

Abril 2019

REVISTA

DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Edição nº 23 – 2019

Ana Laura Weber

Angelita Maria Maders

Betina Heike Krause Saraiva

Bruna Zanandréa Nesello

Bruno Pugialli Cerejo

Charlene Côrtes dos Santos

Domingos Barroso da Costa

Fernanda Koch Carlan

Fernando Gonçalves Dias

João Batista Oliveira de Moura

Letícia Souza Mello

Luiza Griesang Cabistani

Coord. Editorial
Mariana Py Muniz Cappellari



REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA

do Rio Grande do Sul



**Porto Alegre/RS
2019**

ISSN 2177-8116

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul [*online*] /
Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 10, V.23
(jan/abr.2019). – Porto Alegre: DPE, 2019 –

Quadrimestral.

Modo de Acesso: <<http://www.dpe.rs.gov.br>>

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.

ISSN 2177-8116

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO

Cristiano Vieira Heerdt

CORREGEDORA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Adriana Hervé Chaves Barcellos

SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Liseane Hartmann

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Tiago Rodrigo dos Santos

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Antonio Flávio de Oliveira

COORDENADORA DA REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA

Mariana Py Muniz Cappellari

CONSELHO EDITORIAL

Angelita Maria Maders
Cristiane Achilles Guedes
Juliano Viali dos Santos
João Batista Oliveira de Moura
Jorge Luís Terra da Silva
Mariana Py Muniz Cappellari
Paulo Cezar Carbonari
Sandra Beatriz Morais da Silveira
Vanessa Chiari Gonçalves

EQUIPE TÉCNICA

(Execução, revisão e distribuição)

Morgana dos Santos Becker
Thiago Silveira de Oliveira
Virgínia Feix

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Rua Sete de Setembro, 666 – Centro Histórico
CEP 90010-100 – Porto Alegre/RS
Tel. 51 3211-2233
www.dpe.rs.gov.br/site/revista_eletronica.php

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
DOS PROCESSOS DE EMPOBRECIMENTO DO DISCURSO JURÍDICO NO BRASIL <i>Domingos Barros da Costa</i>	13
SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL E O DESAFIO DA DEMOCRATIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES POLICIAIS <i>Fernanda Koch Carlan</i>	26
A VIOLÊNCIA POLICIAL SOB A PERSPECTIVA DA SELETIVIDADE PENAL: OS AGENTES POLICIAIS SÃO IMUNES/IMPUNES? <i>Fernando Gonçalves Dias</i>	44
ESTADO PENAL MÁXIMO E TOLERÂNCIA ZERO AO CRIME COMO MEIOS DE APLICAÇÃO DE JUSTIÇA SOCIAL: PARA QUÊ (M)? <i>Betina Heike Krause Saraiva</i>	65
A DESPROPORCIONALIDADE CAUTELAR: O PROCESSO PENAL SUMÁRIO E A CONDENAÇÃO CRIMINAL IMEDIATA COMO OPÇÃO BENÉFICA AO RÉU PRESO PREVENTIVAMENTE <i>Bruno Pugialli Cerejo</i>	79
AS IMPLICAÇÕES DOS LAÇOS FAMILIARES NA FORMAÇÃO DAS IDENTIDADES: UM ESTUDO ACERCA DE SUA (IN)OBSERVÂNCIA NA JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL <i>Ana Laura Weber e Angelita Maria Maders</i>	94
CAPACITISMO E LUGAR DE FALA: REPENSANDO BARREIRAS ATITUDINAIS <i>Letícia Souza Mello e Luiza Griesang Cabistani</i>	118
BREVES REFLEXÕES SOBRE A CONFORMAÇÃO DA CURATELA E DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA A PARTIR DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA <i>Charlene Côrtes dos Santos</i>	140
A INDÚSTRIA 4.0 E A MODERNIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO <i>Bruna Zanandréa Nesello</i>	163
PUBLICAÇÕES INSTITUCIONAIS	
O STALKING E A PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO NA VIOLÊNCIA DE GÊNERO FEMININO <i>João Batista Oliveira de Moura</i>	181

APRESENTAÇÃO

A presente edição da REVISTA DA DEFENSORIA reúne 10 artigos em diferentes áreas do Direito e da Sociologia Jurídica. O viés comum e coerente à nossa linha editorial é o olhar crítico para aplicação do Direito a partir dos sujeitos destinatários da norma, bem como sua implicação para a conformação de relações jurídicas mais ou menos justas ou desiguais. E, em consequência, de maior ou menor violência, exclusão e desigualdade social.

O primeiro texto dá o tom. Em **DOS PROCESSOS DE EMPOBRECIMENTO DO DISCURSO JURÍDICO NO BRASIL**, **Domingos Barroso da Costa**, com base em pesquisa bibliográfica, aponta o desrespeito à Constituição e a submissão de legisladores e aplicadores do direito a uma opinião pública falseada para cobrir interesses privados que flutuam segundo os humores do mercado. O autor sustenta ser este um grave obstáculo à organização das funções que compõem o circuito de enunciação do direito e à construção de um *nós minimal*, de uma comunidade minimamente coesa.

Abordando a perspectiva da seletividade penal e sua implicação nas políticas de segurança pública, apresentamos três artigos.

Fernanda Koch Carlan, em **SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL E O DESAFIO DA DEMOCRATIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES POLICIAIS**, analisa os alarmantes dados sobre letalidade policial voltada para a população pobre, negra e jovem, e pretende demonstrar que há relação entre a condução das políticas de segurança pública e a necessária democratização das Polícias brasileiras, apontando para a necessidade de políticas públicas voltadas para o cidadão como ferramenta para esta transformação.

No artigo **A VIOLÊNCIA POLICIAL SOB A PERSPECTIVA DA SELETIVIDADE PENAL: OS AGENTES POLICIAIS SÃO IMUNES/IMPUNES?** **Fernando Gonçalves Dias** confronta a teoria da seletividade penal considerando a conduta dos agentes policiais que resultam na morte de suspeitos, quando no exercício da função, e se esses são imunes ao poder judiciário. Isto é, se há negligência por parte do Estado em apurar as mortes e responsabilizar os autores, se há condenação ou se prospera a impunidade.

O texto **ESTADO PENAL MÁXIMO E TOLERÂNCIA ZERO AO CRIME COMO MEIOS DE APLICAÇÃO DE JUSTIÇA SOCIAL: PARA QUÊ (M)?** de **Betina Heike Krause** Saraiva sugere que a tolerância zero transforma-se mais em uma forma de criminalizar a miséria e legitimar um Estado policialesco e punitivo do que efetivamente garantir a diminuição da criminalidade. Entende a autora que o criminoso não teme as consequências da pena e que a sensação de impunidade que ostenta é maior que o suposto temor da sanção penal.

Ainda na ceara da criminologia, **Bruno Cerejo**, em **A DESPROPORCIONALIDADE CAUTELAR: O PROCESSO PENAL SUMÁRIO E A CONDENAÇÃO CRIMINAL IMEDIATA COMO OPÇÃO BENÉFICA AO RÉU PRESO PREVENTIVAMENTE**, discute o exercício do poder punitivo estatal e da prisão de natureza cautelar à luz da análise racionalista de fundamentos do estado democrático de direito. O autor questiona a admissibilidade da imposição de prisão antes de transitada em julgado sentença penal condenatória sem observar o princípio da proporcionalidade, ainda que se atenha ao disposto no direito positivo.

Já na área Cível, mas ainda na perspectiva do olhar contextualizado e especificado do sujeito de direitos, das suas características e necessidades individuais, apresentamos outros três estudos. O primeiro visando à garantia dos direitos da criança e do adolescente e os seguintes da pessoa com deficiência. Vejamos.

A partir de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, as autoras **Ana Laura Weber** e **Angelita Maria Maders**, no artigo **AS IMPLICAÇÕES DOS LAÇOS FAMILIARES NA FORMAÇÃO DAS IDENTIDADES: UM ESTUDO ACERCA DE SUA (IN)OBSERVÂNCIA NA JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL**, concluem que os laços afetivos e os consanguíneos são observados nas decisões jurisprudenciais brasileiras. O estudo dá ênfase para o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que a partir de estudos sociais sobre os vínculos familiares demonstra o reconhecimento da importância destes para a construção da identidade, beneficiando o maior interessado no resultado das ações de família, qual seja a criança ou adolescente.

Atentas à importância de mudança cultural para viabilização dos direitos

das pessoas com deficiência, **Letícia Souza Mello e Luiza Griesang Cabistani** em **CAPACITISMO E LUGAR DE FALA: REPENSANDO BARREIRAS ATITUDINAIS** apresentam o tema da deficiência e suas diferentes compreensões ao longo da história até chegar ao atual arcabouço legal nacional e internacional. As autoras demonstram que a partir do modelo social são identificadas barreiras que potencializam a existência do capacitismo, preconceito que classifica os sujeitos conforme a adequação de seus corpos a um ideal de capacidade funcional, propondo estratégia educacional para enfrentar a exclusão das pessoas com deficiência.

Charlene Côrtes dos Santos, em **BREVES REFLEXÕES SOBRE A CONFORMAÇÃO DA CURATELA E DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA A PARTIR DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**, alerta para internalização da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, e para incorporação de uma nova concepção da pessoa com deficiência alicerçada no modelo social. Segundo demonstra, o Estatuto promove a autodeterminação e reconhece a autonomia da pessoa com deficiência, atribuindo-lhe capacidade civil plena, conferindo nova conformação à curatela e introduzindo o instituto da Tomada de Decisão Apoiada no ordenamento jurídico brasileiro.

Numa guinada temática apresentamos outra discussão relevante e necessária. Em **A INDÚSTRIA 4.0 E A MODERNIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO**, **Bruna Zanandréa Nesello** trata de analisar as relações entre a chamada Quarta Revolução Industrial e as alterações promovidas pela Lei n.º 13.467/2017, popularmente conhecida como Reforma Trabalhista, acenando para os desafios do mundo do trabalho frente à revolução tecnológica e as novas configurações da sociedade.

Ao finalizar apresentamos, em sessão introduzida nesta edição, própria para publicações acadêmicas dos membros da Defensoria, artigo de **João Batista Oliveira de Moura**, também integrante de nosso Conselho Editorial: **O STALKING E A PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO NA VIOLÊNCIA DE GÊNERO FEMININO**.

Conceituando e analisando o *Stalking*, como forma de agressão consistente em invasão de privacidade através de diversos mecanismos de perseguição, o autor busca compreender, no âmbito do Direito Português, se

sua tipificação penal densificou a proteção do bem jurídico tutelado, especialmente em relação ao gênero feminino, ou se somente produziu efeitos simbólicos.

Boa leitura a todos(as).

Mariana Muniz Cappellari
Coordenadora da Revista

DOS PROCESSOS DE EMPOBRECIMENTO DO DISCURSO JURÍDICO NO BRASIL

Domingos Barroso da Costa*

RESUMO: O presente estudo objetiva abordar como se constrói e expressa o discurso jurídico no Brasil atual, nos âmbitos da criação, interpretação e aplicação do direito. Para tanto, a partir de pesquisa bibliográfica centralizada na obra “Petit traité de la bêtise contemporaine” (2012), de Marília Amorim, procuramos demonstrar como o desprezo a referências estáveis para organização das funções que compõem o circuito de enunciação do direito é corrosivo para a construção de um *nós minimal*. À guisa de conclusão, apontamos como o desrespeito à Constituição e a submissão de legisladores e aplicadores do direito a uma opinião pública falseada para cobrir interesses privados que flutuam segundo os humores do mercado representa grave obstáculo à construção de uma comunidade minimamente coesa.

PALAVRAS-CHAVE: Discurso. Enunciação. Direito. Constituição. *Nós minimal*.

SUMÁRIO: 1 Introdução: delimitação do percurso e escolha do mapa adequado aos objetivos da caminhada. 2 Desenvolvimento: em marcha – uma visita ao quarteirão da justiça, com inspeção do estado de conservação das vias e estruturas por onde circula o direito. 3 Considerações finais: ainda pode o direito circular pelas estruturas e vias que constituem o espaço da justiça? 4 Referências.

1 INTRODUÇÃO: DELIMITAÇÃO DO PERCURSO E ESCOLHA DO MAPA ADEQUADO AOS OBJETIVOS DA CAMINHADA

Em seu interessantíssimo “Petit traité de la bêtise contemporaine²” (2012), a Professora Marília Amorim nos presenteia com um passeio reflexivo sobre as implicações da palavra e do discurso na constituição do que é humano. No percurso por ela proposto, orientada por vozes como as de Bakhtin e Benveniste, a autora trata dos modos como as dinâmicas de circulação da palavra entre nós, sujeitos

¹*Graduado em Direito pela UFMG; Especialista em Direito Público e Criminologia; Mestre em Psicologia; Defensor Público no Rio Grande do Sul; Psicanalista em formação pelo CEPdePA/Serra. Endereço eletrônico: dobarcos@hotmail.com

²Em tradução livre do autor, *Pequeno tratado sobre o emburrecimento contemporâneo*.

falantes, nos processos de construção do discurso, podem nos emburrecer ou tornar-nos mais inteligentes.

Aliás, conforme bem demonstra a autora com marcado bom humor e fina ironia, o emburrecimento generalizado pelo solapamento do distanciamento crítico entre os interlocutores ou entre estes e seu objeto de fala é um dos efeitos dos discursos contemporâneos, em que se observa uma desconexão da palavra em relação à memória e sua aderência a um presente contínuo que se estende em rede. Como consequência, assiste-se à desresponsabilização daquele que faz uso da palavra de seu compromisso primeiro, enquanto ser falante, com uma dimensão de alteridade que o transcende, com a preservação e a construção do laço que sustenta uma coletividade e que é condição de sua singularidade. Referimo-nos a um *nós minimal* (2012, p. 34), de onde pode emergir o indivíduo que fala a outro(s) de um objeto comum.

Pois bem. Feito esse breve apanhado introdutório do “Petit traité”, cumpre destacar que, por este texto que se inicia, propomo-nos a aplicar algumas das reflexões ali propostas na análise das dinâmicas que atualmente constituem o discurso jurídico no Brasil. Ou seja, pretendemos fazer falarem, no direito brasileiro, dele nos apropriando enquanto *objeto cultural*³, as vozes de Marília Amorim, Bakhtin, Benveniste, Dany-Robert Dufour e tantos outros que participam ativamente do diálogo entabulado no pequeno – mas agudo – tratado que ora adotamos como guia para esta nova caminhada.

2 DESENVOLVIMENTO: EM MARCHA – UMA VISITA AO QUARTEIRÃO DA JUSTIÇA, COM INSPEÇÃO DO ESTADO DE CONSERVAÇÃO DAS VIAS E ESTRUTURAS POR ONDE CIRCULA O DIREITO

Destacamos, de início, que o discurso jurídico talvez seja um dos *locus* em que melhor se pode divisar a *estrutura trinitária da enunciação* proposta por Benveniste⁴, enquanto forma enunciativa fundamental, em que um *eu* fala a um *tu* a propósito de um *Ele* (2012, p. 26). Afinal, não há dúvidas de que o discurso jurídico sempre envolverá a alteridade de partes – *eu* e *tu* – interessadas em questões sobre as

³Como se verá adiante, com Marília Amorim, consideramos objeto cultural aquele capaz de expressar o universo cultural do qual emergiu, veiculando sentidos partilhados em seu contexto.

⁴Retomada por Marília Amorim (2012) e também por Dany-Robert Dufour em diversas de suas obras, com destaque para “O divino mercado: a revolução cultural liberal” (2008), “Os mistérios da trindade” (2000) e “A cidade perversa: liberalismo e pornografia” (2013).

quais terão de dialogar a partir de uma mesma linguagem e reportando a uma mesma matriz reguladora, um mesmo contexto normativo – *Ele* – que se faz representado por uma autoridade que intervirá neste processo que se desenvolve em contraditório.

Sobre o caráter fundamental – e ordinário – da estrutura trinitária de enunciação elaborada por Benveniste (em que um *eu* fala a um *tu* a propósito de um *Ele*), afirma Marília Amorim:

Vous n'avez pas l'air de vous douter, cher lecteur, qu'avec cette petite définition évidente, nous sommes au coeur de la science linguistique de l'énonciation. Émile Benveniste (1974) nous enseigne que cette forme énonciative constitue la base des rapports à partir de laquelle il est possible de parler et qui consiste en un double système relationnel : le rapport intersubjectif entre *moi* et *toi* et le rapport que nous établissons avec le monde et ce dont on parle, qui s'exprime entre *moi-toi* et *lui*. (2012, p. 26)⁵.

E prossegue a autora:

Entre toi et moi, du simple fait de se parler s'instaure un rapport de reconnaissance réciproque où nos différences sont invitées à s'exprimer. Chaque fois que je parle, ma singularité se montre et offre ainsi à la tienne une place où s'exprimer. Sur cette base se créent, du même coup, le sujet parlant dans sa singularité et le lien social car, entre toi et moi, le *nous* minimal de l'humanité commune s'affirme. Aussi, entre toi-moi et lui, se tisse et se retisse notre rapport à un monde commun à travers l'objet que nous nous donnons pour en parler. Des rapports de connaissance quant à ce qu'on se dit et à ce qu'on se raconte : la vérité et le mensonge, le transmissible et l'inoubliable. (2012, p. 26)⁶.

É, então, possível avançarmos um pouco mais para dizer que, por se sustentar nessa estrutura de enunciação trinitária que bem representa a base instituinte do laço social, o discurso jurídico provavelmente é um dos mais sensíveis à alteração das dinâmicas de circulação da palavra de que trata Marília Amorim. E, por assim ser, talvez seja um dos mais afetados pelos processos de emburrecimento contemporâneo – que é o que aqui sustentamos.

⁵ Em tradução livre do autor:

“Você não parece duvidar, caro leitor, que com essa pequena definição evidente, nós estamos no cerne da ciência linguística da enunciação. Émile Benveniste (1974) nos ensina que esta forma enunciativa constitui a base das relações a partir da qual é possível falar e que consiste em um duplo sistema relacional: a relação intersubjetiva entre *eu* e *tu* e a relação que nós estabelecemos com o mundo e aquilo do que se fala, que se exprime entre *eu-tu* e *ele*.”

⁶ Em tradução livre do autor:

“Entre tu e eu, o simples fato de falar instaura uma relação de reconhecimento recíproco em que nossas diferenças são convidadas a se expressar. Cada vez que eu falo, minha singularidade se mostra e, assim, oferece à sua um lugar onde se expressar. Sobre essa base se criam, a um só tempo, o sujeito falante em sua singularidade e o laço social pois, entre tu e eu, o *nós* minimal da humanidade comum se afirma. Também, entre tu-eu e ele, se tece e retece nossa relação em um mundo comum através dos objetos que nós nos damos para dele falar. As relações de conhecimento quanto ao que se diz e se conta: a verdade e a mentira, o transmissível e o inesquecível.”

Na tentativa de demonstrar nossa hipótese, tentaremos aplicar ao discurso jurídico corrente algumas das análises desenvolvidas pela autora em seu pequeno tratado ao abordar as dinâmicas que vêm conduzindo à disseminação de discursos emburrecedores – ou, no mínimo, que pouco concorrem para tornar-nos mais inteligentes.

Nesse sentido, cabe a nós, primeiramente, nos apropriarmos do Direito – e do direito – enquanto *objeto cultural*, entendido aqui, nas pegadas deixadas por Marília Amorim, como aquele impregnado de memória e por meio do qual falamos muitas vozes (2012, p. 58). Referimo-nos a vozes que ecoam no tempo e no espaço compartilhando uma história comum e assim tecendo os laços capazes de conectar as gerações a partir de fios sutis que permitem o encontro do *eu* e do *tu* para se reconhecerem e se diferenciarem ao tratarem de um mesmo *Ele*, justamente o ponto nodal a partir do qual podem se estabelecer a singularidade (a diferença, portanto) e a igualdade.

Par objet culturel, je designe donc l'objet dont la fonction est de renvoyer à la culture elle-même. Cet objet en forme de boucle est créé et non pas donné en tant que tel, trait qui est commun avec tous les objets créés ou détournés par l'homme, mais celui-ci a une particularité : celle de mettre en évidence la culture et l'univers symbolique qui le rendent possible. D'où son fonctionnement en boucle. Chaque fois qu'un objet quelconque est mis en position de faire parler la culture qui le rend possible, il devient un objet culturel. (...)”. (2012, p. 55-56).

O *objeto cultural*, portanto, é aquele capaz de expressar o *trabalho de cultura*, motor da evolução humana medida pelos esforços investidos no sentido de assegurar a possibilidade de *vivermos juntos* (*eu* e *tu* comungando de um *Ele* sobre o qual podemos falar), na superação – e sublimação – dos impulsos destrutivos (ZALTZMAN, 1999, p. 245) que, não simbolizados, se colocam como ameaça ao processo civilizatório sob a forma de barbárie. E, ao entendermos pela necessidade de tomarmos o Direito – e o direito – como *objeto cultural*, partimos do pressuposto de que por ele se expressa e a partir dele se constrói um *saber narrativo*, comprometido com o ininterrupto trabalho de construção e reconstrução do sujeito e do laço social, como bem destaca Marília Amorim, enquanto ouve a voz de Lyotard:

⁷ Em tradução livre do autor:

“Por objeto cultural, eu designo então o objeto cuja função é de reenviar à cultura mesma. Esse objeto em forma de laço é criado e não dado enquanto tal, traço que é comum a todos os objetos criados ou alterados pelo homem, mas o objeto cultural, especificamente, tem uma particularidade: a de colocar em evidência a cultura e o universo simbólico que o faz possível. Daí seu funcionamento em laço. Cada vez que um objeto qualquer é posto em posição de fazer falar a cultura que o faz possível, ele se torna um objeto cultural.”

Autrement dit, le savoir narrative a affaire à la question du *Je* et du *Nous*. La formule de Lyotard (1983) est, à ce titre, lumineuse : le *Nous* est le seul lieu possible d'où il est possible de *raconter*. Je déduis de cette formule que, sans un *Tu* et un *Il* par rapport auxquels mon histoire puisse faire sens, je serais condamnée au silence⁸. (2012, p. 91).

A esta altura do debate, oportuno repetir: o Direito é, sem dúvida, um dos principais pilares de sustentação do *Nós* a que se refere Lyotard (*apud* AMORIM, 2012), na medida em que constitui as bases em que podem coexistir as liberdades narrativas do *eu* e do *tu*, diferentes, mas iguais em humanidade e, logo, na necessidade de construir histórias que deem sentido a seu mundo⁹. Daí ser imperativo diagnosticarmos em quais pontos o atingem as dinâmicas discursivas de emburrecimento contemporâneo, o que fazemos partindo das reflexões de Marília Amorim.

