, que a busca por formas de conserto acaba por ser mais utópica do que a busca por outras formas de resolução de conflitos.

A Justiça Restaurativa aparece, neste cenário, como uma alternativa ao Direito e Processo Penal, tratando a questão da criminalidade de uma forma que até então não havia sido posta em prática: horizontalmente, com as partes envolvidas de forma direta na construção da resposta ao crime. Entretanto, importa salientar que nem sempre este sistema de Justiça aparecerá como sendo oposto ao Tradicional, podendo atuar em conjunto com este, quando possível e necessário. No caso da mediação penal pós-sentencial isso fica explícito, já que as práticas restaurativas só são implementadas após todo o funcionamento da Justiça Penal tradicional, no momento em que a pena está sendo executada. Essa coexistência se baseia no fato da sua atuação ser sobre perspectivas diversas de um mesmo conflito. Explica-se: na fase da execução da pena, o Sistema Penal está em plena atuação, mas o fato de subsistirem necessidades (do preso, da vítima e da sociedade em geral) torna necessária uma nova abordagem para o conflito, voltada sobretudo ao ressarcimento do ofendido, reestabelecimento da realidade anterior (tanto quanto possível) e à preparação do detendo para enfrentar as consequências dos seus atos quando sair do cárcere.

Por ser maleável e adequar-se às mais diversas realidades, a Justiça Restaurativa vem consolidando sua importância em diversas áreas da vida em sociedade – e não tem razões para que o mesmo não ocorra com relação ao evento da criminalidade. Quando consegue seguir o caminho delimitado e

45 YOUTUBE. **This is how our lives have changed. Justice beyond punishment** (ESP). Do minuto 0:47:00 ao 1:02:16. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=jzC9KjzbzAI>>. Acesso em: 30 out. 2019.

46 A respeito disso, Winfried Hassemer comenta sobre a expectativa que existe nos supostos benefícios existentes na Pena e no Direito Penal, que ao longo dos anos vêm sendo tratados como a panaceia social de todas as mazelas existentes, enquanto a realidade prática demonstra justamente o contrário. HASSEMER, Winfried. ¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? (Sentido y fin de la sanción penal). *in* **Revista de Derecho Penal y Criminología**, 2ª Época, n. 3, 1999, pp. 317-331, p. 318.

atingir seus objetivos, esta nova forma de Justiça acaba por superar problemas como a burocratização, o formalismo e a rigidez do sistema formal, aproximando as partes do conflito que lhes pertence e fazendo com que, assim, as respostas dadas ao crime sejam mais adequadas à situação específica de cada caso concreto.

Em Portugal, a forma como foi redigido o artigo 47º do Código de Execução das Penas de Portugal permite duas conclusões: a primeira, no sentido de que o Direito Penal não logrou êxito nas suas funções, já que, mesmo ao fim de todo o processo, ainda se fazem necessários mecanismos no sentido da ressocialização do preso e ressarcimento da vítima. A segunda relacionada ao âmbito de atuação de Justiça Restaurativa, que parece ter necessidade diretamente proporcional à gravidade do crime. Ou seja, quanto mais ofensivo o delito, mais graves as suas consequências e maior a necessidade de efetiva reparação da vítima.

Ademais, embora exista a previsão legal, ainda não há na prática nenhum procedimento restaurativo na fase de execução penal. Torna-se, portanto, necessário o desenvolvimento estudos e projetos, possivelmente com base no sistema belga, no intuito de verificar como a mediação penal melhor se aplicaria ao sistema carcerário português e em que medida ajudaria na melhor resolução de conflitos. Saliencia-se que a previsão legal da Mediação Penal pós-sentencial é, por si só, um grande avanço. Entretanto, é necessário que se aproveite esta possibilidade dada pelo legislador, buscando a efetivação da tão almejada Justiça em todas as suas perspectivas e, sobretudo, nos crimes de maior gravidade – que geram consequências sociais mais danosas e clamam, conseqüentemente, por maior reparação.

## Referências

AGRA, Cândido da; CASTRO, Josefina. Mediação e justiça restaurativa: esquema para uma lógica do conhecimento e da experimentação. *In Revista da FDUP - A.* 2 (2005) - pp. 95-112.

BELEZA, Tereza Pizarro; MELO, Helena Pereira de. **A Mediação Penal em Portugal.** Coimbra: Almedina, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Português:** as consequências jurídicas do crime. Lisboa: Aequitas; Editorial Notícias, 1993.

HASSEMER, Winfried. ¿Por qué y com qué fin se aplican las penas? (Sentido y fin de la sanción penal). *in Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n. 3, 1999, pp. 317-331.

LARRAURI, Elena. **Tendencias actuales en la justicia restauradora.** *In* ÁLVARES, Fernando Pérez (ed.). SERTA In memoriam Alexandri Baratta. Salamanca: Universidad de Salamanca – Aquilafuente, 2004, pp. 439-464.

LEITE, André Lamas. Uma Leitura Humanista da Mediação Penal. Em especial, a Mediação Penal pós-sentencial. *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.* Ano XI – 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MCCOLD, Paul *apud* Francisco Amado Ferreira. **Justiça restaurativa**: Natureza, Finalidades e Instrumentos. Coimbra, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no processo penal**: uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015.

PETERS, Tony; AERTSEN, Ivo. Mediación para la reparación: presentación y discusión de un proyecto de investigación-acción. *In* **Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián**, nº 8, Extraordinario, diciembre, 1995, pp. 129-146.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? *In*: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. (Orgs.). **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento, 2005, pp. 19-40.

RAYE, B. E. And ROBERTS, A. W. Restorative processes. *In* **Handbook of Restorative Justice**. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007, pp. 211-227.

ROXIN, Claus. Tem futuro o Direito Penal? *in* **Revista dos Tribunais**, ano 90, vol. 790, agosto de 2001, pp. 459-474.

SANTOS, Cláudia Cruz. **A Justiça Restaurativa - Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal**. Porquê, para quê e como?, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SCHIFF, Mara. Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies. *In* **Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?** Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, pp. 315-338.

SOLOMON, Robert C. **A Passion for Justice**, EUA: Rowman & Littlefield, 1995.

VASCONCELOS, Rayan. Justiça Restaurativa: um novo paradigma. *In* **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 22, n. 5164, 21 ago. 2017.

ZEHR, Roward. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZEHR, Howard; GOHAR, Ali. **The little book of Restorative Justice**. Pensilvânia: Good books, 2003.

### **Documentos Eletrônicos**

BBC – Brasil. **O passado de Terror na Itália**. Disponível em <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/story/2004/01/printable/040106\\_anarchistg.shtml](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/story/2004/01/printable/040106_anarchistg.shtml)> Acesso em 30 de outubro de 2019.

BRADSHAW, William; COATES, Robert. B.; UMBREIT, Mark S. **Victim Sensitive Offender Dialogue in Crimes of Severe Violence**: Differing Needs, Approaches, and Implications, 2001. Disponível em <[http://www.cehd.umn.edu/ssw/RJP/Projects/Victim-Offender-Dialogue/VSOD\\_Severe\\_Violence/VSOD\\_Differing\\_Needs\\_Approaches.pdf](http://www.cehd.umn.edu/ssw/RJP/Projects/Victim-Offender-Dialogue/VSOD_Severe_Violence/VSOD_Differing_Needs_Approaches.pdf)> Acesso em 30 de outubro de 2019.



DIAS, Daniel Baliza; MARTINS, Fabio Antônio. **Justiça Restaurativa: os modelos e as práticas**. Disponível em <[http://www.bdmaa.com.br/artigos/Trab\\_justica\\_restaurativa\\_publ.pdf](http://www.bdmaa.com.br/artigos/Trab_justica_restaurativa_publ.pdf)> Acesso em 30 de outubro de 2019.