Posto isso, nos arriscamos a dizer que um dos golpes que vêm sendo impostos ao direito brasileiro o atinge justamente na autoridade que deveria expressar, a qual haveria de extrair sua força especialmente da coerência – não contradição – entre as formas e sentidos que poderiam assegurar unidade ao ordenamento. Concluímos, então, que a compulsão legiferante eleitoreira vem cuidando de corroer a autoridade e a legitimidade do direito brasileiro, na medida em que por ela se dá o progressivo afastamento da atividade de elaboração normativa das referências que deveriam orientá-la – marcadamente, os limites e horizontes postos pela Constituição.

Como causa dessa *nomorreia*¹⁰ desenfreada, que segue transformando o ordenamento em um emaranhado disforme, destacamos o descompromisso do legislador com os limites e aberturas constitucionais, voltado que está à sedução de seu eleitorado. Dedicando-se à sedução, está ciente o nosso legislador – em todas

⁸ Em tradução livre do autor:

“Dito de outro modo, o saber narrativo tem a ver com a questão do *Eu* e do *Nós*. A fórmula de Lyotard (1983) é, sobre isso, esclarecedora: o *Nós* é o único lugar possível de onde é possível *narrar*. Eu deduzo dessa fórmula que, sem um *Tu* e um *Ele* em relação aos quais minha narrativa possa fazer sentido, eu seria condenada ao silêncio.”

⁹ “Ainda não se descobriu outra forma de existência humana a não ser a compartilhada com outros seres humanos; e tal compartilhamento não se faz possível se não sob a mediação de alguma Lei que se mostre suficientemente capaz de possibilitar essa coexistência. Ou seja, uma Lei que distancie e aproxime, diferencie e iguale ao ponto de possibilitar a consciência da alteridade, capaz de impedir que um excesso de proximidade e igualdade converta o outro em objeto apropriável para consumo, passível de ser narcisicamente devorado; ou que um excesso de distanciamento e diferença o torne alienígena, dessemelhante ao ponto de poder ser reificado, posto à mercê de uma vontade alheia.” (COSTA, 2013, p. 111).

¹⁰ Designativo que tomamos emprestado de Francesco Carrara, que dele se valeu em seu “As misérias do processo penal.” (2008).

as esferas – de que o discurso a ser empregado não é o da memória coletiva, impregnado de responsabilidades intergeracionais e compromissos de coerência que o fazem pesado aos volúveis ouvidos pós-modernos. Infelizmente, nosso legislador, (pre)ocupado em desenvolver estratégias para se manter no poder, foi rápido em perceber que o caminho mais curto para o alcance de seus objetivos práticos passa necessariamente por sua adesão aos discursos que, por algum qualquer interesse, as grandes empresas de comunicação cuidam de assumir e trabalhar de modo a convertê-los em opinião pública – mascarando o fato de que se tratam de meros interesses publicados.

Nessas dinâmicas, bem se percebe o amalgamento dos lugares de fala que sustentam a já tratada estrutura fundamental de enunciação, o que tem por consequência a quebra do distanciamento que permite, ao mesmo tempo, igualar e diferenciar o *eu* e o *tu* que falam e refletem sobre um *Ele* comum, que, juridicamente, se materializa e expressa pela Constituição. Da abstração à realidade, movidas por interesses que flutuam segundo os humores do mercado¹¹ – sem qualquer compromisso, portanto, com a memória coletiva ou a coerência –, temos que as grandes empresas de comunicação criam um *ele*¹² *prêt-à-porter* que impõem como *opinião pública* (embora não passe de opinião publicada, como dito), de modo a seduzir e obter a fácil adesão de seu grande público (as massas) e, via reflexa, a partir de cálculos pragmáticos, dos próprios legisladores os quais, aderindo e se apropriando da *opinião pública* forjada pela mídia, seduzem mediatamente (e midiaticamente) as massas. Fecha-se, assim, um círculo em que o maior beneficiado é o mercado, cujos interesses flutuantes são disseminados pela grande mídia ao criar um *ele* capaz de fundir o *eu* e o *tu*, ora representados pelo legislador e as massas.

Observamos, a partir dessas dinâmicas¹³, que se perde a referência estável de um *Ele* não flutuante e transcendente em relação aos interlocutores – que deveria, no discurso jurídico, ser assegurada primeiramente pela Constituição –, com a qual haveria de ter compromisso o *eu* que o representa – o legislador¹⁴ – e o enuncia ao

¹¹ Afinal, sabemos que o mercado, enquanto candidato a grande sujeito (DUFOUR, 2008), foi personalizado ao ponto de ter desejos e humores...

¹² Que ora propositalmente grafamos com inicial minúscula, justamente por não portar ou expressar qualquer compromisso com a viabilização do laço social desde um lugar transcendente.

¹³ Mantidos os lugares de fala acima estabelecidos, pelos quais tentamos representar uma das formas em que se estrutura a enunciação no discurso jurídico.

¹⁴ Que, no sistema proposto, poderia ser substituído pelo Judiciário e, mesmo, pelo Ministério Público.

tu – os cidadãos que deveriam se igualar perante as leis e nelas encontrar referencial seguro para a construção de uma identidade coletiva. Trata-se do que entendemos como estrutura ideal de enunciação constitutiva do discurso jurídico, observando, na prática, conforme já exposto, uma fusão de lugares de fala em que o compromisso com a memória comum instituinte do laço social dá lugar ao discurso de sedução fundado em *trapaças retóricas* (AMORIM, 2012, p. 27), pelas quais as formas circulam livres de conteúdo a fim de fazer com que o *tu* entenda como seu o discurso que lhe dirige o *eu*, com o que a ele adere sem resistência crítica, colocando-se ambos a serviço de um *ele* grosseiramente falseado pela magia mediática e segundo as flutuações dos desejos do mercado.

Daí se poder afirmar, em bom português falado no Brasil, que nosso legislador – e outras autoridades que falam ao *tu* em nome do *ele* – *joga para a torcida*. Dentre essas outras autoridades a que nos referimos, certamente destacamos a servidão voluntária de muitos que julgam e acusam – e até mesmo de muitos que defendem – a esse *ele* cujos interesses vêm dando a tônica de uma atuação descompromissada com os limites postos pela norma – que haveria de ser fonte de estabilidade e segurança, a base de um *Ele* capaz de igualar e diferenciar o *eu* e o *tu* em suas interações, sustentando o laço social.

Noutras palavras, especialmente no campo do direito brasileiro, os limites historicamente constituídos no curso da marcha civilizatória e normativamente postos enquanto necessários para bem delimitar os lugares ocupados na estrutura trinitária da enunciação que está na base de qualquer construção cultural vêm sendo abertamente desconsiderados, de modo que o exercício do poder termina por se perverter em arbítrio, o exercício da autoridade, em práticas autoritárias. Afinal, conforme antecipado, quando esses limites são violados por quem deveria resguardá-los, tem-se um *eu* que já não se reporta ou diz de um *Ele* organizador, mas discursa e age por um *ele* incapaz de unificar justamente por servir a interesses privados – não transcendentais – de uns poucos grupos em detrimento da coletividade, do bem comum. E o pior: investidos de sua autoridade, esses agentes terminam por conferir a suas práticas autoritárias uma aparência de legitimidade, o que se comprova por diversos acontecimentos que constituem nossa história recente, em que o sistema de justiça penal muitas vezes parece seguir estratégias que, na exata medida em que se distanciam dos limites normativos postos pela

Constituição, mais se aproximam de atos que bem se assemelham a uma espécie de sequestro para fins de extorsão de verdades pré-fabricadas, produzidas segundo os interesses imediatos do *ele*¹⁵ em nome de quem fala o *eu* a um *tu*.

Temos, então, o estabelecimento de um *totalitarismo não autoritário*¹⁶, assim explicado por Marília Amorim:

Or, quand les places Je-Tu/Il ne se distinguent plus, ce sont les conditions linguistiques d'émergence du sujet et de la collectivité qui sont mises à mal. Je fais l'hypothèse que la fusion des places telle qu'on vient de l'analyser dans ces exemples apparemment anodins porte en elle une nouvelle forme de rapport de pouvoir. Je propose de désigner cette nouvelle forme de rapport de pouvoir comme *totalitaire non autoritaire*. Car, nous l'avons bien vu, l'autorité a disparu de la scène. Mais le totalitarisme est là puisque ma place d'interlocuteur a été usurpée et, avec elle, ma condition de sujet qui peut répondre, c'est-à-dire interpréter, critiquer, voire refuser¹⁷. (2012, p. 26-27).

Mas convém destacar que a sedução exercida pelo discurso encampado por nosso legislador e outras autoridades – e também pelas massas – não decorre só do fato de estar ele vinculado à ideia de maioria, astutamente comunicada pela noção de opinião pública de que se apropriou a grande mídia. A sedução exercida pelo discurso que hoje constitui o que correntemente se entende por direito no Brasil também está vinculada ao pragmatismo e à eficiência que comunica com sucesso aos incautos, tratando-se de ideias a partir das quais o referido discurso apela por uma legitimidade protética, arrancada da suposta adesão de uma maioria, no que termina por se afastar progressivamente do compromisso com a memória comum e da responsabilidade de preservar o trabalho permanente de construção e reconstrução do laço social – que exigiriam uma constante renovação do pacto com a Constituição, uma interpretação ativa de suas aberturas e limites significantes, um renovado respeito aos meios enquanto finalidade última de um Estado de Direito.

E um discurso que se liberta da responsabilidade quanto à sustentação de uma

¹⁵ Um *ele* que, diferentemente do *Ele*, se mostra deslizante, difuso, diáfano, não transcendente e não comprometido com a formação ou manutenção do laço social (qualquer semelhança com a atualmente tão cultuada *mão invisível* do mercado não se tratando de mera coincidência), ou seja, um *ele* não implicado com o bem comum ou o estabelecimento dos meios para sustentação de um *nós minimal*.

¹⁶ Ao menos para os que sucumbiram ao discurso emburrecedor corrente.

¹⁷ Em tradução livre do autor:

“Ora, quando os lugares Eu-Tu/Ele não se distinguem mais, são as condições linguísticas de emersão do sujeito e da coletividade que são prejudicadas. Eu sustento a hipótese que a fusão de lugares tal como acabamos de analisar nesses exemplos aparentemente inocentes porta nela uma nova forma de relação de poder. Eu proponho de designar esta nova forma de relação de poder como *totalitário não autoritário*. Pois, nós vimos bem que a autoridade desapareceu da cena. Mas o totalitarismo está lá tendo em vista que meu lugar de interlocutor foi usurpado e, com ele, minha condição de sujeito que pode responder, é dizer, interpretado, criticado, e mesmo recusado.”

coletividade – logo, dos esforços reflexivos que tal compromisso implica – torna-se um discurso leve, de fácil digestão, que, detido na simples repetição acrítica de técnicas aplicadas a formas vazias, libera o destinatário do enunciado¹⁸ de sua condição de coautor desse discurso (AMORIM, 2012, p. 106), responsável, portanto, pela construção de sentidos comuns que transcendam as significações articuladas e os interesses privados ali mobilizados¹⁹. Observamos, então, um discurso que desobriga os interlocutores de suas responsabilidades reflexivas, o qual, a um só tempo, investe e aposta na ausência de discernimento destes, então tomados como autômatos facilmente arrebanháveis a partir da manipulação livre dos sentidos das palavras (a pós-verdade) e de promessas de soluções simples para problemas complexos²⁰. Assim sendo, inevitável reconhecermos que estamos diante de um discurso emburrecedor, que escapa da angústia crítica para encontrar conforto na mediocridade generalizada, na louvação a uma ignorância satisfeita de si²¹.

Neste ponto de nossa caminhada, se ficamos em silêncio, podemos até ouvir a voz de Marília Amorim destacando que o discurso que nos torna inteligentes é aquele dotado de memórias e sentidos partilhados, calcado no diálogo responsável e comprometido com o trabalho de cultura (2012, p. 107), com o esforço que cabe a cada um e a todos no que diz respeito à construção de um mundo comum e, logo, ao estabelecimento das condições necessárias ao *viver juntos*.

¹⁸ Em última análise, percebemos que, no fluxo interacional da fala, os interlocutores terminam liberados de suas responsabilidades e compromissos quanto à construção de sentidos comuns em preservação ao laço social.

¹⁹ Daí podermos afirmar que o cidadão brasileiro, via de regra, não se apropria do direito que a Constituição e a lei lhe asseguram. Tem-no como algo dado, um presente concedido pelas elites que legislam e que, por assim ser, pode ser por elas retomado segundo o que melhor convenha no momento (COSTA; GODOY, 2014). Temos, então, uma explicação plausível para a passividade política que nos torna especialmente suscetíveis a golpes dos mais variados matizes: militar, parlamentar, judicial, midiático etc.

²⁰ Como se observa em relação à criminalidade, questão complexa e que, há mais de vinte anos, rende votos fáceis ao legislador, que ainda consegue se eleger a partir da propagação da ilusão de que o enrijecimento e ampliação das leis penais são medidas eficazes, por si sós, em assegurar o controle de tão grave problema. Estelionato legislativo que encontra vítimas bastante colaborativas, facilmente seduzidas por discursos punitivistas que se renovam a cada eleição.

²¹ E se trata de um discurso aprendido nas salas de aula dos cursos de Direito, que investem no conhecimento decorado, desmemoriado, de simples estocagem de informações, embalada por horas de animação em *Powerpoint* (AMORIM, 2012, ps. 93-95). Não à toa, no Brasil, já assistimos a acusações públicas/publicadas cujos fundamentos foram expostos de forma descomplicada com auxílio dos recursos do *Powerpoint* (para comprovar que não se trata de brincadeira – ou se trata? – vale conhecer ou relembrar o caso acessando o seguinte link: <https://revistagalileu.globo.com/blogs/buzz/noticia/2016/09/procurador-usa-power-point-para-lava-jato-e-internet-nao-perdoa.html>).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS: AINDA PODE O DIREITO CIRCULAR PELAS ESTRUTURAS E VIAS QUE CONSTITUEM O ESPAÇO DA JUSTIÇA?

Seguindo o roteiro traçado por Marília Amorim, a nossa visita de inspeção ao quartelão da Justiça no Brasil revelou vias e estruturas que, embora antiquíssimas, continuam sólidas o suficiente para suportar o sobrepeso de história, dos tantos sentidos que ali foram abandonados pelo direito contemporâneo. Em análise restrita, portanto, observamos que os problemas observados não são da Justiça, mas do direito, mais especificamente do discurso jurídico que ali circula, das autoridades que o dizem e seguem ignorando, deixando para trás, como se detritos fossem, rastros de memória coletiva e de responsabilidade na preservação dos sentidos comuns capazes de assegurar às gerações futuras as condições do *viver juntos*.

E, cada vez mais leve, mais atento às formas²² que ao conteúdo, esse discurso circula rápido, desorientado ao ponto de não poder servir de referência segura para os sujeitos que deveria enlaçar em comunidade. No final das contas, ao sabor dos interesses do mercado e assim perpetuando nosso *status* de colonizados (SUPIOT, 2014), verifica-se um discurso jurídico emburrecido e desenraizado que é cada vez mais empregado contra a Justiça²³, liberado que está de uma memória coletiva de sentidos construídos ao longo de séculos de trabalho de cultura, de lutas para que o ideal de uma comum humanidade se impusesse à barbárie.

Não é por acaso, portanto, que o cidadão brasileiro há muito tem de conviver com o sentimento de insegurança e anomia. Na medida em que a produção do discurso jurídico já não se dá pela diferenciação entre os lugares de fala da estrutura trinitária de enunciação – o que pressupõe autoridade e alteridade –, mas por sua fusão – enredada por trapaças retóricas de discursos de sedução –, ao invés de compromisso com a memória coletiva e responsabilidade em relação a sentidos comuns, observam-se promessas de soluções simples para questões complexas. Com isso, pretende-se comunicar a eficiência exigida pelo mercado e que, segundo

²² Por certo, quando criticamos essa redução do direito à forma, não nos referimos às formas necessárias e caras ao positivismo, por exemplo. Dizemos, sim, da forma vulgarizada em mera técnica de repetição, de produção de textos normativos desconectados de seu contexto, como se o direito pudesse ser elaborado em linhas de produção.

²³ No que reportamos a síntese elaborada por Dany-Robert Dufour, em correspondência pessoal, pela qual sustenta – em tradução livre – que “o Direito, e não somente no Brasil, é cada vez mais utilizado contra a justiça.”

a mídia, expressaria a vontade da maioria, o que podemos resumir num sofisma midiático pós-moderno, que assim expomos: a voz do povo é a voz de deus, logo, se o mercado é deus, a voz do mercado é a voz do povo – para a qual o legislador é todo ouvidos.

Porém, como estamos no registro do sofisma, da pós-verdade, estamos no registro da retórica vazia. Em nosso caso específico, como destacado, uma retórica da trapaça que anima discursos de sedução. Assim sendo, sabedores de que o objeto que seduz só o faz à distância, também sabemos que a magia veiculada pelos discursos jurídicos de pragmatismo e eficiência se desfaz ao mínimo contato com a realidade. Mas não o sabe a população induzida ao emburrecimento que, liberada da memória coletiva e das responsabilidades intergeracionais, dispensa-se de toda crítica que a faça deixar o presente, revisitar o passado e projetar um futuro comum, em exercício de reflexão que a levaria a perceber que soluções de papel não resolvem problemas reais.

Respondendo, então, à pergunta com a qual abrimos essas considerações finais, estamos certos de que o direito ainda pode circular pelas vias e estruturas da Justiça, ao menos enquanto o discurso que contemporaneamente o move não as corroer ao ponto de permitir que ali se instalem em definitivo as vias e estruturas do mercado. Mas os sinais de alerta estão acesos, indicando a necessidade premente de mudança de rumos. Afinal, como bem destaca Supiot, se a corrosão a que se refere chega a se consumir, com o mercado suprimindo as distâncias que separam seu espaço daquele reservado à Justiça, tem-se, então, que esta terá de se dobrar às suas regras, de modo que a elaboração, a interpretação e a aplicação das leis se tornarão atividades integradas ao comércio (2014, p. 83), deixando a dimensão da dignidade para se vulgarizar entre as coisas que têm valor de troca, fungíveis, às quais se pode atribuir um preço²⁴.

²⁴ O que reporta a já conhecida lição de Kant, assim expressa:

“No reino dos fins tudo tem ou bem um preço ou bem uma dignidade. O que tem preço, em seu lugar também se pode pôr outra coisa, enquanto equivalente; mas o que se eleva acima de todo preço, não permitindo, por conseguinte, qualquer equivalente, tem uma dignidade.

O que se relaciona com as inclinações e necessidades humanas em geral tem um preço de mercado; o que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é, um comprazimento com o mero jogo sem visar fins das forças de nosso ânimo, um preço afetivo; mas o que constitui a condição sob a qual apenas algo pode ser um fim em si não tem meramente um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor intrínseco, isto é, dignidade.” (1785/2009, p. 265).

4 REFERÊNCIAS

AMORIM, Marília. *Petit traité de la bêtise contemporaine*. Paris: Édition érès, 2012.

_____. *Raconter, démontrer, ... survivre: formes de savoir et de discours dans la culture contemporaine*. Paris: Éditions érès, 2007.

BAKHTIN, Mikhail Mikhailovitch. *Estética da criação verbal*. 6ª ed. São Paulo: Editora WMH, Martins Fontes, 2011.

_____. *Teoria do Romance I: a estilística*. São Paulo: Editora 34, 2015.

CARRARA, Francesco. *As misérias do processo penal*. Campinas: Bookseller, 2008.

COSTA, Domingos Barroso da. *Algumas considerações sobre sujeito, lei, culpa e processo civilizatório*. In: ROSÁRIO, Ângela Buciano do; MOREIRA, Jacqueline de Oliveira (org.). *Culpa e laço social: possibilidades e limites*. Barbacena: EdUEMG, 2013.

_____. *Proibido era mais gostoso: o desejo de ontem, o gozo de hoje e o tédio de amanhã*. Curitiba: Juruá, 2016.

COSTA, Domingos Barroso da; GODOY, Arion Escorsin de. *Educação em direitos e defensoria pública: cidadania, democracia e atuação nos processos de transformação política, social e subjetiva*. Curitiba: Juruá, 2014.

DUFOUR, Dany-Robert. *Os mistérios da trindade*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2000.

_____. *O divino mercado: a revolução cultural liberal*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.

_____. *A cidade perversa: liberalismo e pornografia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

_____. *Portrait du grand Sujet. Raisons politiques 2/2001* (no 2), p. 9-25. Disponível em: <<https://www.cairn.info/revue-raisons-politiques-2001-2-page-9.htm>> Acesso em: 05 mar 2016.

_____. *A arte de reduzir as cabeças: sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005.

KAKUTANI, Michiko. *A morte da verdade: notas sobre a mentira na era Trump*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 1785/2009.

LEBRUN, Jean-Pierre. **A perversão comum: viver juntos sem outro.** Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008a.

_____. **Um mundo sem limites: ensaio para uma clínica psicanalítica do social.** Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2004.

SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total.** Porto Alegre: Sulina, 2014.

ZALTZMAN, Nathalie. **Le garant transcendant.** In: ENRIQUEZ, Eugéne. *Le goût de l'altérité.* Paris: Desclée de Brouwer, 1999.

SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL E O DESAFIO DA DEMOCRATIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES POLICIAIS

Fernanda Koch Carlan¹

RESUMO: A partir de uma análise sobre Segurança Pública no Brasil, se propõe uma reflexão sobre seu papel na democratização das instituições policiais. Pretende-se demonstrar que a forma como vem sendo conduzida a questão da Segurança Pública aponta para dados alarmantes sobre letalidade policial voltada para a população pobre, negra e jovem. Realiza-se um estudo teórico a respeito do campo organizacional da segurança pública e como os últimos governos a receberam a partir da análise de políticas públicas de segurança mais voltadas para o cidadão. Traz-se ao debate a questão da legitimidade social que permeia a atividade policial, a fim de apontar para caminhos que possibilitem uma efetiva democratização das instituições policiais pautada na universalidade da segurança pública.

PALAVRAS-CHAVE: Segurança Pública no Brasil. Democratização das instituições policiais. Legitimidade social. Universalidade da Segurança Pública.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Panorama contemporâneo sobre segurança pública no Brasil. 3 O que significa democratizar as instituições policiais? 4 Considerações Finais. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O debate sobre a democratização da polícia há muito tempo tem sido realizado, haja vista que, mesmo com o marco democrático constitucional em 1988, as instituições de segurança pública permanecem estagnadas à sombra de uma transição democrática jamais efetivada. Nessa perspectiva, a insistência no debate existe em razão das consequências cruéis que essa ausência de mudança das

¹ Mestranda vinculada ao programa de pós-graduação em Direito e Sociedade da Universidade La Salle. Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogada inscrita na Ordem dos Advogados Brasileiros (OAB/RS) sob nº 106.786. Coordenadora do Grupo de Estudos em Direito e Criminologia da Escola Superior de Advocacia (ESA/OAB-RS). Integrante do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal (GPESC - PUCRS), coordenado pelo Prof. Dr. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo.

práticas de controle social e da ordem recepcionados pelo modelo de Segurança Pública adotado e efetivado pelas instituições policiais brasileiras caracteriza nos dias de hoje.

Somente no ano de 2016 ocorreram 61.283 mortes violentas no Brasil. Esses dados são ainda mais alarmantes tendo em vista que, deste total de mortes, 33.590 são de jovens, número que aumentou 7,4% em relação ao ano de 2015, é o que revela o Atlas da violência de 2018, que explicita, ainda, que 94,6% dos jovens são do sexo masculino. Em 76,2% do total das mortes registradas, as vítimas são pessoas negras. O Índice de Vulnerabilidade Juvenil à Violência, do ano de 2015, reforça que a probabilidade de um jovem negro ser vítima de homicídio no Brasil é 2,7 vezes maior que a de um jovem branco. (Atlas da violência, 2018)

Fundamental ao debate das violências reais sofridas por jovens negros - simbolicamente demonstradas em números que jamais dimensionarão o tamanho deste sofrimento - é o recorte de classe nesse contexto. A desigualdade social igualmente interfere na letalidade de determinada população que é pobre, negra e jovem.

Somando-se aos dados anteriores, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2017 divulgou que, do total das mortes violentas ocorridas no ano de 2016, 4.222 decorreram de intervenção policial. Reforça o cenário que remonta a forma como tem sido enfrentada a violência e criminalidade no Brasil o fato de a letalidade também decorrer em vitimização policial em números elevados. Tendo como base igualmente o ano de 2016, 453 policiais civis e militares foram vítimas de homicídio, número que aumentou 23,1% em relação ao ano de 2015. Em convergência aos dados apresentados, a vitimização policial tem raça, classe social e faixa etária também definidas.

Por oportuno, este artigo busca compreender a posição que vem sendo adotada pelo campo organizacional da segurança pública no Brasil e quais têm sido as políticas de segurança pública implementadas para fins de controle social da violência e criminalidade, bem como verificar como este cenário influencia/dialoga com a necessária democratização das instituições policiais.

Inicialmente, o estudo perpassa pela conceituação de Segurança Pública e pela forma como recepcionada constitucionalmente no Brasil. Nessa linha, percebe-se que a Constituição de 1988, ainda que tenha sido um marco democrático de conquistas e fortalecimento de direitos e garantias fundamentais de maneira

universal a todos os cidadãos, no que tange à segurança pública tal universalidade restou prejudicada.

Esta compreensão será desenvolvida ante um panorama a respeito das políticas de segurança pública adotadas que, mesmo em governos mais à esquerda com programas mais efetivos no olhar para segurança para todos os cidadãos, a exemplo das tentativas de diálogo entre polícia e comunidade, não efetivaram qualquer reforma nas instituições policiais e no modelo repressivo de atuação das mesmas para com determinada população.

Para tanto, as reformas estruturais nas instituições de segurança pública, a exemplo da necessária desmilitarização da polícia militar, ciclo completo de investigação e trabalho ostensivo e preventivo em ambas as polícias, unificação das polícias, efetivo controle externo da atividade policial, etc., são essenciais para a democratização dessas instituições.

Também se pretende demonstrar que a legitimidade social para com instituições e autoridades é essencial para que tais estruturas se tornem efetivamente democráticas, porquanto o diálogo constante com a sociedade reforça o consentimento social, a legalidade e valores compartilhados entre autoridades e indivíduos.

Soares (2015) aponta para uma cultura anti-democrática presente na sociedade brasileira, igualmente conceituada por Pinheiro (1991) como autoritarismo socialmente implantado, que remonta o autoritarismo na sociedade brasileira desde a colonização, encontrando seu auge no regime ditatorial, sem se perder nos dias de hoje, em razão da dificultosa transição democrática que não se concretizou em diversas esferas e que barra qualquer tentativa efetiva de universalização da pauta da Segurança Pública.

Conforme pesquisa empírica intitulada “Medo da Violência e Autoritarismo no Brasil” elaborada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública e realizada pelo instituto Datafolha, numa escala de zero a dez, é de 8,1 o índice de propensão a posições autoritárias pela sociedade brasileira. Nessa linha, a mudança estrutural para uma efetiva democratização das instituições policiais perpassa pela reforma nessas instituições e por uma mudança de paradigma na sociedade, que por vezes apoia a atuação policial sob o viés autoritário, o que demonstra que o autoritarismo subsiste para além de sua natureza institucional.

Ao mesmo tempo em que há uma demanda social autoritária e que a atuação policial reflete essa demanda (para além do autoritarismo histórico dessas instituições) se buscará evidenciar que a perda do monopólio estatal do uso legítimo da força em razão da ausência de controle pelo estado do aumento da violência e criminalidade, compreendem novas formas estabelecidas para lidar com essa demanda, fazendo com que as instituições policiais percam sua credibilidade social, o que dificulta a efetivação da democratização nessas instituições.

Diante da fórmula insustentável de controle social adotado pelo Estado, que já não possui o monopólio legítimo do uso da força, oportuna uma reflexão no âmbito da segurança pública sobre possibilidades de mudanças a partir do tema da governança democrática, que busca dialogar com diversas instituições e com a sociedade civil.

2 PANORAMA CONTEMPORÂNEO SOBRE SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL

Discorrer sobre Segurança Pública requer, inicialmente, compreender o seu conceito, que perpassa pelo campo empírico (ou seja, trata-se de um conceito pouco teórico e bastante fluido) da organização estrutural de instituições e relações sociais que se moldam de acordo com a forma com que o Estado administra ordem e conflitos sociais, conforme indicam Costa e Lima (2014). Tais organizações, resumidamente, atuam direta ou indiretamente no controle da ordem pública e prevenção de violências, não se confundindo, assim, com o sistema de justiça, bem como não se resumindo as organizações policiais.

Os autores supracitados sugerem uma análise de como as Constituições e a legislação brasileira recepcionaram o conceito de segurança pública a fim de compreender que formato ela assume no campo organizacional.

A expressão “segurança pública” foi inaugurada na Constituição de 1937 e sua garantia era de competência exclusiva da União. Tal termo foi utilizado na Constituição de 1937, sendo resgatado somente na atual Constituição de 1988, sendo que, em ambas, não houve definição do conceito de segurança pública.

Por outro lado, nas Constituições de 1934 e 1967, intitulou-se “segurança interna” a forma de controle da ordem, voltada, principalmente a defesa estatal. Também a lei 192 de 1936 regulamentou a competência da polícia militar vinculada às unidades da federação, ficando com a União o papel de supervisão e controle por

meio do Exército, o que foi revogado em 1967, embora a Constituição deste mesmo ano tenha mantido a questão da segurança interna vinculada a polícia militar.

Durante o período ditatorial (1964-1985) a questão da segurança estatal restou totalmente voltada para a “defesa nacional”, conceito utilizado na primeira constituição promulgada pelo regime militar, no ano de 1969, que evidenciou o interesse do Estado na manutenção da ordem política e social de forma autoritária pelas Forças Armadas. (Freire, 2009)

A partir do apanhado histórico aqui estabelecido, é perceptível que não houve recepção conceitual sobre aspectos da segurança pública num contexto de redemocratização. A Constituição Federal Brasileira prevê, em seu artigo 144, que é dever do Estado tratar das questões relacionadas à Segurança Pública “para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.”, elencando as diversas polícias e a competência, se dos Estados ou União, para gerilas.

Em havendo um conceito constitucional em “aberto” a respeito da segurança pública, a mesma restou fortemente vinculada a ideia de segurança interna/nacional do Estado voltado principalmente à manutenção de uma ordem pública inclinada a assegurar o interesse estatal e de determinada classe social, ausentando-se do compromisso com a pauta da universalidade da segurança pública - expressão utilizada por Soares (2015) - no campo prático das políticas de segurança pública.

No que se refere às políticas de segurança pública no período pós ditadura militar, Azevedo e Cifali (2017) num estudo sobre segurança pública, política criminal e punição no Brasil, referem que os primeiros governos democraticamente eleitos, a exemplo de São Paulo, com Franco Montoro, e Rio de Janeiro, governado por Leonel Brizola, objetivavam reduzir as violações aos direitos humanos e reformar as instituições policiais - que acentuaram seu aspecto autoritário na consolidação do regime ditatorial implantado no Brasil com a prática de tortura, execuções sumárias, etc. -, o que restou frustrado, principalmente no que se refere à reforma policial, haja vista que tais governos propuseram pautas reformistas pró direitos humanos num contexto de aumento de criminalidade (que para os autores está associado à crise econômica à época e a ausência de implementação de mecanismos de justiça de transição), o que oportunizou o argumento, tanto dos opositores aos governos quanto de parte significativa da opinião pública, de que a defesa dos direitos humanos acarretou no crescimento da criminalidade no Brasil.

O contexto do populismo punitivo gerado pela crise de insegurança tem refletido no Brasil, assim como em diversos países da América Latina, numa crise mais ampla que resultou na politização da questão da segurança pública, onde se desloca respostas e ações dos setores administrativos e de atores especialistas em políticas de segurança pública e justiça criminal, passando-se a exigí-las dos atores estatais, principalmente dos governos estaduais, responsáveis pelas políticas de segurança pública e justiça criminal, quais sejam, polícias, poder judiciário e sistema penitenciário.

Muito em razão do aumento da criminalidade, o governo federal, na segunda metade da década de 1990, passa a assumir um protagonismo maior no âmbito da segurança pública, evidenciado, principalmente, com a criação da Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), cujo objetivo é o assessoramento ao Ministro da Justiça na estruturação das políticas de segurança pública, bem como acompanhamento das atividades das instituições responsáveis pela segurança pública. Um dos principais objetivos da SENASP fora, principalmente, a articulação entre as unidades federativas (união, estados e municípios) para com as políticas de segurança pública, momento em que se pensou a criação do Sistema Único de Segurança Pública (SUSP).

A criação da SENASP impulsionou novos paradigmas de políticas de segurança pública, elaboradas e efetivadas principalmente nos Planos Nacionais de Segurança Pública dos governos Lula (2003-2010) e Dilma (2011-2016), inicialmente coordenados por Luiz Eduardo Soares e, posteriormente, por José Vicente Tavares dos Santos, pesquisadores e especialistas em Segurança Pública, que atentaram as pautas para reformas estruturais das instituições policiais, realização de ações preventivas e participação social.

Posteriormente, o lançamento do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI) pelo então Ministro da Justiça Tarso Genro no ano de 2007 foi o projeto que melhor abarcou os objetivos do Governo Federal à época com o tema da Segurança Pública, unindo cidadania, prevenção e repressão de conflitos sociais numa articulação inédita entre União, Estados e Municípios. Objetivando medidas de alteração estrutural, o programa se divide em quatro eixos: formação e valorização dos agentes do sistema de segurança pública (a exemplo do incentivo econômico da Bolsa Formação, que oferece cursos sobre Segurança Pública pela Rede Nacional de Altos Estudos em Segurança Pública (Renaesp); a reestruturação

do sistema penitenciário; o combate à corrupção policial e, por fim, o envolvimento da comunidade na prevenção da violência (Azevedo; Cifali, 2017).

A criação de programas a nível local (Municipal), a exemplo do Território de Paz, Mulheres da Paz e Programas de Justiça Comunitária são exemplos de políticas de segurança pública que se efetivaram junto ao PRONASCI, geridas pelos Gabinetes de Gestão Integrada Municipais (GGIMs), que tinham o apoio de especialistas na área para a concretização dos programas.

Também as Unidades de Polícia Pacificadora (UPP's) do Rio de Janeiro se originaram das iniciativas do PRONASCI no ano de 2008, apesar de programas de policiamento de proximidade com a comunidade terem anteriormente sido implementados na cidade do Rio de Janeiro e inauguradas no ano de 1995 com os Postos de Policiamento Comunitário (PPCs) e em 2000 através dos Grupos de Policiamento em Áreas Especiais, ambos sem qualquer continuidade. Diferentemente das duas primeiras propostas, as UPPs, além de contarem com o efetivo policial nas comunidades, tinham o intuito de trazer especialistas em assistência social, educação e saúde para atuarem nessas unidades, proposta que se diferenciava dos Postos de Policiamento Comunitário e Grupos de Policiamento em Áreas Especiais, que não contavam com a rede de assistência agora proposta nas Unidades de Polícia Pacificadora. Apesar da proposta de diálogo entre a polícia e a comunidade de forma a efetivamente universalizar a segurança pública, o que em verdade ocorreu foi mais conflito entre polícia e moradores, haja vista que as redes de apoio não se efetivaram “e são os policiais que vão, dia a dia criando mecanismos para atender as necessidades da população”, muitas vezes sem qualquer preparo para lidar com questões assistenciais e preventivas. (Azevedo; Nascimento, 2016, p. 661).

Com o forte exemplo das UPP's se verificou que a execução das políticas de segurança pública (ainda que os projetos de Governo à época buscassem uma amplitude na defesa social) mantiveram seu cunho autoritário, porquanto o controle social da violência permaneceu sendo exercido de forma exclusiva pelas instituições policiais que mantiveram suas estruturas autoritárias e corporativistas estagnadas.

Assim, não foram efetivadas as necessárias reformas estruturais para uma quebra de paradigma, mesmo nos governos Lula e Dilma que olharam para a complexidade do campo organizacional da segurança pública, estimulando políticas sociais e de contenção do poder punitivo, optando pelo fortalecimento institucional

como um todo, mas deixando latente o afastamento de pautas como a reforma das estruturas policiais, alternativas efetivas de controle da atividade policial e ampliação da competência dos municípios no âmbito da segurança pública. (Azevedo; Cifali, 2017: p. 88).

Costa e Lima (2014) referem que, antigamente, soluções militares eram frequentemente adotadas pelo Estado para resolução de problemas organizacionais no âmbito da segurança pública, asseverando que, num contexto democrático, soluções diversas são adotadas a fim de conter a criminalidade.

Atualmente, no âmbito do Governo Federal, a partir do impeachment da Presidente Dilma Rousseff no ano de 2016, que significou a derrubada de um Governo democraticamente eleito e comprometido com as pautas de política de segurança pública anteriormente referenciadas, houve uma ruptura nas perspectivas organizacionais adotada pela União, posteriormente representada por Michel Temer e, já no ano de 2019, adotada por Jair Bolsonaro. A postura adotada pelo Governo no que concerne à pauta da segurança pública evidenciou-se em fevereiro de 2018 com o decreto de Intervenção Federal no âmbito da segurança pública do Estado do Rio de Janeiro, onde as Forças Armadas passaram a intervir na contenção da criminalidade. Ademais, dias após a decretação da Intervenção, o Governo cria um Ministério Extraordinário da Segurança Pública, ignorando a já existente Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), vinculada ao Ministério da Justiça.

A Intervenção Federal, “medida excepcional, prevista na Constituição, onde se flexibiliza a autonomia federativa para permitir a substituição de autoridade estadual pela federal.” (Almeida, 2018) é considerada inconstitucional para muitos juristas, pois além da necessária justificativa para tal excepcionalidade não ter efetivamente se evidenciado (frisa-se que nunca antes havia sido decretada uma intervenção federal no Brasil), haja vista que a situação de segurança vivenciada no Rio de Janeiro não é única e tampouco a pior dentre os estados brasileiros, conforme apontam os dados do 11º Anuário de Segurança Pública, onde o Rio de Janeiro está na décima posição de Estado mais violento, estando Sergipe, Rio Grande do Norte, Alagoas, Pará, Amapá, Pernambuco, Bahia, Goiás e Ceará em condições piores. Além disso, a Constituição Federal permite, numa intervenção federal, a substituição da autoridade política estadual pela federal, porém, a substituição da autoridade política civil pela militar, como constou no Decreto assinado por Michel Temer não está constitucionalmente prevista.

Os efeitos da Intervenção Federal no Rio de Janeiro no ano de 2018 trazem dados alarmantes publicados no relatório “À deriva: sem programa, sem resultado, sem rumo” realizados pelo Observatório da Intervenção, da Universidade Cândido Mendes. Aponta o relatório que no período de dois meses de Intervenção Federal (16 de fevereiro a 16 de abril), a letalidade policial vitimou 52 pessoas, dado que, se comparado com 2017, foi de 22 pessoas mortas pela polícia. Ademais, houve 1.502 tiroteios que ocasionaram a morte de 294 pessoas e deixaram 193 feridas, número que aumentou em 15% em comparação ao mesmo período de dois meses do ano de 2017.

Ante o panorama exposto neste tópico, verifica-se que os esforços governamentais voltados para a implementação de políticas de segurança pública no período da redemocratização, apesar de contarem com programas de incentivo a uma segurança universal voltada ao cidadão, não efetivaram qualquer reforma nas instituições policiais e seu modelo de atuação.

3 O QUE SIGNIFICA DEMOCRATIZAR AS INSTITUIÇÕES POLICIAIS?

O marco da democracia na sociedade brasileira restou formalmente estabelecido com a promulgação da Constituição de 1988, que principiou direitos e garantias individuais e coletivos nunca antes conquistados pelos cidadãos.

Na contramão dessas garantias, a forma como a questão policial, a justiça criminal e a política de drogas são abordadas perante as instituições e a sociedade dizem muito sobre a frágil democracia na qual estamos inseridos. A violência policial e o sistema carcerário seletivo atuando contra a população pobre, negra e jovem demonstram a grave violação aos direitos humanos universais e princípios constitucionais fundamentais. (Soares, 2015)

Nas instituições policiais não houve, na prática, um marco democrático institucional efetivado, porquanto inexistente qualquer reforma em estruturas que carregam uma herança autoritária de opressão às classes vulneráveis desde o período da colonização, que se intensificou no regime ditatorial e permanece nos dias de hoje, desvelando uma urgente e necessária reforma nessas instituições.

Os desafios na concretização de uma reforma nas instituições de segurança pública perpassam pela necessidade de romper com obstáculos corporativos enraizados nessas instituições. São propostas amplamente debatidas: a desmilitarização da polícia militar, o rompimento com a estrutura de divisão do ciclo

de policiamento entre a polícia civil e militar, bem como com hierarquias internas dentro das polícias protegidas pelo corporativismo; o enfrentamento às descontinuidades administrativas; investimento em formação policial; o necessário incentivo da esfera política na efetivação de políticas de segurança pública que aperfeiçoem as instituições policiais nessa lógica de rompimento estrutural; reestruturação e fortalecimento das relações institucionais entre polícia, ministério público e judiciário; fortalecimento do controle externo da atividade policial. (Azevedo; Nascimento, 2016).

Vista como a mais ampla tentativa de reforma das instituições policiais no Brasil, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 51, de autoria do senador Lindembergh Farias, que contou com a formulação por Luiz Eduardo Soares, prevê mudanças nas estruturas organizacionais das instituições de segurança pública que merecem destaque.

Uma das principais propostas de qualquer debate sobre reforma da polícia no Brasil passa pela efetiva desvinculação das forças armadas/desmilitarização da polícia. Importa que o treinamento policial seja desvinculado do caráter militar atualmente existente, passando a focar no caráter civil, com treinamento voltado ao policiamento comunitário, bem como incentiva que a instituição conte com a sua própria organização sindical e criação de sua autonomia a partir das regras estabelecidas. A desmilitarização, por consequência, enseja a possibilidade de reforma completa do modelo policial.

A proposta de ciclo completo enfatiza que todas instituições policiais realizem o ciclo completo de policiamento ostensivo, preventivo e investigativo, não havendo a distinção que hoje encontramos da polícia civil, como responsável pela investigação, e a militar, focada no policiamento ostensivo e preventivo. Tal reforma findaria com a disputa atualmente existente entre as polícias, de modo que seriam parceiras de atuação.

A assertiva de carreira única nas instituições policiais visa combater o corporativismo atualmente existente em razão da verticalização do trabalho e hierarquia entre as polícias. Assim, a carreira única proporciona oportunidades iguais para a construção das trajetórias profissionais.

A PEC 51 igualmente aponta para a necessária efetivação de um controle externo da atividade policial, com a proposta de criação de ouvidoria externa com

orçamento próprio, de forma a possibilitar um processo de transparência nesse controle, não vinculado ao controle interno da polícia.

No Brasil, o controle externo da atividade policial restou definido constitucionalmente como de competência exclusiva do Ministério Público. Ocorre que a atuação da instituição ministerial aponta para outras demandas e acaba por ausentar-se dessa necessária fiscalização, é o que aponta pesquisa realizada em âmbito nacional pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania, que revela que 88% dos promotores e procuradores não reconhecem a área de controle externo da polícia como prioritária para a instituição, bem como que 70% dos mesmos não atuam nem exclusivamente, nem parcialmente com esta demanda. A pesquisa assevera que a delegação constitucional, a partir de 1988, ao Ministério Público da função de fiscal da atividade policial não resulta em atuação efetiva para mudanças no quadro da violência policial, que tem aumentado a cada ano. (Lemgruber; Musumeci, 2017)

Ante o contexto da inefetiva atuação do Ministério Público no controle externo da atividade policial, foram criadas as ouvidorias de polícia estaduais que possuem como atribuição o recebimento de denúncias sobre a atuação policial. Frisa-se que são instituições bem mais restritas se comparadas às possibilidades ministeriais (que possuem capacidade de denúncia dos policiais), haja vista que as denúncias realizadas nas ouvidorias de polícia são encaminhadas às corregedorias de polícia (órgão interno da própria polícia), sem qualquer autonomia de investigação. (Lemgruber; Musumeci, 2017).

O ponto positivo das ouvidorias de polícia, apontam as autoras, se encontra no fato de que este controle é exercido precipuamente pela sociedade civil que denuncia os abusos policiais de forma ativa, pauta que reforça a democratização das instituições policiais com a participação ativa da sociedade.

O relatório final dos trabalhos discutidos na Comissão Nacional da Verdade, instaurada a fim de promover a apuração e esclarecimento público das graves violações de direitos humanos cometidas no Brasil no período da ditadura militar, igualmente contempla diversas propostas no que concerne ao aprimoramento democrático das instituições de segurança pública, o que inclui a já referida desmilitarização da polícia; reforma curricular nas academias de polícia; o fim dos autos de resistência lavrado pela polícia; a desvinculação do Instituto Médico Legal

(IML) das estruturas policiais; a extinção da justiça militar estadual, bem como o fim da lei de Segurança Nacional, de 1983. (Azevedo, Nascimento, 2016, p. 665).

Para além das reformas estruturais necessárias nas instituições de segurança pública, debater sobre a atuação policial e sua relação com a sociedade é de extrema importância para uma efetiva democratização dessas instituições. Reformas institucionais, se não acompanhadas de apoio social, ou seja, legitimidade social, tampouco vão efetivamente tornar democráticas as instituições policiais.