DROOGENBROECK, Bram Van. **Victim Offender Mediation in Severe Crimes in Belgium: “What Victims Need and Offenders can Offer”**. Disponível em <<https://www.foresee.hu/en/segedoldalak/news/279/>> Acesso em 30 de outubro de 2019.

GARSSE, Leo Van. **Restorative Justice in Prisons: “do not enter without precautions”**. 2006. Disponível em <<http://www.justiciarestaurativa.org/www.restorativejustice.org/articlesdb/articles/7516>> Acesso em 30 de outubro de 2019.

MARIÉN, Karolien. **Restorative Justice in Belgian Prisons**. Disponível em <<https://mereps.foresee.hu/en/segedoldalak/news/270/5a63f29028/214/>> Acesso em 30 de outubro de 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 2002/12: Princípios Básicos Para Utilização De Programas De Justiça Restaurativa Em Matéria Criminal**. Disponível em <[http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material\\_de\\_Apoio/Resolucao\\_ONU\\_2002.pdf](http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf)> Acesso em 30 de outubro de 2019.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Justiça Restaurativa: Novos Mecanismos de Administração dos Conflitos Criminais**. 2008, p. 3. Disponível em <<http://www.pucrs.br/edipucrs/online/IIImostra/CienciasCriminais/62475%20-%20RAFFAELLA%20DA%20PORCIUNCULA%20PALLAMOLLA.pdf>> Acesso em 30 de outubro de 2019.

PENIDO, Egberto de Almeida. **Cultura de Paz e Justiça Restaurativa: uma jornada de alma**. Disponível em <<http://unimarb.org/docs/justica-restaurativa-e-cultura-de-paz.pdf>> Acesso em 30 de outubro de 2019.

PORTUGAL. Decreto Lei n.º 51/2011, de 11 de Abril. Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais. Disponível em <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1317&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1317&tabela=leis)> Acesso em outubro de 2019.

PORTUGAL. Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho: Regime de Mediação Penal. Disponível em <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1459&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1459&tabela=leis)> Acesso em 30 de outubro de 2019.

PORTUGAL. Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro: Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade. Disponível em <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1147&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis)> Acesso em 30 de outubro de 2019.

YOUTUBE. This is how our lives have changed. Justice beyond punishment (ESP). Do minuto 0:47:00 ao 1:02:16. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=-jzC9KjzbAI>> Acesso em 30 de outubro de 2019.

# JUSTIÇA RESTAURATIVA E O FILME “ABRIL DESPEDAÇADO”: UM NOVO OLHAR SOBRE O CRIME PARA A PRESERVAÇÃO DA PAZ

**Tháise Ribeiro Santos Lima**

Advogada. Pós - Graduada em Direitos Fundamentais e Justiça pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Membro do Grupo de Pesquisa em Sociofuncionalismo e em Linguística Histórica (IC – CNPQ)

## **Resumo:**

O presente estudo pretende analisar a aplicabilidade dos dispositivos da justiça restaurativa no Estado Democrático de Direito Brasileiro como instrumentos de manutenção da paz social, vislumbrando a possibilidade de consolidação dos direitos humanos, através da tutela penal efetiva. Para a elaboração da presente pesquisa, foi utilizado o método hipotético-dedutivo, com o procedimento bibliográfico. Já a ilustração da concepção vingativa da pena será realizada por meio do filme “Abril Despedaçado”, possibilitando a discussão sobre a necessidade de passagem ao projeto alternativo à justiça retributiva. Nesse sentido, a relevância da temática está em proporcionar uma reflexão sobre os resquícios do castigo como resposta a violação da norma penal na lógica retributiva, que acabam por gerar um sistema que exclui o ser humano e transforma o ódio em herança.

**Palavras-chave:** Estado democrático de direito; Justiça restaurativa; Justiça retributiva; Paz social; Tutela penal satisfativa.

## **Introdução**

No transcurso de abandono da vivência isolada e independente diante da necessidade, sacrifica-se parte da liberdade visando à segurança. A cessão de cada parcela de liberdade na adesão do pacto social é o fundamento do direito de punir. Dessa forma, as leis apareceram como disposições responsáveis pelo agrupamento social. Cumpre ressaltar que o exercício do poder punitivo pelo Estado e a finalidade das penas que se afastam dessa premissa de concessão de parcelas da liberdade, aproximam-se da injustiça.

O direito penal anterior a Revolução Francesa tinha como função primeira a retribuição. O princípio social da retribuição era o condutor das rela-

ções sociais primitivas, nas quais não havia o questionamento dos fatos, mas sim a atribuição de responsabilidade a uma pessoa, como algo automático e mecânico. A presença da retribuição já envolve a noção da Lei de Talião, equivalente ao olho por olho e dente por dente.

O Direito Penal brasileiro, sob o viés da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Constituição Cidadã), que delimitou os critérios da atuação estatal por meio das garantias constitucionais, em especial a garantia do devido processo legal, tem seus fundamentos nas premissas de prevenção e reprovação do delito, isto é, na aplicabilidade da retribuição punitiva ao infrator e na promoção da sua readaptação social, como forma de coibir práticas reiteradas na sociedade e novas transgressões.

Assim, entende-se que, quando se adere ao pacto social, o exercício do *ius puniendi* é transferido ao Estado para que a vingança privada não seja responsável pelo eterno conflito dentro da sociedade. Contudo, a falibilidade do sistema carcerário brasileiro é escancarada no processo de ressocialização dos transgressores das normas penais. Consequentemente, o exercício do poder punitivo pelo Estado brasileiro tem-se caracterizado como violador do princípio/fundamento do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos preconizados pela ordem democrática.

Pode-se afirmar que os vestígios desse caráter retributivo são encontrados nas funções da pena na contemporaneidade. Porém, a finalidade da pena, reduzida a mera retributividade, confunde-se com a vingança e afasta o sistema de justiça penal do viés democrático, falhando na fundação da cultura da paz. Em contraposição ao modelo de justiça retributiva atual, no âmbito do Judiciário brasileiro, a Justiça Restaurativa surge como alternativa para o tratamento de um número significativo de conflitos, sobretudo após o advento da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça- CNJ e da Resolução nº 225/2016 do CNJ.

Nesse sentido, a Justiça Restaurativa, modelo alicerçado no respeito às necessidades das partes, abrangendo a diversidade e a individualidade das pessoas, apresenta-se como uma prática alinhada à dinâmica neoconstitucional de valorização do ser humano, elevando-o ao centro de atenção do direito, oportunizando o início da caminhada em direção a pacificação social.

## Objetivos

Diante do contexto da necessidade de contraditar a cultura da Lei de Talião e os resquícios do castigo como resposta a violação da norma penal na lógica retributiva, demonstrando que a falta de comunicação entre as partes de um conflito somada à inexistência ou existência inconsistente de um poder estatal falham na administração da justiça, gerando um sistema que exclui o ser humano e transforma o ódio em herança, o presente estudo pretende, então, analisar a aplicabilidade dos dispositivos da justiça restaurativa no Estado Democrático de Direito Brasileiro como instrumentos de manutenção da paz

social, vislumbrando a possibilidade de consolidação dos direitos humanos, através da tutela penal efetiva.

Nessa linha de intelecção, a proposta do trabalho reside na verificação e análise dos espaços de atuação das práticas restaurativas no âmbito criminal, exteriorizando a importância destes para a efetividade da justiça e para a preservação da paz social na realidade democrática.

## **Fundamentação Teórica**

No primeiro Estado de Direito, segundo Bonavides (2007), o Estado aparece como armadura de defesa e proteção da liberdade, sendo alheio e ausente de iniciativa social. Essa seria a primeira fase do constitucionalismo burguês, a partir daí, pode-se dizer que do princípio liberal chega-se ao princípio democrático com a defesa da participação total e indiscriminada do Homem na formação da vontade estatal. O autor acrescenta a constatação que o liberalismo atual, enquanto liberalismo democrático, não poderá ser como o liberalismo tradicional da Revolução Francesa, deverá estar ancorado em postulados de justiça social e econômica, com elementos de reforma e humanismo, isto é um liberalismo que contenha a identidade do Direito com a Justiça.