Conforme preceitua o artigo 144, da Constituição Federal Brasileira, é dever do Estado tratar das questões relacionadas à Segurança Pública. O uso da força, legalmente respaldado pelo Estado às instituições policiais, remete ao monopólio estatal legítimo da violência, conceituado por Weber (1982) como um elemento fundamental para a conservação do Estado. Para Weber, o Estado é uma relação de homens, detentores do poder, dominando outros homens, que se mantém por meio da violência legítima.

Nessa perspectiva, Sérgio Adorno e Camila Dias (2014) questionam se faz sentido falar, atualmente, na “fórmula weberiana” de monopólio estatal da violência no Brasil, tendo em vista o aumento das violências e criminalidades. A expansão do crime organizado, principalmente no que concerne ao tráfico de drogas, põe em xeque o monopólio da violência pelo Estado, visto que tais grupos de facções se organizam em quadros sociais, movimentam a economia criminal e resolvem seus conflitos de forma autônoma. Este segmento, há muito tempo não tem sido controlado pelas instituições policiais de forma legítima, visto que em resposta a esses crimes, o exercício ostensivo da atuação policial tem sido concebido por meio da violência ilegítima. E nesse contexto violento, a polícia que mais mata é também a que mais morre.

Gonzalez (2017), pesquisadora das instituições policiais na América Latina, refere que a democracia deveria reduzir os níveis de violência policial, apontando que, no Brasil, após a redemocratização, o que se percebe é um aumento desta violência. Nessa relação entre democracia e violência policial, ressalta que existe uma tolerância, bem como uma demanda social pela violência policial que impacta as decisões e políticas dos governantes e as próprias ações da polícia, porém, segundo a autora, nem todos os grupos sociais possuem o mesmo acesso e mesma possibilidade de influência, haja vista que políticos e polícia respondem à demanda da classe média. Percebe que mesmo quando as demandas são reivindicadas em

espaços democráticos onde há uma instituição participativa, a exemplo dos Conselhos Comunitários de Segurança na cidade de São Paulo, localizados em bairros mais vulneráveis, prevalece a escuta aos proprietários e comerciantes do local e não das pessoas mais vulneráveis, pobres e negros que efetivamente sofrem violência policial.

Muniz e Proença (2014) ressaltam sobre a necessidade de um estudo que contemple o conceito de polícia. Nessa linha, para além do entendimento de que a atividade policial se molda de acordo com os ditames de controle social estabelecidos pelo Estado, pois é quem detém o monopólio e legalmente confere o uso da força às instituições policiais (ainda que tais conceitos, como vimos anteriormente, estejam distorcidos na prática), necessária é a compreensão que não se atém somente ao dilema/dicotomia entre a lei e a ordem para justificar a atuação policial, porquanto tal ação pertence ao policial individual e ao seu poder discricionário de atuação, que é “mais amplo do que a autorização do uso da força e ainda o engloba integralmente” (Muniz, Proença, 2014, p. 496). Nessa linha, os autores analisam a pesquisa empírica de Bittner, que leva em consideração o que se espera que a polícia faça e o que de fato ela faz, estabelecendo, assim, uma conceituação do que a polícia é, a partir do estudo do que seja o mandato policial.

Nesse estudo sobre legitimidade social, numa convergência entre governança democrática e alcance da ação policial, Muniz e Proença (2014), trazem ao centro do debate as dinâmicas sociais de determinada época que são passíveis de mudança do formato da polícia.

Recentemente publicado, o Atlas da Violência de 2018 traz, justamente, ponto de reflexão acerca da necessária modernização da Segurança Pública no Brasil a partir do conceito de governança. Tal concepção abarca o entendimento de que a tomada de decisões não se estabelece unicamente na figura central do governo, trata-se, em verdade, da articulação de diversos atores atuando em cooperação. (Muniz, Poncioni, Proença, 2018).

Nesse segmento, o Relatório propõe um sistema integrado e coordenado que abarque mecanismos de governança passíveis de articulação entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios capazes de dialogarem com os três poderes e com as instituições de segurança pública e sistema prisional.

Haja vista o atual cenário das políticas de segurança pública que vem sendo propostas e efetivadas no Brasil, a exemplo da Intervenção Federal no Rio de

Janeiro, que vai na contramão da proposta de diálogo e integração entre as instituições, o relatório não ignora a dificuldade de efetivação destas frentes e aposta na valorização de vetores de mudança e mobilização como transparência, financiamento, novas doutrinas, foco territorial e participação ativa da sociedade civil.

Ainda, pensar segurança pública a partir da perspectiva da governança democrática significa trazer alternativas para um modelo estatal de monopólio do uso da força que não mais se sustenta na dinamicidade contemporânea e violências dela consequentes.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Num panorama a respeito da forma como recepcionada a segurança pública na organização estrutural das instituições, percebeu-se a dificuldade de rompimento com um paradigma de segurança interna/nacional vinculada a defesa dos interesses do Estado e de determinadas classes sociais, visto a seletividade com que abordado o controle social da população pobre, negra e jovem no sistema penal, bem como a forma repressiva e ilegal da atuação policial que faz aumentar a cada ano o número de vítimas da letalidade policial.

Tal rompimento é essencial para que o genocídio que tem raça, classe e faixa etária definida cesse. Com o olhar voltado para as violências que tais estruturas geram é que será possível efetivamente trabalhar com uma transição democrática no campo da segurança pública que vise a realização de políticas de segurança garantidas a todos os cidadãos.

Soares (2015) reforça a necessidade de trazer ao debate a questão da universalidade da segurança pública, o que se efetivaria mediante um consenso mínimo com todos os setores sociais afetos aos direitos humanos, de forma a dialogar sobre uma reforma ampla nas estruturas sociais (não somente nas instituições policiais). O essencial olhar para a segurança pública em sua universalidade passa pela urgente desconstrução do cenário criado sobre a defesa das pautas relativas aos direitos humanos e seus defensores no Brasil.

Como visto no desenvolvimento deste artigo, no período da redemocratização, pautas sobre direitos universais foram amplamente propostas e efetivadas. Em contrapartida, o aumento da criminalidade se potencializou na mesma época e amplos setores acusaram os defensores dos direitos humanos

como responsáveis por este panorama, sendo tal debate polarizado e encampado posteriormente somente pela esquerda, bem como os defensores dos direitos humanos taxados como defensores de criminosos perante parte da sociedade.

Recente pesquisa realizada pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (Cesec), intitulada “Olho por olho? O que pensam os cariocas sobre “bandido bom é bandido morto””, numa amostra com 2.353 moradores da cidade do Rio de Janeiro, buscou captar percepções e valores a respeito da ideologia do justicamento e rejeição aos direitos humanos na área criminal, evidenciando a resistência da sociedade para com a pauta universalista da defesa dos direitos humanos.

Ao mesmo tempo que 62% dos entrevistados concordaram total ou parcialmente com as assertivas de que a polícia do Rio de Janeiro mata excessivamente, bem como 70% discordaram da afirmação de que estaria solucionado o problema da criminalidade se a polícia tivesse autorização para matar. Também restou evidenciado entre os entrevistados a seletividade policial, haja vista que 75% deles tiveram o entendimento de que a polícia é mais violenta na favela do que em outros territórios, da mesma maneira que 66% referiu que esta violência se efetiva mais contra negros que contra brancos. Ocorre que, apesar da pesquisa demonstrar que a violência policial é excessiva e perpetrada contra determinada população, o necessário apoio aos direitos humanos ante esta demanda não restou evidenciado, porquanto 73% dos entrevistados entendem que os direitos humanos atrapalham o combate à criminalidade, bem como 56% concordaram total ou parcialmente com a afirmação de que os defensores dos direitos humanos somente defendem bandido. (Cesec, 2017)

Ainda refletindo sobre a perspectiva da universalidade da segurança pública, a proposta de debate com a sociedade civil sobre a forma de atuação policial, o diálogo voluntário e o olhar para as populações que sofrem com a forma repressiva e não universalista das políticas de segurança pública adotadas é urgente.

A partir da análise da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 51, bem como do Relatório da Comissão da Verdade, vislumbrou-se propostas de reforma das instituições policiais amplamente discutidas, quais sejam, a desmilitarização da polícia militar, o rompimento com a estrutura de divisão do ciclo de policiamento entre a polícia civil e militar, o enfrentamento às descontinuidades administrativas;

investimento em formação policial, fortalecimento do controle externo da atividade policial.

Ainda que evidente que reformas no âmbito das instituições policiais não alcancem uma efetiva democratização dessas instituições sem as indispensáveis quebras de estruturas sociais e os necessários diálogos com a sociedade, a ideia de que sem elas também não se rompe com o panorama das violências perpetradas prevalece.

Soares (2015), refere que mudanças específicas na área da segurança pública são essenciais quando significam (ou pretendem significar) a diminuição do genocídio dos jovens, pobres e negros.

A concepção que alinha o debate da governança democrática no campo das políticas de segurança pública igualmente traz propostas concebíveis diante da fórmula insustentável de controle social adotada pelo Estado, que não mais possui o monopólio legítimo do uso da força.

Democratizar as instituições policiais passa pela efetivação de mudanças estruturais (tanto sociais quanto institucionais), mediante um diálogo entre sociedade civil e polícia na constante busca pela legitimidade social da atividade policial, bem como integração que busque ações coerentes entre os entes federativos, os poderes executivo, legislativo e judiciário e as instituições de segurança pública com o intuito de universalizar a segurança pública.

5 REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio; DIAS, Camila. **Monopólio estatal da violência**. In R.S. Lima, J.L. Rattón e R.G. Azevedo (org.), Crime, polícia e justiça no Brasil. São Paulo: Contexto, 2014.

ALMEIDA, Luiza Machado. **Decreto de Intervenção Federal no Rio de Janeiro é inconstitucional**. Carta Capital, Justificando, 2018. <<http://justificando.cartacapital.com.br/2018/02/16/decreto-de-intervencao-federal-no-rio-de-janeiro-e-inconstitucional/>> Acesso em junho 2018.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli; CIFALI, Ana Cláudia. **Segurança Pública, política criminal e punição no Brasil nos governos Lula (2003-2010) e Dilma (2011-2014): mudanças e continuidades**. In: Máximo Sozzo (org.). Pós-neoliberalismo e penalidade na América do Sul. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2017. p. 27-93.

_____; NASCIMENTO, Andrea Ana do. **Desafios da reforma das polícias no Brasil: Permanência autoritária e perspectivas de mudança**. Porto Alegre: Civitas, v.16, n.4, p. 653-674, out.-dez. 2016.

BUENO, Samira. **Letalidade na ação policial**. In R.S. Lima, J.L. Ratton e R.G. Azevedo (org.), **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014.

BALLESTEROS, Paula K. Rodriguez. **Governança Democrática: Por uma nova perspectiva de análise e construção das políticas de segurança pública no Brasil**. Brasília, 2012. V Congresso CONSAD de Gestão Pública. Painele 27/097 Governança Democrática e Participação Social.

CANO, Ignácio; LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Leonarda. **Olho por olho? O que pensam os cariocas sobre “bandido bom é bandido morto”**. Cesec, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em <https://www.ucamcesec.com.br/wp-content/uploads/2017/05/CESEC_BBBM_Web_final.pdf> Último acesso em junho de 2018.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão; LIMA, Renato Sérgio de. **Segurança Pública**. In R.S. Lima, J.L. Ratton e R.G. Azevedo (org.), **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **11ª Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo, 2017. Disponível em <<http://www.forumseguranca.org.br/atividades/anuario/>> Acesso em junho de 2018.

_____; Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). **Atlas da Violência 2018**. São Paulo, 2018. Disponível em <<http://ipea.gov.br/atlasviolencia/>> Acesso em junho 2018.

_____; **Medo da Violência e o apoio ao autoritarismo no Brasil**. São Paulo, 2017. Disponível em <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/10/FBSP_indice_prope nsao_apoio_posicoes_autoritarios_2017_relatorio.pdf> Acesso em junho 2018.

FREIRE, Moema Dutra. **Paradigmas de segurança no Brasil: da ditadura aos nossos dias**. Revista Brasileira de Segurança Pública, Ano 3, edição 5, p. 100-114, ago.-set. 2009.

LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Leonarda. **Controle externo da polícia e o papel do governo federal**. In: CERQUEIRA, Daniel e FERREIRA, Helder (orgs.). Política nacional de segurança pública orientada para a efetividade e o papel da Secretaria Nacional de Segurança Pública . Boletim de Análise Político-Institucional nº 11. Rio de Janeiro: IPÊA, jan./jun. 2017, p. 33-37.

LIMA, Roberto Kant de. **Éticas e práticas na segurança pública e na justiça criminal**. In R.S. Lima, J.L. Ratton e R.G. Azevedo (org.), **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014.

MUNIZ, Jacqueline; PROENÇA JR, Domício. **Mandato Policial**. In R.S. Lima, J.L. Rattón e R.G. Azevedo (org.), Crime, polícia e justiça no Brasil. São Paulo: Contexto, 2014.

_____.; PROENÇA JR., Domício; PONCIONI, Paula. **Da governança de polícia à governança policial: controlar para saber; saber para governar**. Revista Brasileira de Segurança Pública, Ano 3, edição 5, p. 15-50, ago.-set. 2009.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Autoritarismo e Transição**. Revista USP, São Paulo, 9, 1991, p. 45-56.

RAMOS, Sílvia (coord.). **À deriva: sem programa, sem resultado, sem rumo**.

SOARES, Luiz Eduardo. **PEC-51: revolução na arquitetura institucional da segurança pública, 2003**. <<http://www.luizeduardosoares.com/pec-51-revolucao-na-arquitetura-institucional-da-seguranca-publica/>> Acesso em maio 2018.

_____. **Por que tem sido tão difícil mudar as polícias?** Blog da Boitempo, 2015. <<https://blogdaboitempo.com.br/2015/07/13/por-que-tem-sido-tao-dificil-mudar-as-policias/>> Acesso em maio 2018.

WEBER, Max. **Ensaios de Sociologia**. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

GONZALEZ, Yanilda Maria. **“Existe uma demanda social pela violência policial” diz pesquisadora**. Entrevista Nexo, 2017. Disponível em <<https://www.nexojornal.com.br/entrevista/2017/07/02/%E2%80%98Existe-uma-demanda-social-pela-viol%C3%Aancia-policial%E2%80%99-diz-pesquisadora>> Acesso em junho 2018.

A VIOLÊNCIA POLICIAL SOB A PERSPECTIVA DA SELETIVIDADE PENAL: OS AGENTES POLICIAIS SÃO IMUNES/IMPUNES?

Fernando Gonçalves Dias¹

RESUMO: O presente trabalho visa demonstrar a violência policial a partir da teoria da seletividade penal. Para tanto, se faz necessário analisar a referida teoria, considerando a conduta dos agentes policiais que resultam na morte de suspeitos, quando no exercício da função, e se esses são imunes ao poder judiciário, isto é, se há negligência por parte do Estado em apurar as mortes e responsabilizar os autores e, conseqüentemente, em caso de ação penal movida contra os agentes policiais, se há condenação ou se prospera a impunidade desses policiais.

PALAVRAS-CHAVE: Violência policial. Teoria da seletividade. Impunidade.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Violência policial sob a ótica criminológica e sociológica. 2.1 A Teoria da Seletividade perante a ação policial. 2.2 Outiders: Teoria do Desvio e a Criminalização Secundária. 2.3 Labeling Approach: Teoria do Etiquetamento e Reação Social. 2.4 A estigmatização do “perigoso”. 3 Considerações finais. 4 Referencial teórico.

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia abordará a violência policial, primeiramente através da teoria da seletividade, analisando se a polícia e o sistema penal agem de maneira seletiva, tendo como alvos os socialmente vulneráveis, **quais sejam as** pessoas pobres, dos bairros afastados do centro, moradores das periferias, onde a ação policial torna-se mais atuante.

Será trabalhada a teoria do desvio como fator determinante à criminalização desses indivíduos, pois o ato desviante é caracterizado pela conduta que infringe regramentos criados por indivíduos aos quais é atribuída a competência legislativa, no caso da sociedade brasileira, o Poder Legislativo.

¹ Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UniRitter Laureat International Universities. Pós-Graduando Lato Sensu em Direito Penal e Processo Penal pela UniRitter Laureat International Universities. Advogado.

Ainda nesta seara, será abordada a criminalização secundária, que seria a carreira criminosa seguida pelo delinquente que fora selecionado pelo sistema penal, e uma vez rotulado perante a sociedade como criminoso, ele poderá buscar internalizar este rótulo, até porque se torna extremamente difícil livrar-se do mesmo.

Neste contexto, o presente trabalho também abordará a estigmatização e o etiquetamento sofridos pelos indivíduos marginalizados, ambas as teorias se entrelaçam à questão trazida no parágrafo anterior, pois o estigma é um ponto de suma importância quando se trata de seletividade, sendo que o sujeito se torna refém desta etiqueta simplesmente por pertencer a um grupo que diverge dos ideais da classe dominante.

Ainda, será trabalhada a questão da reação social, ponto fundamental perante a criminalização secundária, pois a reação da sociedade perante o ato criminoso pode definir o futuro do indivíduo.

2 VIOLÊNCIA POLICIAL SOB A ÓTICA CRIMINOLÓGICA E SOCIOLOGICA

A violência policial é um legado histórico que está enraizado em nossa cultura, pois da mesma forma que há desigualdades de oportunidades e de direitos, o Estado, intervém de maneira semelhante no que tange aos seus deveres e obrigações com os membros da sociedade, sendo negligente quando se trata de resguardar os bens jurídicos dos pobres, porém, agindo com hostilidade contra os mesmos, através do órgão responsável pela repressão do crime (e de suspeitos) de forma discriminatória e seletiva.

2.1 A TEORIA DA SELETIVIDADE PERANTE A AÇÃO POLICIAL

A segurança pública tem seu respaldo legal na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 144². A força de polícia no Estado Democrático de Direito, tem a função de exercer o controle social, assim como o Poder Judiciário através de seus Tribunais, ou seja, o Estado de Direito necessita manter determinado controle sobre seus cidadãos, logo, a polícia detém dessa legitimidade com o dever de ponderar entre o autoritarismo e a democracia.

² **Constituição Federal de 1988**, Art. 144: A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...).

A polícia deve observar aspectos reguladores, a fim de não ferir os Direitos Fundamentais³ e os Direitos Humanos⁴. O dilema a ser apontado é que em uma sociedade onde há um abismo social entre as classes, a polícia exerce função repressiva sobre os indivíduos desprovidos de posses⁵.

Essa repressão seguida de uma investigação falha, despreparo humano e o uso repentino de armas de fogo (que deveria ser a última alternativa) geram o catastrófico título de polícia que mais mata no planeta⁶. Cabe ressaltar que a polícia age nas ruas, bem como o Poder Judiciário aplica as leis, segundo Foucault:

Seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo o mundo em nome de todo o mundo; que é mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige, principalmente, às classes mais numerosas e menos esclarecidas; que ao contrário do que acontece com as leis políticas ou civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma; que nos Tribunais não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem sanciona outra fadada à desordem (...). A lei e a justiça não hesitam em proclamar sua necessária dissimetria de classes⁷.

No Brasil, segundo o Atlas da violência do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) de março de 2016, apenas no ano de 2014, 59.627 pessoas morreram vítimas de homicídios, o que representa 10% do total de homicídios cometidos no mundo. Assim, observa-se que a polícia brasileira é corresponsável por estes números, como consta no referido levantamento:

³ São disposições de caráter assecutorário, previstas no art. 5º da Constituição Federal, ou seja, instrumentos que, para defesa dos direitos, limitam o poder estatal. PIVA, Otávio. **Comentários ao Art. 5º da Constituição Federal de 1988 e Teoria dos Direitos Fundamentais**. 3ª Ed. Editora Método. São Paulo. 2009, p. 18.

⁴ Os Direitos Humanos ganharam força após a Segunda Guerra Mundial, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e posteriormente, em 1969, em San José, na Costa Rica, com a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, que passam a resguardar o direito à vida, à dignidade, a não discriminação. Flávia Piovesan enfatiza a primazia da dignidade humana, como referência e paradigma, devendo orientar o sistema constitucional, e cita Cançado Trindade: "Não se pode visualizar a humanidade como sujeito de Direito a partir da ótica do Estado; impõe-se reconhecer os limites do Estado do a partir da ótica da humanidade". Para Hannah Arendt, os Direitos Humanos estão em constante processo de construção e reconstrução, para Carlos Santiago Nino, os Direitos Humanos asseguram a Dignidade Humana e evitam sofrimentos, em face da persistente brutalidade humana, para Luigi Ferrajoli, os Direitos Humanos representam a lei do mais fraco contra a lei do mais forte. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. Editora Saraiva. 3ª Ed. 2012, p. 39.

⁵ WACQUANT, Loic. **As Prisões da Miséria**. 1999. Tradução: André Telles. Coletivo Sabotagem. 2004, p. 4.

⁶ Por exemplo, importante destacar uma estatística referente à polícia paulista, que em 1992 matou 1.470 civis, contra 24 mortos pela polícia nova iorquina e 25 pela polícia de Los Angeles. WACQUANT, Loic. **As Prisões da Miséria**. 1999. Tradução: André Telles. Coletivo Sabotagem. 2004, p. 5.

⁷ SUDBRACK, Aline winter. **A Violência Policial e o Poder Judiciário**. 2008. Tese de Doutorado, p. 3.

Os três estados que apresentam os maiores números de mortes por intervenções legais, em 2014, são Rio de Janeiro, São Paulo e Bahia. No Anuário Brasileiro de Segurança Pública esses números são de 584, 965 e 278, respectivamente. Para a série histórica de 2004 a 2014, os dados publicados pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2014 e 2015 para o mesmo período de 2004 a 2014, temos pelo menos 20.418 mortes em confronto com policiais em serviço⁸.

É evidente que os vitimados pela polícia são selecionados devido a um estereótipo⁹, que diz respeito à cor da pele, cabelos, vestuário e CEP onde residem.

No que diz respeito à seletividade, Zaffaroni ensina que na maioria dos casos de delitos não há intervenção estatal, somente contra determinadas pessoas, sendo que, historicamente, o maior número de infrações é cometido pelo Estado¹⁰, e que há pessoas que cometeram delitos e não foram selecionadas pelo sistema penal, enquanto pessoas que não cometeram delitos foram selecionadas¹¹.

Cabe ressaltar que a violência cometida pela polícia brasileira, apoia-se no consentimento por parte da população, sem dúvida, da classe dominante. Porém, incredivelmente, pela classe dominada, que também são vítimas das mesmas violências sociais, não percebendo que são os seus semelhantes que estão sendo dizimados.

Segundo Hannah Arendt, os movimentos totalitários atuam devido à volubilidade das massas¹², logo, o instinto de “caça” referido na obra de Monet, “Polícias e Sociedades na Europa”¹³ ganha força devido à identificação dos policiais com seus batalhões, que parecem ter destruído a própria capacidade de sentir¹⁴.