No panorama do Estado Democrático de Direito Brasileiro, que tem como alguns dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e a cidadania, importa a tutela penal efetiva no esforço da unidade entre o Direito e Justiça, com elementos de humanismo. Sendo assim, quando ocorre a cessão de parcelas de liberdade ao Estado visando à segurança, espera-se o aparecimento de um direito penal aproximado dos valores sociais, morais, éticos, econômicos e políticos constantes no ordenamento jurídico e na sociedade. Tudo que se afasta desse viés, leva o ser humano ao caminho da injustiça.

Nessa esteira, a vingança privada, isto é, a tutela de direitos por meio das próprias razões de cada indivíduo, não pode fazer parte, nem apresentar suas ramificações no sistema jurídico, pois os particulares cederam sua legitimidade para o Estado, que agora é o responsável por acolher e apreciar suas pretensões. Por esse ângulo, Bonavides (2007), discorrendo sobre o problema da liberdade, afirma que o Estado, conforme as doutrinas do contratualismo social, manifesta-se como criação deliberada e consciente da vontade dos indivíduos que o integram, conseqüentemente deve servir ao Homem para o alcance da realização de seus fins na sociedade, não cumprida essa função a sua existência seria teoricamente revogável.

À vista disso, quando o Estado não cumpre a finalidade das penas e do Direito Penal, falha na administração da justiça, afasta do prisma democrático e teria sua existência, teoricamente, questionada, uma vez que não se constitui como um aparato a serviço da realização dos fins dos indivíduos na sociedade. Greco (2014) afirma que o Direito Penal busca tutelar bens extremamente valiosos do ponto de vista político, sendo a pena um instrumento de coerção para a proteção dos bens, valores e interesses mais significativos da sociedade.

Torna-se necessário salientar que o Estado Brasileiro é um Estado de Bem Estar-Social, centrado na proteção da dignidade da pessoa humana. Bonavides (2007) informa que o Estado Social está contido juridicamente no constitucionalismo democrático. Para o autor, o Estado Social, após o Estado liberal, o esquema de contenção do Estado e as doutrinas, que reinterpretaram a liberdade e lhe abriram caminho, oferece, concomitantemente, na sua feição jurídico-constitucional a garantia tutelar dos direitos da personalidade.

Farias e Rosenthal (2015) declaram que a ideia central, capaz de unificar a personalidade jurídica, é o princípio maior, constitucionalmente afirmado, a dignidade da pessoa humana. E este princípio preconiza que se deve garantir um mínimo de direitos fundamentais para a promoção de uma vida com dignidade, já que as normas são feitas para a pessoa e para a sua realização existencial. Perceba que os autores defendem que o princípio maior impõe reconhecer a elevação do ser humano ao centro de todo o sistema jurídico.

No entanto, ao lado de um sistema de ênfase ao ser humano e protetivo da dignidade, coexistem os defensores do chamado Direito Penal do Inimigo, com o clamor por pretensões punitivas mais severas, violadoras dos direitos e garantias individuais como também dos direitos da personalidade dos transgressores da norma penal, agora considerados inimigos. O Estado, que deve efetivar estes direitos inseridos no núcleo intangível da Magna Carta e que, por isso também deve consolidar direitos humanos através da tutela penal na realidade democrática, vê-se deformado diante das súplicas punitivistas advindas do Direito Penal do Inimigo.

O desenvolvimento deste estudo está ancorado na atuação da Lei Penal como defensora da liberdade na lógica de utilização do Direito Penal e de todo o seu aparato em último caso, como *ultima ratio*. Assim, de acordo com as lições de Greco (2014), os valores inseridos na Constituição, tais como a liberdade, a segurança, o bem-estar social, a igualdade e a justiça são de tal grandeza que envolvem o Direito Penal, funcionando a Magna Carta como norte ao legislador na seleção dos bens jurídicos considerados como fundamentais. Para ele, a Constituição exerce um duplo papel, não só de orientadora do legislador, mas também, conforme a concepção garantista do Direito Penal, impeditiva que esse mesmo legislador, simulando uma atuação protetiva, proíba ou imponha determinados comportamentos, violadores dos direitos fundamentais atribuídos a toda pessoa humana, também consagrados pela Lei Maior.

Nessa linha de inteligência, ratifica Greco (2014) que um Estado compromissado com a garantia dos direitos dos habitantes do seu território deve encontrar limites ao seu direito de punir. O Curso da história revela que o exercício do *ius puniendi* já foi muito cruel. Beccaria (2001) informa que a humanidade era subjugada pela sistemática da superstição e pela avareza e ambição de um pequeno grupo de homens poderosos que inundavam de sangue humano os palácios dos grandes e os tronos dos reis. Além disso, o autor (2001) aponta os indícios da retribuição ao afirmar que o sistema atual da

jurisprudência criminal apresenta a ideia da força e do poder, no lugar da justiça.

As palavras do autor clássico ecoam ao longo da história, pois as mazes se perpetuam e permanecem ainda que em face de avanços legislativos e de mentalidades. Parece contraditório, mas Beccaria (2001, p.41-42) entrega a explicação que “os nossos costumes e as nossas leis retardatárias estão bem longe das luzes dos povos. Ainda estamos dominados pelos preconceitos bárbaros que nos legaram os nossos avós, os bárbaros caçadores do norte”. A historicidade demonstra a necessidade de procurar novos caminhos e métodos para abertura de corações e mentes.

Greco (2014) afirma que desde a Antiguidade até meados do século XVIII as penas tinham uma característica afitiva, pois o corpo do agente pagava pelo mal por ele praticado. Acrescenta que no período iluminista, o século XVIII foi um marco inicial para a mudança de mentalidade quanto à cominação das penas.

Na mesma direção dessa nova mentalidade, iniciada no século XVIII, o artigo 59 do Código Penal dispõe que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime, isto revela a adoção de uma teoria mista ou unificadora da penal. A Lei nº 7210, de 1984, Lei de Execução Penal (LEP) apresenta a finalidade de ressocialização da execução da pena.

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Art. 4º O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança. (Lei nº 7210/1984).

No artigo primeiro da LEP, verifica-se o seu núcleo de preocupação, a ressocialização do apenado, isto é, o problema político-social de recuperar o condenado para reinserir este indivíduo na sociedade. Fala-se em problema político-social, já que se está diante de um sistema penitenciário falido. No terceiro artigo, tem-se a atenção para os direitos dos condenados, lembre-se do sistema jurídico brasileiro que preza pela dignidade da pessoa humana. No quarto artigo, há a necessidade de cooperação da comunidade na execução da pena.

O problema político-social, acima citado, revela a precariedade na aplicação do Direito Penal, por meio de um processo penal que acaba por esquecer a vítima ao dar ênfase a punição-vingativa do agente violador da lei. Nessa direção, tem-se uma população carcerária que só aumenta. Conforme dados do Instituto de Pesquisa Econômico Aplicada – IPEA (2015), a popu-

lação carcerária do Brasil cresceu 83 vezes em setenta anos, tornando o Brasil o quarto país que mais encarcera no mundo e que, mesmo assim, convive com taxas de criminalidade muito altas.

O IPEA (2015) afirma que os dados alarmantes chamam a atenção para a necessidade de estudos aprofundados sobre a função, ou não, ressocializadora das prisões, o fenômeno da reincidência criminal e seus fatores determinantes, bem como sobre a eficácia de dispositivos alternativos como meios de contornar esta crise no sistema prisional brasileiro. Isto demonstra que há uma crise no sistema prisional e na prisão como única solução para o dano causado às vítimas.