Neste sentido, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, em relatório da ouvidoria da polícia paulista aponta que entre 2005 e 2009, a polícia de São Paulo matou mais civis do que todas as polícias dos EUA juntas, segundo o referido relatório, durante este período, uma pessoa foi morta por dia pela polícia paulista¹⁵, como remete o IBCCRIM:

⁸ Disponível em WWW.ipea.gov.br

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**. 2001. Tradução: Vânia Romano Pedrosa. Ed. Revan, p. 246.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**. 2001. Tradução: Vânia Romano Pedrosa. Ed. Revan, p. 247.

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**. 2001. Tradução: Vânia Romano Pedrosa. Ed. Revan, p. 250.

¹² ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. 2000. Tradução: Roberto Raposo, p. 356.

¹³ MONET, Jean-Claude. **Polícias e Sociedades na Europa**. 2001. Tradução: Mary de Barros, p. 172.

¹⁴ ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. 2000. Tradução: Roberto Raposo, p. 358.

¹⁵ BRASIL. **Atlas da violência 2016**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=27406&Itemid=6>.

Para Guaracy Mingardi, ex-subsecretário nacional de Segurança Pública e pesquisador do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, a diferença no total de mortes do Estado e dos Estados Unidos se deve à própria cultura geral da sociedade brasileira, que tende a apoiar os assassinatos cometidos por policiais e prega que “bandido bom é bandido morto”¹⁶.

O fato é que o Estado pune a violência com violência, muitas vezes de forma desproporcional, por haver a sensação de que o bem jurídico vida de determinadas pessoas vale menos que, por exemplo, o bem jurídico patrimônio de outras. Segundo Weber, o Estado detém o monopólio da violência física, cabendo ao judiciário o direito de punir, legitimando o Estado ao uso legal da violência¹⁷.

É notório que a seletividade acontece por parte da força de polícia e também pelo judiciário, pois se trata de uma teoria que pode ser vinculada à segregação social, em que há negligência estatal, em um ambiente em que o único órgão presente de forma efetiva é a polícia e, em alguns casos, conseqüentemente, o judiciário. Neste sentido, Sérgio Adorno enfatiza que a desigualdade jurídica é o efeito de práticas judiciárias segregacionistas, e sob essa ótica, a lei penal é aplicada de forma desigual¹⁸.

Sudbrack, ainda afirma que as políticas criminais brasileiras sempre foram ilegais, pois jamais se punem os agentes do Estado, autores de violências. Reforça que para esses impera a impunidade, no Estado Democrático ou Autoritário, e que há um descompasso entre as garantias constitucionais e as instituições que deveriam intervir em favor dessas garantias, como a polícia e o judiciário. E que para Sérgio Adorno, a polícia tem sua parcela de responsabilidade pelas mortes violentas do país, por conceber o combate à criminalidade como uma guerra civil entre autoridades e bandidos¹⁹.

Maria Victoria Bonevides reconhece que o policial e o “marginal” pertencem à mesma classe econômica, e que práticas violentas como homicídios, praticados contra populares, revela uma ideologia de limpeza social, devendo ser eliminados os marginais e, conseqüentemente, os suspeitos²⁰.

¹⁶IBCCRIM. **Notícias**: Em cinco anos, PM de São Paulo mata mais que todas as polícias dos EUA. Notícia veiculada em 07 nov. 2011. Disponível em: <www.ibccrim.org.br/noticia/13905-Em-cinco-anos,-PM-de-Sao-Paulo-mata-mais-que-todas-as-policias-dos-EUA>. Acesso em 24 jun. 2016.)

¹⁷ SUDBRACK, Aline Winter. **A Violência Policial e o Poder Judiciário**. 2008. Tese de Doutorado, p. 52.

¹⁸ SUDBRACK, Aline Winter. **A Violência Policial e o Poder Judiciário**. 2008. Tese de Doutorado, p. 54.

¹⁹ SUDBRACK, Aline Winter. **A Violência Policial e o Poder Judiciário**. 2008. Tese de Doutorado, p. 56.

²⁰ SUDBRACK, Aline Winter. **A Violência Policial e o Poder Judiciário**. 2008. Tese de Doutorado, p. 57

O tratamento diferenciado atribuído ao segregado se dá porque ele é um ente considerado perigoso, portanto, não teria direito às garantias individuais destinadas às pessoas normais, ou seja, esses indivíduos são tratados pelo Estado como se não fossem pessoas, logo, seus direitos são negados.²¹ Nas palavras de Eugenio Raúl Zaffaroni, “o estrangeiro, o estranho, o inimigo, o hostil, era quem carecia de direitos em termos absolutos, quem estava fora da comunidade”.²² Esta técnica de tornar público quem é o inimigo, alimentando os preconceitos, mostra-se eficaz num ambiente em que tudo favorece o dominante.

O autor ainda relata o período ditatorial na América Latina, onde execuções policiais eram cometidas contra os indesejáveis que se propusessem a reivindicar uma mudança social,²³ o que tem grande reflexo nos dias atuais, no que tange à militarização da polícia, pois proporcionar o pânico é a melhor maneira para legitimar o poder punitivo estatal.

A cultura do medo propiciada pela mídia televisiva, impressa ou digital, acatada pelas “pessoas de bem”, que são governadas por “homens do povo”, faz com que estes prometam mais segurança, declarando guerra à criminalidade, pois os criminosos violam os Direitos Humanos, logo, não devem ter os mesmos garantidos, e ainda, impera o sentimento de vingança devido às mortes de policiais,²⁴ ou seja, trata-se de medidas aplicadas contra suspeitos considerados perigosos de forma presumida.

A seleção dos indivíduos que exercem condutas criminosas é muito simples, pois está interligada à desigual distribuição de oportunidades e bens entre eles. Isso se torna perceptível ao analisarmos que os selecionados pela polícia são os pertencentes à classe econômica operária, ou débil.

Para Alessandro Baratta, a criminalidade não estaria pré constituída à ação dos juízes, mas sim atribuída pelos magistrados (o que pode ser utilizado de forma análoga aos policiais) a determinados indivíduos. O autor ainda expõe a questão do

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 2007. Tradução: Sérgio Lamarão. Ed. Revan, p.18

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 2007. Tradução: Sérgio Lamarão. Ed. Revan, p.22

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 2007. Tradução: Sérgio Lamarão. Ed. Revan, p.50

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 2007. Tradução: Sérgio Lamarão. Ed. Revan, p.64

poder atribuído a determinados membros da sociedade de estabelecerem quais crimes e pessoas devem ser perseguidos.²⁵

Ainda em relação aos crimes e indivíduos selecionados pela polícia e, conseqüentemente, pelo sistema penal, cabe ressaltar que apenas alguns crimes são selecionados, conforme exposto acima, por conveniência à classe dominante, inclusive o poder legislativo, visto que não são somente aqueles indivíduos selecionados que exercem condutas criminosas, segundo Alessandro Baratta:

A criminalidade, segundo a sua definição legal, não é o comportamento de uma minoria, mas da maioria dos cidadãos e que, além disso, segundo a sua definição sociológica, é um status atribuído a determinados indivíduos por parte daqueles que detêm o poder de criar e aplicar a lei penal, mediante mecanismos seletivos, sobre cuja estrutura e funcionamento a estratificação e o antagonismo dos grupos dos grupos sociais têm uma influência fundamental.²⁶

Percebe-se que essa função seletiva visa interesses da classe social dominante, se utilizando de mecanismos de repressão e de marginalização dos grupos sociais inferiores. Em 1764, Beccaria já havia afirmado que a pena, sem absoluta necessidade, é tirânica,²⁷ quanto mais a pena de morte, aplicada extrajudicialmente pela polícia.

O autor defende que a tirania infiltra-se de maneira despercebida, uma vez que o poderoso e o rico atentam contra o fraco e o pobre, por meio da legislação,²⁸ esta sob a tutela dos bem nascidos. Neste caso, vale ressaltar que o policial que comete o delito de homicídio²⁹ no cumprimento do dever, não comete crime, pois há a exclusão de ilicitude³⁰. Em outras palavras, “o assassinato legal é incomparavelmente mais horrendo do que o assassinato criminoso”³¹.

Sérgio Salomão Shecaira aborda a seletividade enfatizando a exclusão dos favelados que vivem em casebres sem acesso à água potável e condições sanitárias precárias. O referido autor cita o aumento exorbitante do índice de encarcerados,

²⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 2002. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Ed. Revan, p. 107.

²⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 2002. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Ed. Revan, p. 113

²⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 1999. Tradução: J.Cretella e Agnes Cretella. Ed. Resvista dos Tribunais, p. 28

²⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 1999. Tradução: J.Cretella e Agnes Cretella. Ed. Resvista dos Tribunais, p. 73

²⁹ **Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940**, artigo 121: Homicídio simples, Matar alguém: Pena: reclusão, de seis a vinte anos.

³⁰ **Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940**, artigo 23: Não há crime quando o agente pratica o fato: III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

³¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1992. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Ed: Campus Ltda, p. 177

pois esta necessidade de exclusão seria a decomposição do Estado Social, pois não há esperança, segundo ele, para o desempregado, por exemplo, que deveria ser uma condição temporária, porém, o rótulo atribuído ao indivíduo desprovido de trabalho, é o de inútil, pois em uma sociedade de consumo, o indivíduo economicamente inativo é considerado sem valor,³² se tornando mais barato e conveniente excluir do que incluir.

É evidente que as normas em geral são aplicadas a determinadas pessoas e não a outras, bem como sanções, ou seja, a classe média e alta, branca, é imune à seletividade policial e do sistema penal. Neste sentido vale citar Howard Becker:

Regras tendem a ser aplicadas mais a algumas pessoas que a outras. Estudos da delinquência juvenil deixam isso muito claro. Meninos de áreas de classe média, quando detidos, não chegam tão longe no processo legal como os meninos de bairros miseráveis. O menino de classe média tem menos probabilidade, quando apanhado pela polícia, de ser levado à delegacia; menos probabilidade, quando levado à delegacia, de ser autuado; e é extremamente improvável que seja condenado e sentenciado. Essa variação ocorre ainda que a infração original da norma seja a mesma nos dois casos. De maneira semelhante, a lei é diferencialmente aplicada a negros e brancos. Sabe-se muito bem que um negro que supostamente atacou uma mulher branca tem muito maior probabilidade de ser punido que um branco que comete a mesma infração; sabe-se um pouco menos que um negro que mata outro negro tem menor probabilidade de ser punido que um branco que comete homicídio. Este, claro, é um dos principais pontos da análise que Sutherland faz do crime do colarinho-branco: delitos cometidos por empresas são quase sempre processados como causa civil, mas o mesmo crime cometido por um indivíduo é usualmente tratado como delito criminal.³³

Ao tratar da seletividade, é coerente tratar da cifra oculta,³⁴ além de corroborar com a questão da reação social, pois partindo da premissa que apenas os crimes de fácil percepção (cometidos por indivíduos das classes excluídas da sociedade) são selecionados pelo sistema penal, fortalece a tese de que indivíduos de classes superiores não são selecionados (ou são até mesmo imunes) por estes meios de controle. Cabe trazer como exemplo a questão da negligência médica, para Antonio Garcia-pablos de Molina: “Para começar, o presumido infrator não responde ao

³² SÁ, Alvaro Augusto de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SCHECAIRA, Sérgio Salomão (Coord). **Criminologia no Brasil**. 2011. Ed. Elsevier, P. 5

³³ BECKER, Howard S. **Outsiders: Estudos de Sociologia do Desvio**. 2008. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Ed. Zahar, p. 25

³⁴ Cifra oculta é o termo utilizado para definir a parcela da criminalidade que não chega ao conhecimento das autoridades, logo, não se torna estatística. A relevância desta para o sistema penal, no que diz respeito ao índice de crimes cometidos, é que apenas os crimes toscos e grosseiramente praticados são percebidos pelos órgãos de repressão (polícia, judiciário, etc), sendo estes crimes praticados pelos membros das classes vulneráveis da sociedade.

estereótipo de infrator, conta com excelente imagem social.”³⁵ Para Eugenio Raúl zaffaroni:

A disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população. Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado.³⁶

Nesta perspectiva, Jorge de Figueiredo Dias alerta que o crime nem chega ao conhecimento dos órgãos de controle, ou ainda que nasça não se concretiza como um fato processado, e que a condução da seletividade cabe à justiça de classes, visto que o perfil da classe média é o cerne da questão, pois quem não se encaixa neste modelo de vida é diferente e, assim, as classes não privilegiadas sucumbem à criminalização³⁷.

O crime, conduta ilícita tipificada na lei como tal, e essa lei que deveria ser aplicada de forma igualitária não procede com a atuação policial, pois estes agem de maneira discriminatória, pois o que torna cabal a atividade dos policiais nas ruas não é a prevenção do delito, mas o enquadramento do indivíduo no estereótipo que o agente busca capturar, isto é, pela presunção de periculosidade caracterizada no suspeito. Com a aplicação da lei relativizada, abrem-se as portas para uma série de precedentes de injustiças contra os desprovidos de capital, vítimas da retaliação fomentada pela polícia³⁸.

Loic Wacquant, ao retratar os Estados Unidos nas décadas de 70, 80 e 90 na obra *Punir os Pobres*, demonstra que o governo suprimiu os direitos sociais, de modo a torná-los quase que inexistentes, deixando as pessoas vulneráveis em extrema miséria, desviando os recursos que seriam dos bairros pobres para outros setores, com o argumento que o investimento atrairia empresas e pessoas endinheiradas³⁹. Está claro que esta maneira de agir por parte do Estado americano se confunde com a do Estado brasileiro, pois, concomitantemente com a escassez

³⁵ MOLINA, Antonio Garcia-Pablos De. **Criminologia**. 2006. Tradução: Luiz Flávio Gomes. Ed. Revista dos tribunais, P. 92

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**. 2001. Tradução: Vânia Romano Pedrosa. Ed. Revan, p. 26.

³⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. 1997. Ed. Coimbra, p. 385

³⁸ BELLI, Benoni. **Violência policial no Brasil: elementos para uma aproximação teórica a partir dos pensamentos de Durkheim e Weber**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.7, n.27, jul./set. 1999, p. 305

de recursos à população carente, o Estado americano encarcerou em massa, principalmente os negros⁴⁰.

A tortura é um método muito utilizado pela polícia para obter confissões, auxiliar nas investigações ou reprimir algum delito que os policiais acreditem que devido à pena leve, não seria conveniente encaminhar o réu para o judiciário, logo, a própria polícia realiza o julgamento do suspeito.

É evidente que o uso da tortura é ilegal e está diretamente ligada à seletividade, pois ela é aplicada com mera presunção de que o torturado deve ser punido. Entretanto, mesmo na era medieval em que a tortura era licitamente praticada para obter a confissão do réu existiam privilégios e imunidades devido à origem social dos indivíduos, não sendo alguns submetidos a esta prática⁴¹.

Além da tortura, a morte é “cabível” em determinados casos, e mais uma vez, neste caso, a polícia se julga competente para selecionar e penalizar o indivíduo através do rótulo, estereótipo, etc. Neste caso, estão os que cometeram o crime de tráfico ou o crime contra o patrimônio (de quem possui)⁴². Neste ponto, Roberto Kant de Lima traz um dado de suma importância, que no ano de 1985, a ROTA (polícia paulista) matou 584 pessoas⁴³.

A diversidade cultural dos bairros pobres pode ser considerada como uma subcultura, diferente dos bairros centrais das cidades, por se tratar de estilos de vida completamente distintos, estes indivíduos marginalizados, muitas vezes não dispõem dos meios tradicionais (lícitos) para atingir seus objetivos, tornando-se comum, o uso de condutas criminosas para atingir determinados fins. Esta reação criminosa, portanto, seria a tentativa de ascensão dos membros pertencentes a essas subculturas, por estes não possuírem meios legítimos de se imporem perante a sociedade⁴⁴.

A subcultura delinvente pode ser considerada a resposta à frustração pela falta de status, ela pode buscar novos meios de adquiri-lo (inovar) ou até mesmo

³⁹ WACQUANT, Loic. **Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. 2001. Ed. Freitas Bastos, p.27

⁴⁰ WACQUANT, Loic. **Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. 2001. Ed. Freitas Bastos, p. 29

⁴¹ SABADELL, Ana Lucia. **Problemas Metodológicos na História do Controle Social: O Exemplo da Tortura**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.10, n.39, jul./set. 2002, p. 280

⁴² LIMA, Roberto Kant. **A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos**. 1995. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 116

⁴³ LIMA, Roberto Kant. **A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos**. 1995. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 118

⁴⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 2002. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Ed. Revan, p. 70.

almejar novos fins, uma vez que os fins tradicionais podem ser rejeitados. Aqui está o ponto nevrálgico da cultura delinvente, o desejo de pertencer ao tradicional, de adquirir status.

Cabe ressaltar que a subcultura ou cultura da classe inferior é autônoma em relação à cultura dominante, e podendo ser intransponíveis os abismos culturais e sociais que separam as classes,⁴⁵ para Elena Larrauri, “la delincuencia juvenil es negativa, destructiva, no persigue fin utilitário alguno, es más una forma de adquirir reputación frente a los colegas, una forma de hacerse respetar”.⁴⁶

2.2 OUTSIDERS: TEORIA DO DESVIO E A CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA

Outro ponto a ser estudado no presente trabalho é a Teoria do Desvio, em que pese a situação social do indivíduo que comete algum delito, do suspeito de cometer algum delito ou do rotulado como suspeito ou perigoso seja, em alguns casos, o que é determinante para que este venha a delinquir, para Howard Becker, são os grupos sociais responsáveis pelo regramento (regramento este, que não deve ser infringido) que ao ser aplicado caracteriza a conduta de determinadas pessoas como desviante, ou seja, determinado comportamento é rotulado como desviante, e, conseqüentemente, quem o comete é o indivíduo desviante.⁴⁷

O ponto crucial nesta teoria refere-se à reação das pessoas no que tange à determinada conduta, pois o indivíduo pode ter violado uma regra de suma importância e não sofrer grandes conseqüências, bem como o suspeito de tê-la infringido pode sofrer repressões violentas, dependendo das circunstâncias, bem como das respostas dos demais membros da sociedade. Logo, este ato desviante será ou não interpretado como tal a partir da reação dos demais indivíduos,⁴⁸ nas palavras do autor: “Desvio não é uma qualidade que reside no próprio comportamento, mas na interação entre a pessoa que comete um ato e aquelas que reagem a ele.”⁴⁹

⁴⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia: O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena**. 1997. Ed. Coimbra, p. 300

⁴⁶ LARRAURI, Elena. **Criminología y Derecho: La Herencia de La Criminología Crítica**. 2000. Ed. Siglo Veintiuno de España Editores, p. 7

⁴⁷⁴⁸ BECKER, Howard S. **Outsiders: Estudos de Sociologia do Desvio**. 2008. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Ed. Zahar, p. 22

⁴⁸ BECKER, Howard S. **Outsiders: Estudos de Sociologia do Desvio**. 2008. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Ed. Zahar, p. 24

⁴⁹ BECKER, Howard S. **Outsiders: Estudos de Sociologia do Desvio**. 2008. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Ed. Zahar, p. 27

Partindo da ideia que a conduta desviante se dá pelo descumprimento de regras por certos indivíduos, regras estas elaboradas por uma classe distinta de indivíduos, que considera que estas regras devem ser respeitadas, cabe ressaltar que o oposto acontece, pois mesmo que haja a presunção que estas regras são oriundas da vontade da sociedade em geral, de fato observa-se o contrário, pois o grupo constituído para elaborar as referidas regras, devido ao poder político e econômico, pode não estar em consonância com a maioria da população, Howard Becker afirma que a pessoa que é julgada por ter infringido normas que não foram criadas por ela ou por seus semelhantes, pode não ver a legitimidade neste ato, por estar sendo julgado por “outsiders”⁵⁰.

Ainda nesta linha, o autor defende que a respeito da rotulagem deste indivíduo como desviante, as consequências serão muito maiores se ele for selecionado pelo sistema, ou “apanhado” como referido no texto, em relação à sua participação na sociedade e sua imagem perante a mesma, inclusive a sua percepção de si mesmo.

O maior problema de ser rotulado como desviante diz respeito ao “status” que o indivíduo adquire a partir de então, pois ele passará a ser visto como anormal. Logo, ele não mais preenche os requisitos correspondentes das pessoas de bem. Neste sentido, existem os estereótipos, recheados de preconceito, pois a cor da pele, por exemplo, é determinante para grande parte da população que se surpreende ao ver um negro ocupando um cargo que normalmente pertenceria a um branco.

Cabe ressaltar que o desviante, após o cometimento de um crime, e rotulado como criminoso, carregará consigo para sempre este status, pois as “pessoas normais”, bem como a polícia e o judiciário o verão como provável descumpridor da lei no futuro.⁵¹

Em outras palavras, o indivíduo processado por um crime ficará nesta condição pelo resto de sua vida, mesmo que seja condenado, e cumpra sua pena, continuará em uma eterna prisão sem muros, uma vez que toda a sociedade o verá como um ex-condenado, e no caso de absolvição por falta de provas, permanecerá a dúvida, o que de certa forma corrobora para a aplicação do rótulo de criminoso. Ou

⁵⁰ BECKER, Howard S. **Outsiders: Estudos de Sociologia do Desvio**. 2008. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Ed. Zahar, p. 28

⁵¹ BECKER, Howard S. **Outsiders: Estudos de Sociologia do Desvio**. 2008. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Ed. Zahar, p. 43

seja, a simples participação em um processo criminal como acusado, é o suficiente para a formação do estigma.⁵²

Nesta mesma linha, pode-se dizer que os membros da classe baixa vivem uma cultura diversa da cultura dos membros das classes superiores, no que diz respeito ao modo de agir, pensar, falar e gesticular. Estes indivíduos, eventualmente, se verão como estigmatizados, pois ao ingressarem em outros grupos, não sabem (ou até sabem) a recepção que os aguarda. Estas relações são rotineiras, como no trabalho, na escola, em ambientes públicos ou privados, onde se deveria ver a pessoa, simplesmente como cidadão, mas surgirão preocupações referentes à hostilidade devido à ostentação do estilo de vida da classe média.⁵³

A reação social após o primeiro desvio torna-se uma ferramenta eficaz para impulsionar o desviante de forma sucessiva a novos desvios, pois este deverá adequar-se à sua nova condição perante a sociedade, criando mecanismos de defesa e até mesmo de ataque, colocando em cheque as almejadas ressocialização e reeducação, que seriam concebidas com a pena. Ainda, essa carreira criminosa seguida pelo desviante, deixa explícito que a intervenção do sistema penal não auxilia em nada a sociedade e tão pouco a pessoa do apenado.⁵⁴

Em relação ao desvio, pode-se discutir a relevância do ato delituoso a fim de buscar justificativas à punição, pois as sanções impostas, tanto formais, quanto informais, se valem da imoralidade do delito cometido, bem como da maldade do delincente.

O que cabe ressaltar, no que diz respeito à ação da polícia, do judiciário, de medidas diversas que visam prevenir o delito, ou dar seguridade ao andamento do processo, é o fato de que, existem pressupostos subjetivos por parte destes agentes, em relação a meros suspeitos de terem cometido delitos, ou a questão da periculosidade, ou ainda, indivíduos taxados como vagabundos, por não terem ocupação, ou por possuírem o “perfil delituoso.”⁵⁵

Há a possibilidade de se levantar que a desviação reside naquela camada da sociedade que estigmatiza o indivíduo com o rótulo de desviante, muitas vezes

⁵² CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 1995. Tradução: José Antonio Cardinalli. Ed. Conan, p. 29

⁵³ GOFFMAN, Erving. **Estigma: Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada**. 1988. Tradução: Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Ed. LTC, p. 156

⁵⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 2002. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Ed. Revan, p. 90.

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2002. Tradução: A.P. Zomer, F.H. Choukr, J. Tavares, L.F. Gomes. Ed. Revista dos Tribunais, p. 36.

ignorando as virtudes deste indivíduo, devido às expectativas que a sociedade possui perante seus membros.⁵⁶

2.3 LABELING APPROACH: TEORIA DO ETIQUETAMENTO E REAÇÃO SOCIAL

O status de delinquente tem relação direta com a intervenção dos poderes de controle social do Estado, uma vez que o indivíduo veste o rótulo ao ingressar no sistema prisional, por exemplo. Porém, aquele que não é alcançado pelos órgãos que exercem estas atividades, pode não adquirir o mesmo status.

Neste sentido, Alessandro Baratta explica que, o “labeling approach”⁵⁷ tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista, o autor aborda o efeito estigmatizante da atividade policial, dos órgãos de acusação pública e dos juízes.⁵⁸ O que distingue esta forma de atuação da criminologia, seria a concepção quanto à criminalidade e o criminoso, pois o segundo é construído devido à interação na realidade social onde convive.

No caso do rótulo imposto devido à incriminação do imputado e, conseqüentemente, a sua estigmatização, sucede o status de perigoso, reincidente, ou seja, a difamação do indivíduo, de maneira pública, pela imprensa televisiva, digital ou impressa, antes mesmo de ocorrer sua condenação, mas apenas pela incriminação, que, diga-se de passagem, pode acarretar na absolvição do réu. Além de ter sua honra ferida, isso lhe tirará oportunidades futuras no meio social, como o trabalho, bem como dificuldades em estabelecer relações de confiança, etc.⁵⁹

⁵⁶MOLINA, Antonio Garcia-Pablos De . **Criminologia**. 2006. Tradução: Luiz Flávio Gomes. Ed. Revista dos tribunais, P. 63

⁵⁷ Labeling Approach, ou teoria do etiquetamento, ou teoria da reação social, surgiu na década de 60, nos Estados Unidos, revolucionando a maneira de pensar a sociologia criminológica no que tange ao criminoso, referente interação deste com a sociedade, pois esta teoria defende que o criminoso (ou desviante) não seria concebido a partir do meio social em que convive (ou seja, o indivíduo viria a delinquir por ser pobre), mas sim da interação com outros indivíduos, uma vez que as regras são criadas por pessoas as quais são atribuídas esses poderes, tornando como desviantes as condutas que são (e serão) praticadas por determinadas pessoas, logo, ao infringir essas regras, o desviante atinge a criminalização primária, que é o mero ato de delinquir, mas quando este sofre a repressão por parte da sociedade, ou seja, a reação social ao ato delituoso, este indivíduo sofre um etiquetamento, dá-se o desvio secundário, a rotulagem deste indivíduo, por meio dos órgãos estatais, como polícia, Poder Judiciário, etc.

⁵⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 2002. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Ed. Revan, p. 86.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2002. Tradução: A.P. Zomer, F.H. Choukr, J. Tavares, L.F. Gomes. Ed. Revista dos Tribunais, p. 588.

Os órgãos estatais responsáveis pelo controle social formal são influenciados pelo contexto social onde atuam, e ainda, existe a pressão por parte dos meios de comunicação e, conseqüentemente da opinião pública. Este pânico introduzido pela mídia (que serve aos interesses da classe dominante) é lucrativo, e ao mesmo tempo, dá margem às ações das autoridades, para que estas “lutem” contra este problema.⁶⁰

O controle social é eficaz quando se trata de configurar a criminalidade, devido à sua intervenção discriminatória. Neste caso, a pessoa do delinquente fica em segundo plano para os teóricos do labelling approach, logo, analisa-se a realidade social onde as leis são aplicadas, pois as classes sociais oprimidas cometem mais crimes, devido ao controle social ser imposto sobre elas, em outras palavras, os agentes do controle social formal, ao perpetuarem a dominação em uma sociedade desigual, promovem cada vez mais injustiças.⁶¹

O que fica evidente em se tratando da reação social é que o delito e o delinquente são coadjuvantes, a reação da sociedade e dos órgãos de controle é que protagonizam a criminalização. Jorge de Figueiredo Dias cita que “alguns homens bebem em excesso, são chamados alcoólicos, outros não; alguns homens se comportam de forma excêntrica são compulsivamente internados em hospitais, outros não,”⁶² ou seja, depende quase que de forma exclusiva à sociedade decidir quem vestirá o rótulo de desviante.

Em outras palavras, o sistema criminal é tido como uma ferramenta a serviço dos interesses de quem detém o poder, ou seja, a classe dominante. Outro exemplo a ser levantado em relação à reação social é o do homicídio. Matar alguém, tipificado no Código Penal, assim como o roubo com resultado morte, ambos os crimes são repudiados pela sociedade, logo, o delinquente que os comete receberá uma etiqueta correspondente.

Mas no caso da morte que ocorre com base na legítima defesa, ou em uma guerra, ou ainda, a morte decorrente de intervenção policial, no cumprimento do dever, são exemplos de homicídios (matar alguém) em que não haverá o etiquetamento negativo, por não serem considerados como condutas desviantes.⁶³

⁶⁰ ÁVILA, Gustavo Noronha de. (Org.). **Fratras do Sistema Penal**. 2013. Ed. Sulina, p. 62

⁶¹ MOLINA, Antonio Garcia-Pablos De. **Criminologia**. 2006. Tradução: Luiz Flávio Gomes Ed. Revista dos tribunais, P. 97

⁶² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. 1997. Ed. Coimbra, p. 346

O delinquente, portanto, ao ser rotulado, tem a opção de assumir este papel, isto é, adaptar-se e buscar certas “vantagens” que virá a ter com a nova identidade, pois outro delinquente, ao vê-lo como tal, poderá dar respaldo ao novo integrante de seu grupo, e devido ao seu novo status, este indivíduo absorverá novas relações, experiências, ele não sentirá vergonha de sua etiqueta, pelo contrário, pois agora, finalmente, ele é aceito.⁶⁴

2.4 A ESTIGMATIZAÇÃO DO “PERIGOSO”

Na sociedade em que vivemos, existem “padrões” que todo cidadão “de bem” deve seguir, como os bons costumes, estudar, trabalhar, ter uma profissão e ocupação. Rotineiramente quando duas pessoas estranhas são apresentadas, a aparência de ambas é o primeiro impacto que se tem em relação à personalidade, tanto de uma, quanto de outra. Deste modo, pode-se interpretar a personalidade do indivíduo, bem como presumir, sua honestidade, ocupação, etc. Ou seja, o status que a pessoa possui na sociedade, ou identidade social, nas palavras de Erving Goffman.⁶⁵

Nesta perspectiva, a sociedade tende a esperar e exigir certos comportamentos dos indivíduos que a compõem, o estranho, ao ser visto, devido a algumas evidências, pode ser considerado diferente, não se encaixando nesta parcela da sociedade que vislumbra o padrão supramencionado. Neste caso, este indivíduo passará a ser indesejado, ou em alguns casos, considerado como perigoso, mau, ruim, desprovido das características que o tornariam pessoa.

Assim, caracteriza-se o estigma como sendo uma cicatriz, uma deficiência que causa descrédito, um estereótipo. Sendo assim, o próprio indivíduo pode se considerar desacreditado em uma relação, ou esperar por este comportamento das pessoas que o verão como desacreditável, pois ele possui traços que chamarão a atenção dos demais indivíduos, deixando-os desatentos para os seus demais atributos.⁶⁶

⁶³ LARRAURI, Elena. **Criminología y Derecho: La Herencia de La Criminología Crítica**. 2000. Ed. Siglo Vientiuno de España Editores, p. 30

⁶⁴ LARRAURI, Elena. **Criminología y Derecho: La Herencia de La Criminología Crítica**. 2000. Ed. Siglo Vientiuno de España Editores, p. 38

⁶⁵⁶⁴ GOFFMAN, Erving. **Estigma: Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada**. 1988. Tradução: Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Ed. LTC, p. 12

⁶⁶ GOFFMAN, Erving. **Estigma: Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada**. 1988. Tradução: Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Ed. LTC, p. 14

Ao considerar o indivíduo estigmatizado como um não humano, surgem as oportunidades de tratá-lo como tal, negando-lhe, até mesmo, o direito à vida. Ao idealizar o “homem médio”⁶⁷ e exigir determinados atributos dos membros da sociedade, esta sociedade consumista e esbranquiçada constrói um raciocínio para explicar a inferioridade que o indivíduo estigmatizado possui, e geralmente se usa pseudônimos pejorativos, como “bandido”, para que as pessoas “normais” sejam advertidas de que aquele indivíduo é perigoso e se deve manter distância. Nas palavras de Erving Goffman:

A estigmatização daqueles que têm maus antecedentes morais pode, nitidamente, funcionar como meio de controle social formal; a estigmatização de membros de certos grupos raciais, religiosos ou étnicos tem funcionado, aparentemente, como um meio de afastar essas minorias de diversas vias de competição; e a desvalorização daqueles que têm desfigurações físicas pode, talvez, ser interpretada como uma contribuição à necessidade de restrição à escolha do par.⁶⁸

O estigma está vinculado à forma de agir da polícia, pois geralmente não se observa a consumação de um delito, mas sim a qualidade pessoal do indivíduo, tendo critérios de presunção de periculosidade do mesmo, ou seja, é de praxe um determinado indivíduo vir a delinquir. São os estereótipos que determinam onde a polícia deve atuar e quem abordar, ela irá se deslocar aos bairros pobres e abordar pessoas “suspeitas”, devido à cor da pele, cabelo, vestimentas, etc., e neste contexto o cenário é de suma importância, pois um negro em um bairro de ricos estaria à procura de uma vítima.⁶⁹

Há casos em que o próprio advogado de defesa classifica seu cliente como “sem cultura”, para tentar justificar o motivo de seu cliente agir como um animal irracional, ou seja, este pensamento é atuante mesmo entre os atores do judiciário, pois, segundo Roberto Kant de Lima, nenhum juiz, promotor, advogado ou jurado deixa de admitir este argumento, por se tratar de uma manifestação corriqueira, embora juridicamente não se considere essas pessoas como animais, esses argumentos circulam normalmente, obviamente por estes indivíduos se encaixarem

⁶⁷ O termo homem médio é utilizado no Direito para definir o homem padrão, o bom samaritano, aquele que não infringe nenhuma regra.

⁶⁸67 GOFFMAN, Erving. **Estigma: Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada**. 1988. Tradução: Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Ed. LTC, p. 150

⁶⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia: O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena**. 1997. Ed. Coimbra, p. 453

no estereótipo criminalizado, enquanto as pessoas das classes média e alta são providas de cultura e educação.⁷⁰

Atualmente o estigma tem dupla utilidade, pois ao punir o criminoso, fica o sinal de alerta sobre o perigo que este representa. Em alguns estados dos Estados Unidos, se utiliza o registro de pedófilos, além de utilização de uniformes. Ainda, alguns criminosos são obrigados a se declararem culpados publicamente, através de placas e sinais, ou seja, tanto para punir quanto para proteger o público, a estigmatização se faz presente.⁷¹

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi observado no presente artigo que os selecionados pela polícia, pelo sistema penal e judiciário são os pobres e excluídos dos bairros vulneráveis da sociedade, vulneráveis à ação violenta por parte da polícia, devido ao lugar onde residem, sua estrutura financeira, cor da pele, cabelo e vestimentas. Assim, a ação policial é destinada à determinada parcela da população, a fim de manter a “segurança” da outra parte, ou seja, garantir o “bem-estar” dos bairros já favorecidos, bem como “combater a criminalidade” através do policiamento ostensivo, que muitas vezes é letal.

A teoria do desvio é de suma importância no estudo da criminalização do indivíduo, e neste trabalho se concluiu que as regras criadas têm o atributo de criminalizar as condutas realizadas pela mesma classe de pessoas citada anteriormente, ou seja, os desprovidos de patrimônio. Logo, neste contexto, foca-se não no indivíduo, mas nas normas criadas para incidir sobre este indivíduo, isto é, o sistema penal. A partir daí, se trabalhou a criminalização secundária, concomitantemente com o labeling approach ou teoria do etiquetamento e com a estigmatização.

Com isso se concluiu que o indivíduo, ao sofrer a estigmatização, que pode se dar pela simples discriminação do indivíduo ou, quando este é selecionado pelo sistema penal, o estigma pode ser considerado como uma cicatriz que o acompanhará, assim como o rótulo ou etiqueta de criminoso que o indivíduo adquire após a criminalização primária.

⁷⁰ LIMA, Roberto Kant. **A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos**. 1995. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 106

⁷¹ GARLAND, David. **A Cultura do Controle: Crime e ordem social na sociedade contemporânea**. 2008. Tradução: André Nascimento. Ed. Revan, p. 385

Quanto à criminalização secundária, se concluiu que a partir da internalização pelo selecionado, da reação social sobre a conduta efetuada por ele, ou seja, a reação da sociedade sobre a conduta delitiva que o sujeito realizou é um dos fatos geradores que irá consolidar a carreira criminosa do delinquente, pois a sociedade o verá como mal, perigoso, indigno de qualquer direito, assim sendo, a carreira criminosa e o cometimento de novos delitos serão o futuro deste indivíduo, fazendo jus ao modo como os cidadãos “de bem” o vêem.

Por fim, com base na pesquisa realizada, observa-se que há certa imunidade em relação às ações violentas cometidas pelos agentes policiais, resguardada pelo direito-dever de agir, que incide sobre o agente público do Estado, isto é, o policial deve agir ao perceber que há a ocorrência de um delito, no entanto, a linha é muito tênue entre o exercício do dever e abusos que possam ser cometidos.

4 REFERENCIAL TEÓRICO

ARENDDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo, 2000. **Atlas da violência do IPEA**. Disponível em WWW.ipea.gov.br.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Fraturas do Sistema Penal**. 2013. Ed. Sulina.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 2002. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Ed. Revan.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 1999. Tradução: J.Cretella e Agnes Cretella. Ed. Resvista dos Tribunais.

BECKER, Howard S. **Outsiders: Estudos de Sociologia do Desvio**. 2008. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Ed. Zahar.

BELLI, Benoni. **Violência policial no Brasil: elementos para uma aproximação teórica a partir dos pensamentos de Durkheim e Weber**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.7, n.27, jul./set. 1999, p. 295-308.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1992. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Ed: Campus Ltda.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 1995. Tradução: José Antonio Cardinali. Ed. Conan.

Constituição Federal de 1988.
Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940.

- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. 1997. Ed. Coimbra.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2002. Tradução: A.P. Zomer, F.H. Choukr, J. Tavares, L.F. Gomes. Ed. Revista dos Tribunais.
- GARLAND, David. **A Cultura do Controle: Crime e ordem social na sociedade contemporânea**. 2008. Tradução: André Nascimento. Ed. Revan.
- GOFFMAN, Erving. **Estigma: Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada**. 1988. Tradução: Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Ed. LTC.
- IBCCRIM. **Notícias**: Em cinco anos, PM de São Paulo mata mais que todas as polícias dos EUA. Notícia veiculada em 07 nov. 2011. Disponível em: <www.ibccrim.org.br/noticia/13905-Em-cinco-anos,-PM-de-Sao-Paulo-mata-mais-que-todas-as-policias-dos-EUA>. Acesso em 24 jun. 2016.)
- LARRAURI, Elena. **Criminologia y Derecho: La Herencia de La Criminología Crítica**. 2000. Ed. Siglo Vientiuno de España Editores.
- LIMA, Roberto Kant. **A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos**. 1995. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense.
- MOLINA, Antonio Garcia-Pablos De. **Criminologia**. 2006. Tradução: Luiz Flávio Gomes Ed. Revista dos tribunais.
- MONET, Jean-Claude. **Polícias e Sociedades na Europa**. 2001. Tradução: Mary de Barros.
- PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. Editora Saraiva. 3ª Ed. 2012.
- PIVA, Otávio. **Comentários ao Art.5º da Constituição Federal de 1988 e Teoria dos Direitos Fundamentais**. 3ª Ed. Editora Método. São Paulo. 2009.
- SÁ, Alvinio Augusto de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SCHECAIRA, Sérgio Salomão (Coord). **Criminologia no Brasil**. 2011. Ed. Elsevier.
- SABADELL, Ana Lucia. **Problemas Metodológicos na História do Controle Social: O Exemplo da Tortura**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.10, n.39, jul./set. 2002, p. 265-288.
- SUDBRACK, Aline winter. **A Violência Policial e o Poder Judiciário**. 2008. Tese de Doutorado.
- WACQUANT, Loic. **As Prisões da Miséria**. 1999. Tradução: André Telles. Coletivo Sabotagem. 2004.
- WACQUANT, Loic. **Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. 2001. Ed. Freitas Bastos.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**. 2001. Tradução: Vânia Romano Pedrosa. Ed. Revan.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 2007. Tradução: Sérgio Lamarão. Ed. Revan.

ESTADO PENAL MÁXIMO E TOLERÂNCIA ZERO AO CRIME COMO MEIOS DE APLICAÇÃO DE JUSTIÇA SOCIAL: PARA QUÊ (M)?

Betina Heike Krause Saraiva¹

“A modernidade líquida é uma civilização do excesso, da superficialidade, do refugio e de sua remoção”. (BAUMAN, 2005, p. 120)

RESUMO: O presente trabalho trata do movimento de Lei e Ordem ou também conhecido como tolerância zero desenvolvido nos Estados Unidos com o objetivo de coibir desde os pequenos delitos aos de maior gravidade com severidade, a partir de uma polícia combativa e da instituição da pena de morte, conferindo maior rigor ao aparato penal. A “limpeza das ruas” gerou uma expectativa e um sentimento de justiça social na população. Entretanto, defende-se que o criminoso não teme as consequências da pena e que a sensação de impunidade que ostenta é maior que o suposto temor da sanção penal. A tolerância zero transforma-se mais em uma forma de criminalizar a miséria e legitimar um Estado policialesco e punitivo do que efetivamente garantir a diminuição da criminalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Tolerância zero. Estado Penal. Direito Penal Máximo. Justiça Social.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Estado (Direito) Penal Máximo como aplicador de Justiça Social? 3 Tolerância zero: para quê e para quem? 4 Considerações finais. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Insegurança social, violência urbana, aumento da criminalidade e necessidade de punições mais severas são algumas expressões que têm permeado o senso comum penal e a vida em sociedade. Muitos opinam sobre as ciências criminais sem a compreensão técnica do fenômeno.

1 Especialista e Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Doutora em Direito (PUCRS). Professora visitante na Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Autora das obras: Maridos homicidas no Direito Penal da Paixão (Feevale) e Pena como retribuição e retaliação: o castigo no cárcere (Livreria do Advogado).

Crime e pena são tão antigos quanto a história da humanidade. As teorias que apontam que o ser humano é gregário por natureza, com a necessidade de convivência com os demais, seja nas ciências sociais, seja na psicologia, não descartam os conflitos que surgem dessa aproximação. Fala-se muito em tolerância, em respeito às diferenças, às peculiaridades de cada um, o que, por existirem, geram uma dose de autocontrole de cada sujeito: saber que o outro não pensa e não age como se gostaria é uma das formas de civilização, de amadurecimento pessoal, no que diz respeito à alteridade.

Por certo que, em nenhum momento, se defende que a sociedade deva lidar com o crime de forma natural ou que o criminoso seja diferente. Preconiza-se que, infelizmente, o delito faz parte da natureza humana (veja-se a passagem bíblica de Caim e Abel) e que o ilícito pode ser considerado como algo decisório, motivado por circunstâncias e escolhas pessoais.

Eleições que o Direito permite no respeito à liberdade subjetiva da transgressão, no sentido de que o ordenamento prevê tipos penais que traduzem situações hipotéticas que, se ocorrerem, apenarão o responsável por elas.

Para isso, a maneira como o Estado agir e reagirá a essas escolhas diz respeito à ideologia que o identifica, seja democrática ou autoritária, religiosa ou laica, branda ou severa, sob o aspecto de que o Direito é produto da cultura de uma nação. O apenamento é a consequência jurídica do crime e a imposição da pena, em especial, a de prisão (como tem sido executada atualmente, pela teoria da retribuição) é aplicada como castigo.

Castigo no sentido de retribuir o mal do crime com o mal da pena, uma vingança institucionalizada, legitimada pelo Estado e imposta mediante sua autoridade. Um dos problemas que surge na aplicação da pena, em especial, aos crimes mais graves (cárcere) é a concentração nas mãos do juiz que a aplicará, a necessidade de dosá-la considerando que em delitos de grande repercussão, a cobrança social por punições “exemplares” é grandiosa.

O senso comum penal acredita no Estado punitivo como aquele que resolverá os problemas da criminalidade. Delito se administra, não se combate. Volta-se ao argumento de que o crime faz parte da humanidade. É algo irrenunciável. Delito pode ser qualquer conduta “leve” ou mais grave e não deixa de se apresentar como tal.

Vive-se em uma época de julgamentos. Acolhe-se ou não aos refugiados. Aceita-se não o sujeito de tal crença religiosa. E quanto ao crime? Deve-se julgar o criminoso conforme a legislação, de acordo com o processo em razão do fato supostamente praticado.

A questão processual integra a racionalidade da aplicação do Direito frente ao crime. Entretanto, percebe-se que a sociedade quer respostas mais rápidas, com a sensação de que se a pena for dura, como uma prisão perpétua ou pena de morte, o criminoso pensaria antes da prática do fato. Aí encontra-se um ponto central da temática da tolerância zero: uma crença apaziguadora dos ânimos e das preocupações sociais, frente a incontrolável criminalidade que tem sido cada vez mais organizada e estruturada e que, ao que tudo indica, houve uma perda total de controle sobre ela, por parte do Estado.

Será que frente aos anseios sociais por segurança, tranquilidade e estabilidade, a tolerância zero ou a existência do Estado penal, penitência, policialesco e punitivo alcançam a almejada Justiça social?