Nessa linha de intelecção, Pallamolla e Achutti (2014) discorrem que, diante dos diferentes problemas do sistema de justiça criminal moderno, estrutura burocrática e a “crise” da prisão”, advindos da racionalidade moderna retribucionista e punitiva, torna-se necessário buscar meios alternativos a esta forma de enfrentamento dos conflitos sociais. Sendo assim, frente ao poder estatal falho na administração da justiça urge a introdução de novos sistemas antagônicos à justiça retributiva e que apresentem critérios preventivos que possam servir à sociedade dentro dessa dinâmica de participação prevista na LEP, com o envolvimento de todos os atores sociais atingidos pelo conflito.

A Justiça Restaurativa é a demanda do contexto jurídico brasileiro, de um sistema que eleva a dignidade da pessoa humana na dinâmica neoconstitucional para centralizar o ser humano e o sentimento, promovendo a sensibilização de sujeitos e a abertura de mentes para uma nova realidade, afastada da execução impiedosa da pena invocada pela Justiça Retributiva. Por essa ótica, o conflito deve ser visto como algo positivo, de modo que em lugar de vítima e ofensor, possam existir atores sociais na compreensão do necessário à restauração do dano infligido, estabelecendo a cultura da paz, pautada no respeito e no diálogo.

## **Métodos**

Para a elaboração da presente pesquisa, foi utilizado o método hipotético-dedutivo, com o procedimento bibliográfico, a partir da análise dos escritos de autores na área da Justiça Restaurativa para averiguação de seus conceitos e aplicabilidade. A ilustração da concepção vingativa da pena será realizada por meio do filme “Abril Despedaçado”, possibilitando a discussão sobre a necessidade de passagem ao projeto alternativo à justiça retributiva, visando ao alcance da paz social na realidade democrática, com a consolidação dos direitos humanos na tutela penal. A inserção da perspectiva interdisciplinar, através da arte, neste estudo, com o cinema, apresenta-se como um recurso didático, que acentua as especificidades do processo interpretativo, proporcionando o desenvolvimento da amplitude de visão da complexa realidade social.

O filme “Abril Despedaçado”, inspirado livremente no livro do escritor albanês Ismail Kadaré, coprodução Brasil-França-Suíça, parceria entre Arthur

Cohn e Walter Salles, retrata o sertão brasileiro de 1910. O enredo se desenrola com a narração de Pacu (personagem chamado pela família de Menino). No início da obra cinematográfica Pacu afirma que irá contar a sua história e a de uma camisa ao vento. Trata-se da história de duas famílias vizinhas de terras, os Ferreiras e os Breves, que vivem um confronto secular por conta das suas propriedades. A família protagonista, os Breves é composta pelo pai, a mãe, e os dois filhos (o Menino e Tonho). Como o irmão mais velho fora assinado pelos Ferreiras, “era chegada a hora” de Tonho cumprir sua obrigação e vingar a morte do irmão.

O personagem do Menino seria a flor do sertão, o símbolo da resistência, a possibilidade de superação da tradição e é exatamente ele que assume a posição heroica de livrar o irmão de um destino infeliz. O filme entrega aos seus telespectadores, durante a execução das tarefas no sistema de processamento da cana, a seguinte frase “A gente é que nem os bois: roda, roda, e não sai do lugar”, o que evidencia a manutenção do *status quo* na vida dos personagens, com o ciclo da violência e da tradição. Fazendo um paralelo com o atual Sistema de Justiça Criminal, também se está diante da mecânica do aparato de moenda da cana, o sistema não sai do lugar, mantém-se, perpetuando o ódio, a tradição da vingança privada e se afastando dos atores envolvidos, num alheamento da realidade, que só faz aumentar a violência, em lugar de promover a cultura da paz. São estas reflexões, entre ficção e realidade, que proporcionarão o aprofundamento do conteúdo introduzido na seção resultados e discussões.

## Resultados e Discussão

A obra utilizada para ilustrar a concepção vingativa da pena reconta a história de uma briga por terras entre duas famílias que alcança um patamar, no qual tudo fica automático e inconsciente, não se questiona mais o porquê da prática dos assassinatos e destitui o ser humano do sentimento. “Foi assim que começou a briga. Pai disse que é olho por olho e de olho por olho todo mundo ficou cego”, afirma Pacu. (ABRIL despedaçado, 2001). Do mesmo modo, o sistema pautado na retribuição cega as pessoas, a falsa ideia de justiça atual e da prevenção de delitos acaba por aumentar a reincidência e a violência, como se retornasse ao direito antigo, no qual *o corpo do homem responde pela dívida, mas não a terra, uma vez que esta é inseparável da família*.

Conforme assevera Pallamolla (2009), a ideia de apenas retribuir o mal feito, sem qualquer interação ou benefício para comunidade ou infrator, aumenta o sofrimento presente no mundo. E para reduzir o desconforto do sistema por provocar dor, todo o processo é denominado de “justiça”, o que não retira seu caráter punitivista. Nesse mesmo sentido, Beccaria (2001) afirma que os países e os séculos, nos quais os suplícios mais graves foram efetuados, são também os que obtiveram os crimes mais horríveis. Isto permite dizer que a violência só gera violência, ela deixa marcas profundas, o que



pode ser visualizado em mais uma fala da Pacu: “A mãe pensa que mancha de sangue sai... mas não sai”.

Como se verifica, a aplicação de penas mais severas, pura e simplesmente, não previne os delitos e, como os bois da obra cinematográfica citada (“Tonho, os bois estão rodando sozinhos” – Pacu), não se sai do lugar e convive em um sistema, no qual se defende a pena para prevenção dos crimes e solução para a segurança pública, sem questionar as suas defasagens, inclusive o porquê do aumento da criminalidade. Pode-se assim dizer que, historicamente, a humanidade transforma o ódio em herança. Corroborando essa afirmação, Beccaria (p. 87, 2001) discorre que à medida que os suplícios se tornam mais cruéis, a alma também endurece, influenciada pelo espetáculo renovado da barbárie, pois “a gente se habitua aos suplícios horríveis”.

Os personagens do filme analisado também se habituaram a barbárie, alguns nem sabiam explicar os assassinatos contínuos nas duas famílias, apenas tinham em mente que haviam nascido com uma obrigação e que, no momento oportuno, tinham que cumprir, além disso, estavam tão imersos naquele conflito eterno que esqueciam a figura da criança, o que pode ser constatado em “Qual é o teu nome?” – pergunta um dos andarilhos. “Menino” – responde Pacu. (ABRIL despedaçado, 2001). Nesse diapasão, a noção de vingança estava introduzida de tal forma na vida daquelas famílias, que o ser humano era anulado no processo, a criança da história não tinha nome, a própria família o chamava de “Menino”.

O modelo de justiça retributiva, de resquícios da esfera da vingança privada, também anula o ser humano no processo de gerenciamento dos conflitos, conseqüentemente, a vítima é esquecida e o destaque é ofertado ao transgressor da norma penal, mas um destaque voltado a lhe demonstrar toda a força do poder punitivo estatal, com um método de tratamento de litígios que não proporciona a compreensão do dano causado. Avançando para o término do filme, o personagem Menino (Pacu) coloca a faixa preta, símbolo da ameaça de morte pela outra família, que era do seu irmão, para que fosse assassinado em seu lugar.

Durante o trajeto para a morte, ele pensa no mar: “No mar, ninguém morria e tinha lugar para todo mundo. No mar, eles viviam tão felizes, mas tão felizes, que não conseguiam parar de dar risada”. (ABRIL despedaçado, 2001). Isto porque no mar o ciclo da violência estaria cessado, compatibiliza com estágios de construção de uma cultura da paz. Além disso, ao final do filme, após a morte do seu irmão, o personagem Tonho se vê diante de dois caminhos na estrada e escolhe pela primeira vez o caminho para o mar.