2 ESTADO (DIREITO) PENAL MÁXIMO COMO APLICADOR DE JUSTIÇA SOCIAL?

Pensar em um Estado ou em Direito Penal Máximo, no sentido de policialesco e como *prima ratio*, leva a reflexão da aplicação da violência pelo Estado para a contenção da violência. Ao que indica parece um contrassenso na medida em que o Estado se coloca como promotor de direitos fundamentais e garantias individuais e na posição de assegurar que sejam efetivados a todos, independentemente de qualquer particularidade, como cor, credo, classe social etc. Entretanto, para legitimar esse Estado Penal, lança-se mão de uma série de aparatos concatenados, como a polícia, o Poder Judiciário Criminal, o Ministério Público que ostentam e legitimam a força institucional sobre o cidadão. A Criminologia, assim como a política criminal, visa um estudo mais aprofundado da criminalidade, a fim de saná-la ou tentar reduzi-la como estratégias de neutralização.

Oportuno salientar que a sensação de segurança seria o norte a legitimar o Estado penal como um instrumento a serviço da paz. Percebe-se na contemporaneidade, como advoga Wacquant (2001, p.18), "(...) a redefinição das missões do Estado que, em toda a parte, se retira da arena econômica e afirma a

necessidade de reduzir seu papel social e de ampliar, endurecendo-a, sua intervenção penal”.

Entretanto, o Estado se vê ancorado por um sistema prisional que, em que pese falido, ainda é o que o Estado oferece para interferir de forma mais contundente no que tange às práticas criminosas. Ineficaz no sentido de cumprir com a função de (re) integração e ressocialização a qual a legislação se propõe, ressaltando-se a aplicabilidade da mera retribuição que, ao que parece, é a justificativa mais festejada de imposição de pena na atualidade.

Nesse sentido aduz Copetti:

Há um arbítrio legislativo na criação de tipos penais que pretende uma segurança jurídica a partir de uma suposta competência dos legisladores em criarem o mundo jurídico de forma racional e democrática. Os dados realísticos revelam que, pela exacerbação da função legislativa incriminadora resultou apenas um aumento da atuação estatal repressora, de forma violenta, seletiva e totalmente violadora dos mais elementares direitos fundamentais dos cidadãos. (COPETTI, 2000, p. 201)

A explosão legislativa leva o Estado a prestar contas ao particular de que está empenhado em “combater” a criminalidade ou que, pelo menos, se preocupa com ela, mesmo que pretenda se apresentar como um “um vingador” contra o crime, em especial, não visando investir na melhoria dos presídios, contudo, criando tipos penais e cogitando a redução da maioria penal sem qualquer estrutura para isso.

Estado Penal Máximo é aquele que trabalha com o sentido da “dor”. Sofrimento com as consequências do delito. Segundo Bauman e Donskins (2014, p.21), “a dor é uma arma crucial do organismo em sua defesa às ameaças mortais. Ela assinala a urgência de se empreender uma ação terapêutica antes que seja tarde demais para intervir”. Essa passagem traz algumas palavras-chave que traduzem a contemporaneidade: arma, defesa, ameaça, urgência e intervenção (intervir). O crime traz consigo essas características e a sociedade que se percebe como vítima, tem a sensação de periculosidade e fobia urbanas, em que pese também concorrer para o crime, no momento em que compra drogas, em que se omite diante da prática de crimes aos quais têm conhecimento.

Percebe-se um Estado que se pretende aparelhar de munições (armas de fogo em especial), contudo deixando de investir em políticas públicas, pela mentalidade de que é preferível reprimir punindo a prevenir.

Atrelado a isso surge a seletividade do próprio Estado, no que concerne ao criminoso, seleção essa que inicia na autoridade policial. Dos delitos cometidos no país poucos são os contemplados nas estatísticas.

Segundo Thompson:

A partir de meados do nosso século, algumas pesquisas lograram evidenciar a existência da discrepância entre o número de crimes constantes das estatísticas oficiais e a realidade escondida por trás dele. Observou-se que, embora os índices de ordem formal indiquem existir uma considerável quantidade de infrações, o total dos delitos praticados supera-os largamente. Apenas uma reduzida minoria das violações a lei criminal chega à luz do conhecimento público. A brecha constatada entre os crimes cometidos e os registros denominou-se de “cifra negra da criminalidade” (...) (THOMPSON, 1998, p.3)

Em proporções continentais e com o desmantelamento da credibilidade de instituições, incluindo o próprio Estado, em regiões nas quais não há nenhum investimento em políticas públicas e nas quais há ausência de sistemas de controle social, é realmente difícil que a totalidade dos delitos seja apurada.

Atrelando o tratamento despendido aos criminosos “selecionados” no Brasil, interessante a menção de Peczenik, sobre uma teoria da Justiça que a concretiza através de fórmulas criadas por Perelman:

1. Deve-se tratar cada indivíduo da mesma maneira.
 2. Deve-se tratar cada indivíduo de acordo com seus méritos.
 3. Deve-se tratar cada indivíduo de acordo com seu trabalho.
 4. Deve-se tratar cada indivíduo de acordo com suas necessidades.
 5. Deve-se tratar cada indivíduo de acordo com sua classificação.
 6. Deve-se tratar cada indivíduo de acordo com seu direito.
- (PERELMAN *apud* PECZENIK, 2009, p. 83)²

Esse é um conceito interessante, pois traz em seus elementos algumas características bastante valorizadas como o mérito, o trabalho, o tratamento igualitário, ao mesmo tempo que ressalta a diferença relativamente a que as pessoas devam ser tratadas da mesma forma. Bauman (1998, p. 82) reforça que “a tolerância é condição necessária a toda a justiça”.

Ao mesmo tempo, a vigilância faz parte da atividade do Estado Penal, especialmente, quando do aumento da criminalidade. Eis o que pondera Foucault (2000, p. 67): “de acordo com um processo circular quando se eleva o limiar da

2 “One ought to treat each individual in the same manner. One ought to treat each individual according to his merits. One ought to treat each individual according to his work. One ought to treat each individual according to his needs. One ought to treat each individual according to his rank. One ought to treat each individual according to his legal entitlement”. (Tradução livre)

passagem para os crimes violentos, também aumenta a intolerância (...), os controles ficam mais rígidos, as intervenções penais se antecipam e tornam-se mais numerosas”.

Intervenção, tolerância e violência são algumas expressões que permeiam as relações dos particulares para com o Estado. Além disso, eis a necessidade de se tratar da Justiça Social compreendida como o tratamento igual a todas as pessoas, sem prejuízo de sua raça, gênero, religião, origem étnica, patrimônio, em suma, sem qualquer preconceito.

O conceito de Justiça envolve o certo e o errado e as pessoas recebem sanções positivas ou negativas de acordo com seus comportamentos passados. A Justiça social entende que todas as pessoas merecem e devem ter acesso aos mesmos direitos e recursos.³

Pensar no social envolve o coletivo. O processo civilizatório requer renúncias às paixões e autocontrole diante das adversidades da vida. A raiva, em muitos círculos sociais, não é tolerada em suas manifestações. A vida em sociedade requer comportamentos previamente estabelecidos como aceitáveis. Em razão da dificuldade na manutenção de relações interpessoais pacíficas, o Estado é encarregado de sancionar as condutas ilícitas, ao mesmo tempo, em que deve garantir a igualdade de tratamento a todos, sem distinções: eis o contrato social.

Para Rawls (2002, p.26), “(...) uma sociedade está adequadamente ordenada quando suas instituições maximizam o saldo líquido de satisfações”, relacionando a justiça social ao bem-estar do grupo.

A questão que se impõe é se o Estado Penal através do Direito Penal Máximo consegue garantir esse bem-estar mediante a concretização de seus postulados. Um “forte” argumento seria o de que é uma forma de Administração voltada para a segurança pública, isto é, para todos. Garantir apenamentos maiores seria uma forma de atuação e presença de um Estado que não se omite frente ao conceito de Justiça que trabalha com a questão do merecimento.

Em que pese os cidadãos merecerem tratamento proporcional a suas atitudes, a pena mais rígida ou enérgica não resolverá o problema da criminalidade.

3 What is social justice? Disponível em <https://www.socialworkdegreeguide.com/faq/what-is-social-justice/>. Acesso em 25 de abril de 2019. Justice involves concepts of right and wrong and people receive positive or negative sanctions based on their past performance. Social justice, however, maintains that all people deserve and should have access to the same rights and resources. (Tradução livre)

Não é a repressão que dará conta das mazelas criminais e criminógenas de uma (des) organização social.

O Estado penal ou penitência ou policialesco acaba por admitir seu fracasso no controle à delinquência, uma vez que não assegurou a efetivação da Justiça social, no momento em que não garantiu igualdade de tratamento aos desiguais, em oportunidades, sistema de saúde adequado, escolarização, trabalho e políticas de prevenção ao delito, como as políticas públicas.

Logo, Estado Penal e Justiça Social são dois binômios que não caminham necessariamente juntos. Por isso, seria imprudente atrelá-los a fim de justificar a atuação de penitência e punibilidade institucionais.

3 TOLERÂNCIA ZERO: PARA QUÊ E PARA QUEM?

O questionamento da eficiência ou eficácia da tolerância zero remete ao *para quê*, no sentido de objetivo. Repousa na ideia de que em que pesem as iniciativas legislativas na criação de novos tipos penais, como anteriormente explanado, o incremento da criminalidade e a audácia nas práticas delituosas, com o aporte da tecnologia e do despreparo ou negligência institucional na sua contenção, fizeram com que o Estado perdesse o controle.

Apesar da pretensão estatal em tentar coibir os crimes com os novos tipos penais, sabe-se que a realidade do mundo estático das letras é bastante diferente das práticas virtual e real, da velocidade das relações e das interações criminosas.

Em matéria de redes sociais, o mundo virtual é pródigo em *cybercrimes*; os casos de homofobia têm tomado altas proporções e os de feminicídio, ao que se tem noticiado e percebido, têm crescido de forma avassaladora, independente do rigor penal e do dito empoderamento feminino que a mídia busca ostentar em prol da valorização da mulher na sociedade, ainda vítima da violência masculina em pleno século XXI.

Alguns estudiosos das Ciências Penais diante do despreparo do Estado e de sua inabilidade na neutralização criminal, seja mediante a legislação ou pelo sistema penal da forma como tem se apresentado, defendem o abolicionismo como via para o apaziguamento das relações sociais, o desmantelamento dos órgãos penais e uma intervenção no cometimento de condutas “lamentáveis”. Sejam quais forem as defesas, o Estado, forte ou não, continua detendo a legitimidade do aparato punitivo.

Questiona-se a tolerância zero: “para quem”?

Wacquant (2001, p. 37) critica veementemente o sucesso atribuído à tolerância zero no que tange à redução da criminalidade norte-americana, uma vez que esse “êxito” foi globalizado. Em tempos de refugiados, migrantes e todas as pessoas que para alguns são “inadequadas ou não bem-vindas”, a tolerância zero conquista espaço, seja no campo penal seja no comportamental. Um reflete no outro. Ambos excluem o diferente. Eis o que sustenta: “a tolerância zero apresenta, portanto, duas fisionomias: diametralmente opostas, segundo se é alvo (negro) ou beneficiário (branco), isto é, de acordo com o lado onde se encontra essa barreira de casta que a ascensão do Estado penal americano tem como efeito – ou função – restabelecer e radicalizar”.

Advoga Bauman (2004, p. 48) que “todo modelo de ordem é seletivo e exige que se cortem, aparem, segreguem, separem ou extirpem as partes da matéria-prima humana que sejam inadequadas para a nova ordem, incapazes ou desprezadas para o preenchimento de qualquer de seus nichos”.

Como pondera Dworkin, no que diz respeito ao “direito de infringir a lei”:

Se um homem crê que tem o direito a manifestar-se, deve também crer que seria mal que o Governo o impedisse, com ou sem o benefício de uma lei. Se está a autorizado para crer nisso é uma bobagem falar de um dever de obedecer a lei como tal, ou de um dever de aceitar um castigo que o Estado não tenha o direito de o impor. (DWORKIN, 1997, p. 287)

A tolerância zero traz uma (falsa) sensação de segurança à população não desviante. O objetivo do Estado penal é apontar nessa direção: na efetividade do cumprimento de uma política criminal de lei e ordem, combativa e eficiente, pronta para “acabar” com a criminalidade.

Nessa esteira de pensamento, Bauman (2005, p.67) retrata a ideia do Estado do bem-estar, um Estado social, cujas funções protetoras “(...) se reduzem para atingir uma pequena minoria dos não empregáveis e dos inválidos, embora essa minoria tenda a ser reclassificada e passar de um assunto de serviço social para uma questão de lei e ordem – a incapacidade de participar do mercado tende a ser cada vez mais criminalizada”.

O “refugo” tem a ver com a violência na medida em que os que não são considerados úteis, portanto, substituíveis, os que não consomem no mercado e os que estão a margem do que a sociedade espera ou produz enquanto padrões de comportamento compõem a clientela do Estado penal, que os vê como ameaça a

vida ordeira. E, muitas vezes, pela fluidez e liquidez da vida atual não é possível, de pronto, identificá-los.

Na esteira desse pensamento, Pozzebon reflete:

Nesse contexto de violência, o sujeito, que diluído entre muitos outros, em um mundo cada vez mais veloz e virtual, sente-se protegido e inatingível diante de seu anonimato e dos mecanismos burocráticos estatais. É nesse contexto de violência que podem ser incluídos tanto os pequenos furtos como os crimes do colarinho branco ou a corrupção. A dimensão das cidades somada à dinâmica social atual, não propicia identificações; o nosso outro na cidade é sempre um desconhecido. (POZZEBON, 2012, p. 194).

Ao aplicar a tolerância zero, o Estado criminaliza a miséria, a pobreza e as demais formas de exclusão social. Incluídos são os que estão no mercado de trabalho, que consomem e que são considerados os “bons pais de família”, o homem médio, como conceito do Direito Civil. O Estado acredita que conhece sua clientela, entretanto, o delinquente está em qualquer classe social e não tem um estereótipo definido, inexistente um perfil lombrosiano que sirva de base.

A tolerância zero se erige com uma proposta de *broken windows* (janelas quebradas) sob o argumento de que coibindo mediante punições imediatas os pequenos delitos se estaria contribuindo para a efetividade de uma pronta resposta estatal e estar-se-ia evitando a espiral criminosa por aquele pequeno delinquente. Assim não haveria escalada para crimes violentos.

Sobre o Direito Penal Máximo, que caminha de mãos dadas com a tolerância zero, cumpre mencionar Beccaria (1998, p. 46), no que tange ao incremento das punições para frear os criminosos violentos: “a experiência de todos os séculos demonstra que a pena de morte jamais deteve celerados com a firme determinação de praticar o mal”.

Uma das formas de se justificar a tolerância zero é o uso da força pela polícia, para deter os criminosos. Inclusive, a pena deve apresentar uma justificação, para legitimá-la, ainda que seja uma mera retribuição, um pagamento do mal do crime com o mal da sanção. (WILLIAMS, 2012, p. 177)

O “para quê” da tolerância zero representa incutir na mente do cidadão de que o Estado está agindo no controle da criminalidade, legislando, prendendo e mantendo o criminoso preso até o que a lei permitir. O “para quem” destina-se ao marginalizado (refugo) que aparece nas estatísticas criminais reafirmando o sofrimento de quem merece ser castigado.

A tolerância zero tem recebido outro olhar nos Estados Unidos. O movimento de janelas quebradas é conhecido como a “Bíblia do policiamento”, dirigido a crimes insignificantes (*petty crimes*), como pichações, vadiagem, embriaguez e até pedir esmolas. Essas condutas estão sendo severamente julgadas pelas Cortes. Segundo o antigo chefe de Polícia de Los Angeles e da cidade de Nova York, William J. Bratton, conforme o jornal *The New Yorker* (2019), “se você cuidar das pequenas coisas, então você consegue evitar as grandes coisas”. Essa foi uma declaração que trouxe a crítica de que a polícia estava parando, revistando e prendendo mais pessoas, particularmente em áreas de maior criminalidade, utilizando como alvo as minorias, em especial, homens negros.⁴

Um movimento contra minorias não expressa justiça social. Justiça social é para todos, independentemente de particularidades. Nessa esteira, Rawls (2002, p. 34) traz seu pensamento de forma lúcida: “a prioridade da justiça se explica, em parte, pela aceitação da ideia de que os interesses que exigem a violação da justiça não têm nenhum valor”.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do ponto de vista dessa abordagem conclui-se que a tolerância zero destaca-se como um instrumento a serviço do senso comum penal, que justifica os meios pelos fins, isto é, o qual acredita que endurecendo a legislação, o crime vai diminuir consideravelmente. De um lado tem-se o ideal; de outro, o possível.

Sustenta-se que a severidade das penas não guarda relação com redução das condutas criminosas. O fato do conhecimento da ocorrência da prática de um fato delituoso não afasta a sensação de controle estatal em razão de que os crimes que chegam a autoridade policial – e por isso não há que se confiar cegamente em estatísticas criminais – são consideravelmente pequenos em relação aos que são cometidos diariamente.

4 “Broken Windows” is one of the most cited articles in the history of criminology; it’s sometimes called the Bible of policing. Since the nineteen-eighties, cities throughout the world have used Wilson and Kelling’s ideas as motivation for “zero tolerance” policing, wherein officers monitor petty crimes, such as graffiti, loitering, public intoxication, and even panhandling, and courts severely punish those convicted of committing them. “If you take care of the little things, then you can prevent a lot of the big things,” the former Los Angeles and New York City police chief William J. Bratton has said. (Bratton has also applied the theory in overseas consulting work.) In practice, this meant stopping, frisking, and arresting more people, particularly those who live in high-crime areas. It also meant a spike in reports that police were unfairly targeting minorities, particularly black men.

Um Estado punitivo de tolerância zero acentua ainda mais as desigualdades sociais e a intolerância, não compatíveis com os postulados de Justiça Social, corroboradas pelas expressões “nós” e “eles”. Essa dicotomia é utilizada pela Criminologia para deixar bem claros os distanciamentos, separações e rupturas que advêm da sociedade para excluir indivíduos os quais a integram e são por ela rejeitados.

O movimento de Lei e Ordem ou tolerância zero, nos Estados Unidos, importado com interesse por outros países e ovacionado pela suposta sensação de segurança, delegando autoridade a uma polícia combativa se mostrou uma falácia no sentido de que a criminalidade violenta se manteve.

Os avanços na economia americana vieram a amenizar a criminalidade nos anos 90, contudo não a extinguiram ou a controlaram por completo. A tolerância zero partiu de uma política criminal excludente, intolerante mais às pessoas que “em potencial” incomodavam, deixavam feias as cidades e praças, os “desagradáveis”, como latinos, pobres e prostitutas.

Um Estado penal segregador. A tolerância zero funciona mais como uma legitimação a um Estado que se coloca como indispensável na vida do cidadão, administrando segurança pública. Além disso a mídia falada e impressa exacerba a fobia social, incutindo ainda mais o sentimento de vulnerabilidade no cidadão, na descrença quanto ao aparato protetivo do Estado, questionando sua habilidade em tratar da violência, principalmente, urbana.

Um ponto importante ao se questionar “para quem a tolerância zero” é se realmente apresenta eficácia a sua clientela preferencial ou final: o criminoso. Ao que parece, não. O criminoso tem certeza da impunidade, é destemido frente a suas práticas criminosas e não é o endurecimento ou o rigor penal que o afastam do crime. Quando se determina a isso segue em frente. Estudos demonstram que os Estados norte-americanos que adotaram a pena de morte não perceberam redução da criminalidade violenta.

A pena existe, *a priori*, no mundo estático, abstrato e “ideal” das letras ou dos Códigos. Até que o Estado use o seu braço armado (Direito Penal) se é que vai usá-lo, o criminoso conta com essa possibilidade, de que esteja na cifra negra, longe das garras do sistema.

O apenamento é uma vingança institucionalizada, uma retribuição do mal pelo mal, não se destinando, pelo que se depreende da privação de liberdade, ao caráter educativo.

Da mesma forma que o Estado falha em termos de aplicabilidade da justiça social, nas violações a direitos fundamentais e na fantasia do endurecimento das penas como solução ao problema da criminalidade, o delinquente descumpre o pacto social, indiferente aos impactos que sua conduta gera, confiante na ausência de punibilidade pelo Direito. São dois fracassos que se apresentam: pessoa humana e Estado em crise.

Essa temática privilegiou o universo criminal para tratar do movimento de lei e ordem ou tolerância zero. Contudo, a intolerância tem sido debatida por diversas áreas do Direito, uma vez que as ciências jurídicas nada mais são do que o reflexo do *modus vivendi* de uma sociedade. Presencia-se, atualmente, uma vida baseada na intolerância à diferença, ao desrespeito, muitas vezes, a opiniões contrárias e, principalmente, a uma sociedade de consumo, presenteísta e hedonista, na qual quem compra e ostenta, tem poder e visibilidade.

Pessoas “invisíveis” também têm humanidade. É uma questão de ética nas relações. A tolerância zero, ao que indica, preocupa-se mais com a promoção da repressão, que com políticas públicas que promovam a pacificação sem violência.

A Lei e Ordem ou tolerância zero são propulsores de injustiça social na medida em que criminalizam ou orientam sua atuação a marginalizados que, em regra, se apresentam como os destinatários do sistema penal tradicional.

O mundo tem parecido indiferente ao sofrimento alheio, mediante ausência de empatia: o que importa é a vida pessoal e cada um por si. Existe um vazio e um descontentamento no convívio entre as pessoas e as tecnologias têm promovido ainda maior distanciamento: despersonalizam-se e coisificam-se as relações. Se ninguém se coloca no lugar do outro, o quê e para quê tolerar?

A tolerância vem no sentido de respeitar o outro por suas escolhas e não necessariamente aceitá-las. Cada indivíduo é único, com sua história de vida, personalidade, vivências e que, em que pese ser alvo de expectativas, não conseguirá “agradar” a todos. As pessoas são o que são. A expressão “viva e deixe viver” poderia ser acrescida pelo “viva e deixe eleger”. Como ensina a psicologia é

importante separar o que “é meu e o que é o do outro”, no sentido da liberdade das eleições.

O Direito também respeita a liberdade, sabendo-se que dela virão consequências proporcionais ao agir ou omitir-se. O que difere, no aspecto criminal, por exemplo, será o tratamento dispensado e a forma de aplicação: penas severas ou mais brandas. Nesse caso, caberá ao juiz, que igualmente é uma pessoa não neutra, com suas vivências, não se deixar contaminar pelo “clamor social” de tolerância zero. A racionalidade é fundamental no exercício da sua atividade. A paixão deve estar fora do processo.