Pode-se afirmar que os dois caminhos representavam as duas opções de Tonho, vingar a morte accidental do irmão mais novo ou encerrar a tradição da vingança e caminhar para o perdão. Essa opção pelo abandono da vingança simbolizada pelo caminho para o mar e a integração proporcionada nessa segunda escolha, narrada como o local da felicidade, leva a crer na nova ótica sobre o conflito, onde não existe desproporção de forças na relação, pois to-

das as partes envolvidas são empoderadas.

A escolha empreendida por Tonho é a escolha que a sociedade necessita efetuar, caminhar para a lógica retributiva, com resquícios do castigo e da vingança priva, e que não leva para lugar algum, ou caminhar para a visão do conflito como algo positivo e para a pacificação social, diante dos espaços de necessidade de construção de formas mais céleres e efetivas de justiça, onde a Justiça Restaurativa se encaixaria perfeitamente. Nesse sentido, o Poder Judiciário, com a incorporação das resoluções do Conselho Nacional de Justiça, tem atuado no sentido de promover meios eficazes para as práticas restaurativas, a fim de superar a falência do sistema de justiça criminal.

Nessa linha de intelecção, a Justiça Restaurativa inicia seus trabalhos voltando a sua atenção para os conflitos que permitem a composição dos danos, como os conflitos de menor potencial ofensivo, uma vez que é pautada no respeito, no diálogo e na voluntariedade. Não é a sua proposta uma adesão obrigatória, pois a intenção é a ruptura do efeito excludente e do alheamento do sistema punitivo para a promoção da cultura da paz. Conforme o artigo primeiro da Declaração da ONU sobre uma Cultura de Paz, 1999, a cultura da paz é baseada no respeito à vida, no fim da violência e na promoção e prática da não-violência por meio da educação, do diálogo e da cooperação, no pleno respeito e na promoção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais; no compromisso com a solução pacífica dos conflitos; na adesão aos princípios de justiça, democracia, tolerância, solidariedade, cooperação, entre outros fatores.

Tendo esses fundamentos da cultura da paz como referência, especialmente da solução pacífica dos conflitos, a Resolução nº125/2010 dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e estabelece prazo para a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Núcleos), coordenados por magistrados. Ao seu lado, a Resolução nº 225/2016 define a Justiça Restaurativa 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 orienta a boa execução da política pública de implantação dos seus mecanismos.

Importa ressaltar que segundo Pallamolla (2008), o modelo de justiça restaurativa não possui estrutura rígida e não detém um conceito fechado, e é responsável por enfatizar o dano sofrido pela vítima e as necessidades dele decorrentes, a responsabilização do ofensor para que repare o dano, o empoderamento das partes envolvidas e, sempre que possível, a reparação das relações afetadas pelo delito, visando reduzir a imposição de penas (principalmente a privativa de liberdade), com a introdução de práticas restaurativas como a mediação, as conferências de família e os círculos restaurativos, com ênfase no diálogo entre as partes, entre estas e a comunidade.

Ainda conforme a autora (2008), a justiça restaurativa não deve substi-

tuir o processo penal e a pena, mas atuar de forma complementar, de modo a diminuir o número de casos encaminhados ao sistema punitivo, reduzir a aplicação de sanções punitivas e, acima de tudo, de forma a incrementar o acesso à justiça com qualidade, contudo deve possuir certa autonomia em relação ao sistema criminal, pois a sua lente é diferente. E por falar em lente, nas lições de Zehr (2008), o processo penal, valendo-se da lente retributiva, não consegue atender a muitas das necessidades da vítima e do ofensor, fracassando na sua intenção de responsabilizar os ofensores e coibir o crime, enquanto a lente da Justiça Restaurativa entende o crime como uma violação de pessoas e relacionamentos, que invoca a obrigação de corrigir os erros, através do envolvimento da vítima, do ofensor e da comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança.

Consequentemente, para Zehr (2008), não só ofensores respondem pelos seus atos, como também a sociedade, que deve responder às vítimas, ajudando a identificar e atender suas necessidades, deve atender às necessidades dos ofensores, buscando não apenas restaurar, mas transformar, tudo isso em um sistema de responsabilização multidimensional e transformadora. Por esse viés de responsabilização, Tourinho (2017) defende a utilização de métodos restaurativos aos crimes culposos, tendo em vista que se direcionam à reparação do dano causado pela prática do ilícito negligente, cumprindo, ao mesmo tempo, as funções de intensificação do dever de cuidado e de prevenção geral positiva, levando em consideração a consciência comunitária dos benefícios que aqueles instrumentos de restauração podem oportunizar.

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça - CNJ (2019), a Justiça Restaurativa teve início, no Brasil, oficialmente, no ano de 2005, com três projetos-piloto implantados no Estado de São Paulo, no Estado do Rio Grande do Sul e no Distrito Federal, a partir de uma parceria entre os Poderes Judiciários dessas localidades e a então Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Na pesquisa para o mapeamento dos Programas de Justiça Restaurativa, efetuada pelo CNJ (2019), dos 31 tribunais que responderam aos questionários enviados pelo CNJ, somente três responderam não possuir nenhum tipo de iniciativa sobre Justiça Restaurativa, sendo eles: TJRR, TRF-2ª e TRF-5ª. Portanto, 25 Tribunais de Justiça, 96% do total de respondentes, e três Tribunais Regionais Federais, 60% dos existentes, possuem algum tipo de iniciativa em Justiça Restaurativa.

Em relação à regulamentação das iniciativas em Justiça Restaurativa, 21 tribunais, 75% daqueles que afirmam realizá-las, possuem algum tipo de normatização. Considerando os tribunais que possuem algum tipo de regulamentação aplicada à Justiça Restaurativa, contabilizou-se um total de 36 iniciativas regulamentadas, sendo quatorze por resolução, sete por portaria, onze por instrumentos legais diversos e em quatro a regulamentação se dá por meio do planejamento estratégico. A responsabilidade pela coordenação cabe ao Poder Judiciário em 93,1% dos casos, podendo ser tanto de forma individual ou de

forma compartilhada com outras instituições. Entre os tribunais com iniciativas em Justiça Restaurativa, 88,6%, consideram que essas práticas contribuem para o fortalecimento do trabalho em rede de promoção e garantia de direitos e 9,1% entendem que não há algum tipo de contribuição. (CNJ, 2019).

Dentre as 39 iniciativas em que há fortalecimento da rede proteção, 75% delas ocorrem na temática da criança e do adolescente; 48% na área de violência contra a mulher; e 27% em outras redes de proteção, tais como sistema penitenciário, justiça criminal, ambiente escolar, dentre outros. Quanto às áreas de aplicação das práticas restaurativas, percebe-se uma grande diversidade, destacando-se a aplicação em questões envolvendo atos infracionais, conflitos escolares, infrações criminais leves e médias, violência doméstica, bem como, o uso preventivo da Justiça Restaurativa. Ressalta-se, ainda, que a Justiça Restaurativa é menos frequente em campos criminais de maior gravidade, sendo que 22,7% dos programas atendem a questões de tráfico de drogas, 15,9% a crimes graves e gravíssimos e 11,3% a crimes sexuais. (CNJ, 2019).

Ainda conforme o CNJ (2019), um obstáculo a otimização da Justiça Restaurativa deve ser mencionado, isto é, a grande maioria dos programas, projetos ou ações em Justiça Restaurativa não possuem corpo funcional com dedicação exclusiva ou espaço exclusivo para a realização de suas práticas, tendo de usar, na maioria das vezes, espaços de outros setores, como os CEJUSCs, ou mesmo externos ao Poder Judiciário. Mesmo em face dessa conjuntura, as práticas restaurativas têm resistido a desumanização do processo penal, pois caminham lado a lado com as previsões do núcleo fundamental da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tais como a cidadania ativa, independente e consciente, a participação social e democrática, os direitos humanos fundamentais, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a cooperação. Desse modo, afirma Bester (2013) que, à vista dos documentos da ONU a respeito, derivado dos pactos e tratados internacionais ratificados pelo Brasil, a Justiça Restaurativa acaba sendo também princípio constitucional implícito, sendo total a sua compatibilidade jurídica com a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional vigente no País.

## Considerações Finais

Importa destacar quanto às considerações sobre a concepção vingativa da pena, não se nega nesta pesquisa a existência de uma justiça nas comunidades, anterior ao pacto social, pautada em valores não violentos, apenas foi contextualizada a existência histórica da vingança privada para o entendimento dos seus resquícios no atual Sistema de Justiça Criminal. Esclarecida a questão metodológica, parte-se para a visualização de um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro: a dignidade da pessoa humana.

Assim, nesse ordenamento jurídico de proteção da pessoa humana, o Estado deve proporcionar condições necessárias para que as pessoas possam desenvolver o seu potencial. A Justiça Restaurativa se apresenta como uma

dessas condições para o desenvolvimento de potencialidades, pois propõe uma solução mais humana dos litígios criminais, nas conformidades do Estado Democrático de Direito, reestruturando a lógica de convivência para a construção de uma sociedade mais justa, igualitária e pacífica, a partir da consolidação dos direitos humanos na tutela penal e do entendimento das parcelas de culpa existentes na sociedade.

Portanto, a Justiça Restaurativa aparece como uma nova proposta de justiça, filosofia e cultura ao permitir a participação democrática de todos os atores envolvidos no trauma social, ao abarcar a complexidade da sociedade atual, aproximando o povo do processo de realização da Justiça, colocando fim a lógica exclusiva e dominante para consolidar uma pena construtiva para o futuro, garantidora dos direitos humanos, restituidora do sentimento e do pertencimento, com vistas ao fortalecimento da cultura da paz.

## Referências

ABRIL despedaçado. Direção: **Walter Salles**. Produção: Arthur Cohn. Suíça, França, Brasil: Buena Vista Internacional, Miramax, 2001, 1 DVD (105 min.), son., color.

ACHUTTI, Daniel; PALLAMOLLA, Raffaella. Justiça Criminal e Justiça Restaurativa: possibilidades de ruptura com a lógica burocrática-retribucionista. **Revista Sistema Penal e Violência**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 75-87, janeiro-junho 2014. <http://dx.doi.org/10.15448/2177-6784.2014.1.16958>

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**: São Paulo: Martin Claret, 2001.

BESTER, Gisela Maria. Cultura de paz, justiça restaurativa e humanismo com vistas ao resgate psíquico da vítima e ao não encarceramento: ainda uma ode à busca da paz social com dignidade - cuidando do antes para evitar o durante e o depois tradicionais. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa/Portugal, ano 2, nº 7, páginas 6375-6433, março de 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª Ed. Malheiros Editores, 2007.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Mapeamento dos Programas de Justiça Restaurativa**. Brasília, Poder Judiciário, 2019.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1241>>. Acesso em 25 out. de 2016.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 225, de 12 de julho de 2016**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1241>>. Acesso em 25 out. de 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves De; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil 1**. São Paulo: Atlas S.A, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. Editora Impetus, 16ª Ed. Rio de Janeiro. 2014.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. (2015). **Reincidência criminal no Brasil**. Relatório final de atividades da pesquisa sobre reincidência criminal, conforme Acordo de Cooperação Técnica entre o Conselho Nacional de Justiça e o IPEA. Brasília, Ipea.

ONU. **Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz**. 1999. Disponível em: < <http://www.comitepaz.org.br/download/Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20uma%20Cultura%20de%20Paz%20-%20ONU.pdf>>. Acesso em 18.07.2019.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **A justiça restaurativa da teoria à prática**: relações com o sistema de justiça criminal e implementação no Brasil. 2008. 17 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. (Monografias, 52).

TOURINHO, Luciano de Oliveira Souza. **Justiça Restaurativa e Crimes Culposos**: Contributo à Construção de um Novo Paradigma Jurídico-Penal no Estado Constitucional de Direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes, um novo foco sobre o crime e a Justiça Restaurativa**. Ed. Palas Athenas. 2008.

# A INSURGÊNCIA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA CONTRA O PALIATIVO - “POPULISMO PENAL” - APLICADO A VIOLÊNCIA DE GÊNERO

**Jéssica Melo Martins**

Graduanda em Direito pela Universidade do Estado da Bahia

**Nieda Machado da Silva**

Graduanda em Direito pela Universidade do Estado da Bahia

## **Resumo:**

O respectivo artigo analisa a resolução dos conflitos da violência de gênero por meio da justiça restaurativa em harmonia com a lei, frente ao atual sistema penal da justiça retributiva, que ao agir só, desconsidera a amplitude e complexidade da violência de gênero que transcende a mera esfera do direito positivado. Busca nessa seara refletir criticamente o uso dos meios alternativos à resolução dos conflitos domésticos, que vislumbra ir além da ressocialização do ofensor, mas reestabelecer o núcleo familiar e recuperar a vítima, ademais debruçar sobre as informações pesquisadas, no intuito de confrontá-las e inferir os reflexos do paliativo dado aos conflitos, oriundos da violência doméstica, administrados majoritariamente pelo “populismo punitivo”. Para tal iniciativa houve a revisão bibliográfica sobre o modelo da justiça restaurativa, a exemplo o método da constelação familiar representado pelo seu precursor no cenário nacional brasileiro o Ilmo. Dr. Juiz de Direito do estado da Bahia Sami Storch, aluno do Pai da constelação familiar, o psicoterapeuta alemão Bert Hellinger, como também a avaliação dos dados veiculados pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ e o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP, pertinentes a violência de gênero, a análise da eficácia da Lei Maria da Penha, e dos tratados e convenções celebrados pelo Brasil, e por fim, um breve apanhado conceitual da Criminologia. Nessa propositura (resultados e discussões), os estudos acima confrontados constatam a eficácia do método da justiça restaurativa na resolução dos conflitos de violência doméstica, por transcender a esfera da punição ao agressor e possibilitar restaurar a vítima e sua família, ao lhe retirar do polo passivo do conflito – vitimização.

**Palavras-chave:** Violência de gênero; Populismo penal; Justiça restaurativa.

## Introdução - a natureza da violência de gênero

Nos primórdios das civilizações a característica biológica preponderou sobre a psíquica, o macho por possuir força motriz superior ao da fêmea destacou no provimento do lar, enquanto esta condicionou aos tratos domésticos e proteção das crias. Com o tempo estes conceitos aparentemente presos a uma época perpassaram as gerações, e deram base a comportamentos patriarcais de submissão da mulher. No entanto, as características para subsistência do homem “evoluíram”, e o intelecto, transposto centenas de anos, se tornou a nova força motriz. O homem moderno, intelectual, é um ser ressignificador do mundo, que cria periodicamente algo inédito, e neste campo não há diferença entre o macho e a fêmea.

Todavia, apesar da era pós-moderna ou denominada era da globalização, ser traçada pela tecnologia, desenvolvimento em massa, e equiparação ao que tange a capacidade intelectual dos sexos, as mulheres em sua maioria, continuam submissas, “protetoras” do lar e de seus afazeres domésticos, limitadas ao ambiente privado e vítimas de constantes abusos e violências. O que era uma simbiose natural vinculada à sobrevivência da espécie, tornou-se cultural, transcendeu a seara histórica, social, psicológica e perdura por gerações.

Nesta atmosfera surge o direito penal, preocupado em punir os sujeitos ativos das subversões, por meio de um dos mais temidos meios, a privação da liberdade, todavia cabe lembrar que o Direito Penal caminha lado a lado com as eras adaptando seus instrumentos de punibilidade aos anseios destas, nesta linha, privar a liberdade é o modelo mais novo vigente, condizente com o jovem estilo social do Séc. XXI. Com isso, no quadro das infrações penais mais punidas com a privação da liberdade, está a violência de gênero, sustida em uma respeitável legislação: a Lei 11.340/06, popular Lei Maria da Penha, na qual, apesar de prever meios tangentes, prepondera o encarceramento do ofensor.

Nesses termos, Howard Zehr, o primeiro norte americano a criar um programa de reconciliação entre vítimas e infratores dos Estados Unidos da América, mundialmente reconhecido como o pioneiro da Justiça Restaurativa, conceitua as duas lentes com as quais é possível olhar o crime - Com a lente da Justiça Retributiva: O crime é uma violação contra o estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa. A justiça determina a culpa e inflige dor no contexto de uma disputa entre ofensor e estado, regida por regras sistemáticas. E na ótica Restaurativa: O crime é uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir os erros. A justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança.

Com isto, no aspecto da Justiça Retributiva o ofendido não possui espaço para reparar os danos gerados à vítima e se conscientizar das consequências causadas a mesma, nesse destino, não se envolve no processo, ao encontro do que propõe a ótica Restaurativa, e aparece como mera parte a



espera da pena que o sistema lhe imporá, impossibilitando sua participação e contribuição na reparação da perda gerada a ofendida.

Além destes infortúnios supracitados ao sistema retributivo, é de suma acuidade relembrar o modelo na qual são elaboradas as leis brasileiras, mediante uma bancada legislativa majoritariamente masculina, na qual sobressaem os interesses patriarcais, ainda que alguns destes anseiem ao contrário. Isto reflete diretamente nas pautas abordadas, nos meios utilizados e na atenção dirigida á causa, que por óbvio é uma causa de gênero. Nesta propositura cabe inferir: como destinar aos homens a elaboração de normas que incidirão sobre a violência causada pelos mesmos?! De fato, é uma situação embaraçosa, que vai de encontro à luta pela igualdade e representatividade das mulheres sobre suas próprias demandas.

Destarte, a discussão levantada por este trabalho reflete a ineficácia da atuação do direito penal no trato com a violência de gênero, que não mais comporta um olhar simplista, como o feito até então. A perpetuação da submissão feminina trouxe à superfície uma gama de complexidades que o direito penal não é capaz de resolver por si só, levando-o a ministrar paliativos, e isso se deve à natureza dos conflitos domésticos e familiares que, antes de serem conflitos de direito, são essencialmente psicológicos e relacionais<sup>3</sup>.

### **Postulações: favoráveis e contrárias à adoção das práticas restaurativas**

De encontro ao afirmado por minorias do movimento feminista, os métodos da justiça restaurativa não torna branda a atuação estatal sobre a violência de gênero, ao contrário, fomenta o investimento no cumprimento da legislação existente e a criação de meios anexos que tornarão as medidas propostas eficazes, além de desafogar o sistema penal, que segundo o cadastro no BNMP (Banco Nacional de Monitoramento das Prisões) do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) no ano de 2018 contabilizou 602.217 pessoas cadastradas como privadas de liberdade tal qual 95% são homens e 5% mulheres, estando entre os tipos penais mais recorrentes a incursão na Lei Maria da Penha, com 0,96% dos casos.

Ainda que alarmante o cenário do encarceramento brasileiro, considerando suas enfermidades, uma das maiores conquistas na conjuntura nacional ao que tange a proteção penal foi a criação da Lei Maria da Penha ou Lei 11.340/06 que surge em virtude das recomendações internacionais feitas ao governo brasileiro em face de negligência com o caso de Maria Da Penha Maia Fernandes, cearense, vítima de reiteradas violências por parte de seu esposo à época, que mesmo levado a consecutivos julgamentos permaneceu mais de 20 anos sem o cumprimento da execução penal. Recorrendo a instâncias alternativas, visto a inércia do judiciário brasileiro, Maria da Penha teve seu caso finalmente elucidado, e graças a isto, abriu os olhos do mundo para o número alarmante de violências de gênero recorrentes no Brasil, dando en-

sejo à criação de uma das mais bem elaboradas legislações vigentes no país, a Lei 11.340/06.

Nestas circunstâncias, algumas correntes feministas temem o retrocesso, ora imaginado, ao adotar a justiça restaurativa como único meio para trabalhar os casos de violência de gênero. Veem este método como um declínio aos ganhos tidos pela Lei 11.340/06, amenizando ao agressor suas responsabilidades, base para “incentivar” o seu destemor, retirar o medo de ser prezo, incutir a impunidade, repetir e aumentar os casos das agressões.

Tais argumentos, entre tantos outros, postulados por determinados seguimentos sociais, dado o devido valor às preocupações ora apresentadas, e com o respeito à causa defendida por ambos, destoam completamente dos objetivos e resultados da justiça restaurativa, que como já fundamentado, não prevê neste contexto, o regresso das medidas punitivas, emergencialmente necessárias, ainda que não totalmente resolutivas, mas sim, destina-la aos casos excepcionais, quando esgotada as possibilidades da justiça restaurativa, ou mesmo aos casos de grave risco a ofendida. O que deve nuclearmente ser compreendido é a busca pela resolução do conflito existente e não ministrar ao mesmo um paliativo, que destina a outros campos, a exemplo do carcerário, mais demandas. A violência contra a mulher jamais deve ser tratada sem rigidez, todavia rigidez não é sinônimo de encarceramento.

## **Dois lados da mesma família: vítima e vitimizador**

Ora entendida como um apêndice da criminologia, ora como um ramo autônomo, a vitimologia tem por objeto o estudo da vítima em seus diversos aspectos, como bem assevera Eduardo Mayr (1990, p. 18): *Vitimologia é o estudo da vítima no que se refere à sua personalidade, quer do ponto de vista biológico, psicológico e social, quer o de sua proteção social e jurídica, bem como dos meios de vitimização, sua inter-relação com o vitimizador e aspectos interdisciplinares e comparativos.*

Nesta propositura: vítima vem do latim *victimia* e *victus*, que significa vencido, cominado, refere-se a animal oferecido em sacrifício aos deuses no paganismo, ou sacrificado, morto, abatido, ferido, por outro. Posteriormente, o conceito de vítima foi sendo ampliado, para caracterizar todo ser humano que é prejudicado de alguma forma.

Por fim:

Desde a Escola Clássica impulsionada por BECCARIA e FEUERBACH à Escola Eclética de IMPALOMENI e ALIMENA, passando antes pela Escola Positiva de LOMBROSO e GAROFALO, o Direito Penal praticamente teve como meta a tríade delito-delinquente-pena. O outro componente do contexto criminal, a vítima, jamais foi levado em consideração. Isto apenas passou a ocorrer quando outras ciências, e principalmente a Criminologia, tiveram que vir em auxílio do direito penal para análise aprofundada do crime, do criminoso e da pena. (MOLINA; LIRA, 1974; INGENIE-

É assertivo pontuar, nesta oportunidade, a relevância do conceito de vítima e de vitimologia, de certo ultrapassado, quando confrontado com os termos da justiça restaurativa, que não vê a mulher como inerte e passiva, e sim autora de sua história e agente capaz de sobressair à violência sofrida.

Nesse diapasão, Vera Pereira de Andrade brilhantemente enuncia:

Até que ponto é um avanço para as lutas feministas a reprodução da imagem social da mulher como vítima, eternamente merecedora de proteção masculina, seja do homem ou do Estado? (...) ou, em outras palavras, de que adianta correr dos braços violentos do homem (seja marido, chefe ou estranhos) para cair nos braços do Estado, institucionalizado no sistema penal, se nesta corrida do controle social informal ao controle formal, as fêmeas reencontram a mesma resposta discriminatória em outra linguagem?

Por outro lado, para reparar a infração penal decorrente da violência de gênero, o Estado cria outra, deveras mais difícil de sanar, a criminalização do vitimizador. Tal colocação é diagnosticada com base em pesquisas que detectam o perfil carcerário dos agressores de violência doméstica, e nesta propositura há o estudo realizado no município da região central do estado do Paraná na qual constatou com base em autos de prisão em flagrante registrados no período de implantação da Lei Maria da Penha que 70,8% dos agressores detidos não possuíam registros policiais anteriores, e 29,2% apresentavam fichas de outras passagens junto aos serviços de polícia. Destes, 60,5% eram reincidentes em violência doméstica, e os 35,5% em demais tipos penais.<sup>5</sup> Neste cenário é notório, em boa parte dos casos, a inexistência de antecedentes criminais predominando como único delito a violência doméstica.

Com isso, o ofensor preso preventivamente, ou vindo a ser condenado, ocupará a cela com detentos incursos nos mais distintos tipos penais, dentre eles presos de alta periculosidade social. A criminologia nessa seara muito discorre, elucidando os danos que o meio carcerário gera ao indivíduo e o mito estatal criado em torno da ressocialização. O estado nesse viés “livra” a vítima do convívio com o ofensor e “sana” a questão superficialmente, aplicando o paliativo da restrição da liberdade. O encarcerado que por vezes desconhecia o mundo do crime, passa a ter total ambientação com este na “escola prisional” ou “escola do crime”, e sairá além de agressor de mulheres, pois não houve ressocialização, dotado de plurais conhecimentos do mundo do crime.

Com isso, a violência de gênero sofrida pela vítima enseja diretamente outra violência, agora estabelecida pelo Estado sobre o ofensor, e nesta discussão bem ressalta a renomada filósofa Marilena Chauí, em seu conceito sobre violência, desenvolvido já na década de 80: violência corresponde a uma ação que transforma diferenças em desigualdades hierárquicas com o fim de dominar, explorar e oprimir.

## A cultura da paz

O ordenamento jurídico brasileiro adota três métodos alternativos para solução consensual de conflitos, sendo eles: a conciliação, a mediação e a arbitragem, e estimula expressamente o uso de outros, para alcançar os paradigmas propostos pelo novo Código de Processo Civil, que visa à celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional. Ainda nesta linha, a Lei nº 9.099/95 ou Lei dos Juizados Especiais prevê a composição civil dos danos, aos crimes de menor potencial ofensivo, para evitar a instauração de uma ação penal.

Além dos métodos mencionados acima, há muitos outros dos quais a justiça restaurativa se vale em busca da resolução pacífica dos conflitos, entre estes está a constelação familiar que integra o Direito Sistêmico, termo este cravado por Juiz de Direito do Estado da Bahia Sami Storch.

A constelação familiar sistêmica, como assevera Sami Storch, primordialmente utilizada como método terapêutico pelo alemão Bert Hellinger que a partir das constelações familiares desenvolveu uma ciência dos relacionamentos humanos, ao descobrir algumas ordens (leis sistêmicas) que regem as relações. Essa ciência foi batizada com o nome de Hellinger Sciencia, o conhecimento destas leis conduz a uma nova visão a respeito do direito e de como as leis podem ser elaboradas e aplicadas de modo a trazerem paz às relações, liberando do conflito as pessoas envolvidas e facilitando uma solução harmônica.

Com isso aplicar o método da constelação familiar nos casos de violência de gênero gera soluções pontuais, e propaga a cultura da paz. A justiça restaurativa nesse sentido insurge contra o “paliativo” penal e busca não estancar o problema momentâneo, porém conhecer as reais causas e só assim agir.

Nas palavras de Bert Hellinger: *Os relacionamentos tendem a ser orientados em direção a ordens ocultas. [...] O uso desse método faz emergir novas possibilidades de entender o contexto dos conflitos e trazer soluções que causam alívio a todos os envolvidos.*

Nessa seara, as pesquisas levantadas por Sami Storch veem demonstrando a efetividade do método, empregado em vários tipos penais, e em mais de 90% destes o êxito de reconciliação familiar é contemplado.

Assim aduz Sami Storch: *Nas entrevistas, houve diversos relatos emocionantes dando conta da melhora das relações familiares dos participantes, inclusive alguns casos em que o casal voltou a viver junto, e de modo mais feliz.*

## Considerações finais

Enfrentar a violência de gênero é um compromisso não só estatal, mas de todo o conjunto social. E para tal é necessário a compreensão do núcleo familiar, ambiente em que prepondera as agressões a mulher. Este é composto por alguns sujeitos, em destaque, o marido e a mulher. O sistema penal e criminal denomina os respectivos indivíduos como sujeito ativo e sujeito passivo da relação, instituindo sobre ambos a desigualdade sobre suas ações.

O presente trabalho desenvolveu-se na perspectiva de abandonar este-

reótipos como este, na qual reforçam a incapacidade da mulher de sobressair de um ambiente que a subjugam como passiva. E abordar uma nova forma de tratar este tema, não apenas teoricamente, mas aplicando-o na prática, por meio da justiça restaurativa.

Esta não esgota as possibilidades da resolução dos conflitos de gênero, mas vai além do olhar superficial da justiça penal, e não vitimiza a mulher ou denigre o ofensor. Ambos são agentes ativos na relação e como tal possuem responsabilidades sobre os acontecimentos de suas vidas, em grande parte inconscientemente, e que carecem ter conhecimento.

Bem afirma Bert Hellinger: O crime envolve violações que precisam ser sanadas. Essas violações representam as quatro dimensões básicas do mal cometido: à vítima; aos relacionamentos interpessoais; ao ofensor; à comunidade.

Nessa conjuntura, infere-se que a resposta estatal padrão é rudimentar e ineficaz, portanto, é deveras emergente inserir práticas restaurativas que insurjam contra tamanha problemática e destine ao sistema penal a função subsidiária, para casos excepcionais.

## Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. In: **Revista Sequência** n°35, Curso de Pós Graduação em Direito – UFSC, Florianópolis, 1997. Disponível em: Acesso em 10 de Junho de 2015.

BANCO NACIONAL DE MONITORAMENTO DE PRISÕES – **BNMP 2.0**: Cadastro Nacional de Presos, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, agosto de 2018.

CHAUI, Marilena. Participando do debate sobre mulher e violência. In: **Perspectivas antropológicas da mulher**. Rio de Janeiro: Zahar, 1985. p. 33.

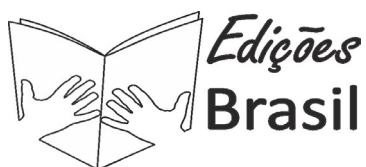
GIONGO, Renata Cristina Pontalti. **Justiça restaurativa e violência doméstica conjugal: aspectos da resolução do conflito através da mediação penal**. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) — Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

MADUREIRA AB, Raimondo ML, Ferraz MIR, Marcovicz GV, Labronici LM, Mantovani MF. **Homens autores de violência contra mulheres detidos**. Artigo - Escola Anna Nery Revista de Enfermagem 18(4) Out-Dez 2014.

MAYR, Eduardo; PIEDADE, Heitor et al. **Vitimologia em debate**. São Paulo: RT, 1990. p.18.

ZEHR, Howard. **Trocando aslentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça / Howard Zehr; tradução de Tônia Van Acker. -- São Paulo: Palas Athena, 2008. Pág. 170.

Apoio Cultural:



[www.edicoesbrasil.com.br](http://www.edicoesbrasil.com.br)  
[contato@edicoesbrasil.com.br](mailto:contato@edicoesbrasil.com.br)



EDITORA FIBRA

[www.editorafibra.com.br](http://www.editorafibra.com.br)  
[contato@editorafibra.com.br](mailto:contato@editorafibra.com.br)



Contato: [cnunes.adv@uol.com.br](mailto:cnunes.adv@uol.com.br)  
[@edbrasilica](https://www.instagram.com/edbrasilica)



**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS  
VOLUME 1**

**IV CONGRESSO  
INTERNACIONAL DE DIREITOS  
HUMANOS DE COIMBRA  
uma visão transdisciplinar**

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)



Série Simpósios do IV CIDHCoimbra 2019

ISBN 978-65-86051-03-2



9 1786586 1051032