5 REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BAUMAN, Zygmunt; DONSKIS, Leonidas. **Cegueira moral**: a perda da sensibilidade na modernidade líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

_____. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 11. Ed. São Paulo: Hemus, 1998.

COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Ariel: Barcelona, 1997.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: história da violência nas prisões. 22. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

PECZENIK, Aleksander. **One law and reason**. Lund University: Sweden, 2009.

POZZEBON, Fabricio Dreyer de Ávila. A ilusão do controle da violência pelo Estado na complexidade atual. In POZZEBON, Fabricio Dreyer de Ávila; Ávila, Gustavo Noronha de. **Crime e interdisciplinarietà**: estudos em homenagem a Ruth M. Chittó Gauer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. The other side of “broken windows”. **The New Yorker**. Disponível em: <https://www.newyorker.com/books/page-turner/the-other-side-of-broken-windows> . acesso em: 25 de abril de 2019.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** Rio de Janeiro: Lumens Juris, 1998.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria.** Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
What is social justice? Disponível em <https://www.socialworkdegreeguide.com/faq/what-is-social-justice/>. Acesso em 25 de abril de 2019.

WILLIAMS, Katherine S. Punishment of serious human rights violations by changing internal moral codes. *In* **State crime**: journal of the international state crime initiative. v. 2. Pluto Journals: Great Britain. 2012.

A DESPROPORCIONALIDADE CAUTELAR: A PRAXIS JUDICIAL EM QUE (NEM MESMO) OS FINS JUSTIFICAM OS MEIOS

Bruno Pugialli Cerejo¹

RESUMO: Busca-se no presente artigo apresentar uma análise da prisão de natureza cautelar à luz dos valores que alicerçam o Estado democrático de direito; em especial, a ética e a proporcionalidade. Para tanto, faz-se o cotejo da ética com a violência, buscando-se aferir a relação entre meios eleitos e finalidades almejadas, tendo como pano de fundo o exercício do poder punitivo estatal. O problema que orienta o presente trabalho pode ser sintetizado desta forma: é admissível a imposição de prisão antes de transitada em julgado sentença penal condenatória sem observar o princípio da proporcionalidade, ainda que se atenha ao disposto no direito positivo? Como método de pesquisa, empregou-se o compreensivo racionalista, no sentido de se apresentar e analisar racionalmente fundamentos centrais do conceito de Estado estabelecido na atual Carta política brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Ética. Estado. Direito. Prisão. Preventiva.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A ética como elemento fundante do estado de direito e a proporcionalidade como consectário limitador do exercício do poder. 3 Violência e ética no estado democrático de direitos. “os fins justificam os meios”? 4 A impossibilidade de decretar prisão preventiva quando, em hipótese de condenação, o acusado não receberia regime inicialmente fechado. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A prisão preventiva, espécie de provimento de natureza cautelar previsto na legislação processual penal, consiste na privação de liberdade de indivíduo que esteja sendo investigado ou acusado pela prática de crime a ser determinada pelo juízo competente, nos casos em que esse identificar a subsunção do fato e suas

¹Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul. Pós-Graduado em Direito Público (Const. Adm. e Tributário) pela UNESA. Pós-Graduado em Direito Público e Direito Privado pela EMERJ/UNESA. Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ

características específicas às normas autorizadoras da medida, notadamente os artigos 312 e 313, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, o problema que orienta a pesquisa motivadora do presente trabalho pode ser resumido da seguinte forma: é admissível a imposição de prisão antes de transitada em julgado sentença penal condenatória sem observar o princípio da proporcionalidade, ainda que se atenha ao disposto no direito positivo?

Diante dessa problemática, tem-se como hipótese que a violação dos valores inerentes ao Estado democrático de direito – em especial a ética e a proporcionalidade – estão na rotina das decisões proferidas pelos juízos criminais, mormente nos casos em que, sob a proteção da presunção de inocência, é determinada a total privação de liberdade do indivíduo, muito embora não experimente, quando da prolação de sentença penal condenatória – momento em que é afastada a referida presunção –, tamanha restrição em sua liberdade de locomoção.

A fim de alcançar o objetivo deste trabalho, o texto foi organizado em três tópicos diversos e complementares; assim, inicialmente, analisou-se a ética como elemento fundamental do Estado democrático de direito correlacionando-o com princípio da proporcionalidade como sua consequência necessária; posteriormente, buscou-se, com base nas conclusões obtidas, entender a relação eventualmente existente entre a ética e a violência no Estado democrático de direito, analisando, na forma de questionamento, a possibilidade de os fins justificarem os meios; finalmente, apresenta-se uma análise crítica, com base na doutrina e jurisprudência dos Tribunais Superiores, objetivando demonstrar a necessidade inafastável de as decisões judiciais que determinam a segregação cautelar, além de observar a lei, ter por parâmetro e limite o princípio da proporcionalidade.

2 A ÉTICA COMO ELEMENTO FUNDANTE DO ESTADO DE DIREITO E A PROPORCIONALIDADE COMO CONSECTÁRIO LIMITADOR DO EXERCÍCIO DO PODER

O constituinte originário, esculpido por um regime autoritário, promulga, em 5 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil, que, já em seu artigo 1º, informa a fundação de um “Estado Democrático de Direito”(BRASIL, 1990).

Longe de se tratar de retórica estéril, essa expressão traz em si tamanha densidade axiológica que demandaria, por sua importância, estudo específico.

Ainda antes de adentrar especificamente ao tema, mas por necessidade inerente à matéria pesquisada, é preciso entender que a inserção do valor democrático na gênese do Estado – por meio da utilização da expressão “Estado democrático” – definiu a soberania popular como doutrina política.

Amartya Sen, ao tratar da democracia como um valor universal, busca um início de definição do termo, *in verbis*:

O que exatamente é democracia? Não devemos identificar democracia com governo da maioria. A democracia tem demandas complexas, o que certamente inclui o voto e o respeito pelos resultados eleitorais, mas também requer a proteção das liberdades e direitos, respeito aos títulos legais e a garantia da livre discussão e distribuição sem censura de notícias e comentários justos. (SEM, 1999, *on line*).

Vê-se, então, que, com a adoção do fundamento democrático-representativo, o constituinte objetivou esclarecer que a República Federativa do Brasil não se resumiria a um sistema normativo assentado na mera formalidade, sem que se agregue qualquer característica ou conteúdo material favorável à implementação, garantia e manutenção dos direitos fundamentais dos titulares do poder.

Diante disso, é necessário referir – ingressando especificamente no tema do capítulo – que o açodado entendimento acerca da expressão “Estado de direito”, por identificá-lo ao denominado “Estado legal”, incide no equívoco de esvaziá-lo axiologicamente, reduzindo-o a mero amontoado de normas hierarquicamente dispostas e formalmente válidas.

J. J. G. Canotilho – eminente jurista português – salienta, que, mesmo que de difícil acesso à população em geral o conceito e elementos constitutivos do Estado de Direito, intuitivo é o entendimento acerca do significado de seu antônimo, ou seja, de o que não se constitui Estado de Direito. Nesse sentido indica que se enquadra nesse conceito negativo o Estado que “identifica direito e força, fazendo crer que são direito mesmo as leis mais arbitrárias, mais cruéis, mais desumanas” (CANOTILHO, 1999, p. 13).

No mesmo sentido, N. Bobbio, que prefere o governo das leis ao dos homens, afirma que “não é a boa lei que faz o bom governante, mas o sábio legislador que realiza o bom governo ao introduzir boas leis” (BOBBIO, 1997, p. 162), haja vista

que “o princípio básico do Estado de direito é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos” (CANOTILHO, 1999, p. 8).

Vê-se, portanto, a dupla influência axiológica materialmente favorável trazida pelos qualificativos “democrático” e “de direito” ao elemento nuclear “Estado”, conforme consta logo no primeiro artigo da Norma fundamental de nossa República.

Dessarte, o Estado brasileiro deve, por meio de leis justas e imunes a arbitrariedades, conduzir os assuntos públicos, sejam coletivos, sejam difusos, no sentido da melhor satisfação dos direitos e interesses do povo – que titulariza o poder –, resguardando sempre as pretensões das minorias, posto que fundamentado na “dignidade da pessoa humana”.

A fim de trazer maior precisão técnica-conceitual, impõe-se destacar a rica definição elaborada pelo Prof. Gilmar Bedin:

[...] é possível conceituar Estado de Direito como sendo, em síntese, *um Estado subordinado ao Direito, que defende os direitos fundamentais e a segurança de seus cidadãos e que tem por base o princípio da razoabilidade, da responsabilidade por seus atos e do respeito da via judicial.*(BEDIN, 2013, p. 150 e 151).

Evidencia-se, diante do que até agora foi exposto, que a expressão “Estado de direito” possui conteúdo de extrema densidade ética-ideológica, que, para além do que permite uma interpretação meramente literal, informa todo sistema normativo com valores favoráveis ao desenvolvimento dos Direitos Humanos.

Ciente da dubiedade que pode gerar a superficial leitura da expressão, J. J. G. Canotilho cunhou a expressão “Estado de justiça” como forma de afastar qualquer possibilidade de identificação com o Estado de direito formal. Sobre o tema, explica, *verbis*:

O Estado de direito aproximar-se-á de um Estado de justiça se incorporar *princípios e valores materiais* que permitam aferir o caráter justo ou injusto das leis, da natureza justa ou injusta das instituições e do valor ou desvalor de certos comportamentos. [...] O mundo, ele próprio repousa sobre três pilares que os sábios reconduzem à verdade, à *justiça* e à *concordia* (CANOTILHO, 1999, p. 41).

Diante desse panorama, fica evidente que, para reconhecermos um Estado como de Direito, não basta estarmos nós e o Poder Público sob o império do Direito, ou seja, de normas jurídicas positivadas formalmente e hierarquizadas de modo sistemático, impõe-se, em verdade, “desaplicar as leis injustas violadoras de direitos e princípios jurídicos fundamentais” (CANOTILHO, 1999, p. 42).

Radbruch, sustentando que o Estado de direito não se submete apenas a seu direito, mas também a toda uma construção de direitos humanos preestatais, assevera que “derecho es sólo aquello que tiene el sentido de ser justicia” (RADBRUCH, 1944, p. 244).

Vemos, pois, que a opção de nossa Carta política fundamental pela formação de um estado (democrático) de direito enseja, necessariamente, a adoção de comportamentos valiosos – em suma, éticos – como paradigma para toda construção da sociedade, que deverá, assim, trilhar o caminho indicado pelo justo, pelo razoável.

Acerca da palavra ética, vale referir que é originada da palavra grega “*ethike*” – cujo étimo é “*ethos*” –, significando esse último costume, hábito, modo de ser, “lugar onde habitamos”. *Ethos*, enfim, “é a morada do humano, *ethos* é a fronteira entre o humano e a natureza” (CORTELLA, 2015, p. 106).

Há, por certo, amplo espectro de significações para o termo ética, variando conforme a área de interesse a ser pesquisada. Diante disso, limitando-nos ao sentido pertinente à presente pesquisa, tem-se ética como conjunto de valores favoravelmente adequados que informam a conduta, individual e/ou coletiva, dos sujeitos que vivem em sociedade; segundo a norma culta da língua portuguesa, ética deve ser entendida como “juízos de apreciação referente à conduta humana suscetível de qualificação do ponto de vista do bem e do mal” (FERREIRA, 1999).

Enfim, ética é, antes de qualquer coisa, a capacidade que o ser humano possui de, atuando mediante comportamentos valiosos, proteger a dignidade da vida coletiva, aproximando-se tanto quanto possível da justiça ideal e se afastando de toda forma de arbitrariedade.

Em outras palavras, na formação do Estado brasileiro, a opção pela constituição de um Estado democrático de direito elevou a ética ao patamar de axioma fundamental de todo sistema, ou seja, premissa evidente que se admite como universalmente verdadeira sem exigência de demonstração. Não sendo permitido aos indivíduos ou aos poderes constituídos atuar validamente sem que se tenha como ponto de partida e destino a ética, sob pena de, inobservando-a, anestesiarmos a nossa consciência e começarmos a achar tudo normal (CORTELLA, 2015, p. 132).

Outrossim, tendo em vista que o conceito de estado democrático de direito vem inundado pelo valor justiça, pela não-arbitrariedade, enfim, pela ética, a

conclusão acerca das influências e limites que esse mesmo estado impõe ao exercício de seu *jus puniendi* e *jus perseguendi* evidentemente caminham no mesmo sentido.

Ora, fácil, então, inferir que os principais critérios para nortear a elaboração e aplicação do Direito Penal e do Processual Penal derivam, necessariamente, do conteúdo ético-normativo que se origina da criação de um Estado democrático de direito.

Sobre esse conteúdo específico, Miguel Reale Júnior entende que

A intervenção penal em um estado de direito democrático deve estar revestida de proporcionalidade, em uma relação de correspondência de grau entre o mal causado pelo crime e o mal que se causa por via da pena. [...] a ação do legislador penal está sujeita ao princípio constitucional da proporcionalidade, também dito princípio da razoabilidade [...]. Estes princípios, verdadeiras pautas de conduta, dizem respeito não só à atuação do Executivo, na sua atividade administrativa limitadora da liberdade dos administrados, referindo-se, também, à elaboração legislativa como corolário da concretização dos direitos fundamentais. Nesta perspectiva, atuam como mandados de proibição de excessos vinculativos ao legislador e ao intérprete/aplicador da lei. (REALE JÚNIOR, 2006, p. 30).

Nesse sentido, sendo certo que o princípio da proporcionalidade surgiu como forma de coibir o excesso de poder e que, portanto, deve ser entendido como destinado a “conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas aos objetivos colimados” (CARVALHO FILHO, 2007, p. 33) pelos Poderes constituídos do Estado, pode-se concluir pela justeza do exercício do poder punitivo estatal quando for o meio menos gravoso compatível com o fim colimado e cujas vantagens advindas de seu exercício superem as desvantagens.

3 VIOLÊNCIA E ÉTICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS. “OS FINS JUSTIFICAM OS MEIOS”?

Sendo certo que a ética – entendida como não-arbitrariedade, como proporcionalidade – é condição lógica de existência da “justiça material” e, como exposto, fundamento necessário para a afirmação de um Estado como democrático de direito, o mesmo se pode dizer da violência; aliás, da ausência dela.

Em ensaio sobre o tema, Walter Benjamin afirma que, relativamente à conduta humana

“[...] qualquer que seja o modo como atua uma causa, ela só se transforma em violência, no sentido pregnante da palavra, quando interfere em relações éticas. A esfera dessas relações é designada pelos conceitos de direito e de justiça” (BENJAMIN, 2011, p.121).

Tomando por base as conclusões do autor, verifica-se que não é toda e qualquer forma de constrangimento físico ou moral que enseja, segundo seu entendimento, ato ou conduta violenta, mas sim, quando atua sobre relação externa a si, a qual observava a ética, o Direito, o justo.

Diante disso, pode-se entender por violência a conduta – individual, social, política ou estatal – que incida negativamente em relação materialmente justa, ética.

Contrario sensu, pode-se inferir que na hipótese de se tratar de relação antiética – e não apenas aética – a conduta que nela, eventualmente, interfira não pode ser tida por violenta, haja vista que sua finalidade é justa, ou seja, tendente a corrigir o atual estado de degenerescência das coisas.

Pode-se, então, considerar que “os fins justificam os meios”? Que as finalidades justas legitimam a utilização de quaisquer meios disponíveis, sejam eles, inclusive, violentos?

A frase em destaque, frequentemente associada a regimes autoritários, costuma ser atribuída a Nicolau Maquiavel, sem que esse a houvesse enunciado. Isso se deve a trecho constante do capítulo XVIII (“De que modo os príncipes devem manter a fé da palavra dada”), de sua obra *O Príncipe*, *in verbis*:

E nas ações de todos os homens, e sobretudo nas ações dos príncipes, quando não existe tribunal a que recorrer, se dá atenção ao resultado. Que o príncipe faça, portanto, todo possível para ganhar e conservar o estado, e os meios serão considerados honrosos e serão louvados por todos. Pois o vulgo se deixa seduzir sempre pela aparência e pelo resultado final de algo. (MACHIAVEL, 2003, p. 87).

Assim, pelo que se expôs, surge, em um primeiro momento, a percepção de que uma finalidade injusta jamais outorgará fundamento idôneo para alcançá-la, seja qual for o método empregado tanto. Com efeito, verifica-se a necessidade de se aferir as condições de aplicabilidade da violência como meio de efetivação do justo.

Retomando o entendimento de Walter Benjamin, “permaneceria sempre aberta a questão se a violência em geral, enquanto princípio, é ética, mesmo como meio para fim justo” (BENJAMIN, 2011, p.122).

Segundo o autor, para o Direito Natural inexistente motivo para negar a aplicação de meios violentos para o atingimento de fins justos, uma vez que “a violência é um produto da natureza, semelhante a uma matéria-prima, cuja utilização não está

sujeita a nenhuma problemática, a não ser que se abuse da violência visando fins injustos” (BENJAMIN, 2011, p.123).

Reconhecendo que, para o Direito natural, os fins pretendidos condicionam a conclusão acerca apreciação valorativa dos meios eleitos, o autor identifica relação diametralmente oposta quando a análise tem por base Direito positivo, na medida em que a crítica aos meios eleitos seria apta a avaliar o direito.

Assim, sem prejuízo desta ou daquela opção,

[...] as duas escolas se encontram num dogma comum fundamental: fins justos podem ser alcançados por meios justificados, meios justificados podem ser aplicados para fins justos. O direito natural almeja ‘justificar’ os meios pela justiça dos fins, o direito positivo, ‘garantir’ a justiça dos fins pela ‘justificação’ dos meios. (BENJAMIN, 2011, p.124).

Diante disso, surgiria intransponível contradição na hipótese de, em um caso hipotético, afigurarem-se insubsistentes o fundamento dogmático comum, seja pela constatação da injustiça das finalidades, seja pela ausência de justificação dos meios eleitos.

Portanto, tendo por verdadeiro o fato de que, ainda que finalisticamente justificado, a imposição/instalação do Direito, *per se*, já constitui um ato de violência, haja vista que encerra em seu conteúdo manifesto exercício de Poder.

Assim, há que se concluir que, em se tratando do ramo do Direito que se define como *ultima ratio* do estado na função de ordenar a vida em sociedade – Direito Penal –, a violência de sua instalação é reduzida quando confrontada com a violência de sua manifestação e conservação.

O presente trabalho não objetiva questionar a justeza ou não da natureza da sanção em Direito Penal no que diz respeito à imposição de pena como resposta à prática delitiva.

Por ora, limitar-nos-emos a reconhecer como prevalente o entendimento de que o poder punitivo estatal, longe de ser mero revide ao mal praticado, o que, por certo, igualaria o Estado ao infrator, possui conteúdo ético, justo, uma vez que

[...] cumpre função no contexto jurídico, mas principalmente no político. A punição é indutora e mantenedora da obediência política. Não é punição que legitima o poder político e a obediência política, mas é ela que mantém os indivíduos obedientes e impede a desagregação do pacto político. A punição é a força centrípeta que mantém os corpos individuais dentro do corpo político [...], impedindo que qualquer indivíduo, por interesse individual resolva descumprir ou modificar unilateralmente as estruturas pactuadas no contrato. O pacto de submissão e obediência apenas se completa pela existência do direito de punir e da sua aplicação, a punição. (OLIVEIRA, 2012, p. 153).

Não se nega que no atual momento histórico o poder punitivo estatal, quando normatizado e exercido conforme os fundamentos axiológicos de um Estado democrático de direito, é tido por justo, por não-arbitrário, mesmo considerando as nefastas consequências advindas da condenação criminal à pessoa do condenado que, além de ser privado de liberdade, fica estigmatizado como ex-presidiário.

Dessarte, para além das consequências sociais causadas ao condenado, pode-se, em uma visão ampla, concluir que é ético – é justo, é proporcional – o exercício do poder punitivo estatal quando aplica, diante da prática delituosa, sanção de natureza penal dentro dos parâmetros máximos previamente fixados em lei em sentido formal.

A mesma conclusão se aplica ao analisarmos o caso particular de determinado indivíduo condenado pela prática de crime; contudo, nesse caso, tem-se por ético, por justo, por proporcional o quantum e a natureza da sanção concretamente aplicada em sentença penal condenatória transitada em julgado, pressupondo-se, como não poderia ser diferente, a observância do princípio da individualização da pena.

Portanto, há que ser tido por antiético, injusto, desproporcional e arbitrário qualquer excesso cometido no sentido de impingir mal maior do que aquele imposto quando do trânsito em julgado de sentença penal condenatória – uma vez que desconsidera a ética, fundamento e finalidade do Estado democrático de direito, consubstanciando mero ato de violência; portanto, intolerável.

Diante do exposto, merece destaque a conclusão de Walter Benjamin (2011, p. 136) no sentido de que qualquer que seja a natureza do constrangimento imposto, se ele não tiver por finalidade a instauração ou manutenção de direito, renunciará, por si só, a qualquer validade, uma vez que não observa o fundamento ético em que se assenta.

4 A IMPOSSIBILIDADE DE DECRETAR PRISÃO PREVENTIVA QUANDO, EM HIPÓTESE DE CONDENÇÃO, O ACUSADO NÃO RECEBERIA REGIME INICIALMENTE FECHADO

É certo que a sanção penal, entendida como finalidade justa a ser alcançada, somente se admite quando observada a proporcionalidade entre o mal causado pelo delito e a consequência imposta pela resposta estatal. Do mesmo modo, devem ser

informados pela proporcionalidade – e, portanto, justos – os meios empregados para o atingimento de tal finalidade.

Assim, tem-se por desproporcional e, por conseguinte, contrário aos fundamentos de um Estado democrático de direito qualquer medida, ainda que provisória, que imponha mal maior do que aquele imposto em sentença penal condenatória transitada em julgado, uma vez que extrapolaria a esfera do Direito, consubstanciando-se em flagrante violência, por definição, injustificável.

Com efeito, a afirmação que intitula este capítulo – a qual pode, corretamente, ser tida por teratológica – é uma triste realidade que atinge os indivíduos que figuram como acusados em processo penal e se encontram presos preventivamente.

A aparente falta de lógica do raciocínio demonstra, em verdade, a mais comum realidade do sistema punitivo do nosso sedizente Estado Democrático de Direito quando no exercício da *persecutio criminis*.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é uníssona ao reconhecer que a prisão preventiva é

a medida acauteladora mais grave no processo penal, a desafiar o direito fundamental da presunção de inocência, razão pela qual somente deveria ser decretada [...] em situações nas quais fosse o único meio eficiente para preservar os valores jurídicos que a lei penal visa a proteger, segundo o art. 312 do CPP. (BRASIL, 2015, on line)

Apesar do entendimento consolidado acerca da excepcionalidade da custódia cautelar, o uso indiscriminado dos conceitos abertos contidos no referido art. 312, CPP – notadamente a “garantia da ordem pública” – gera situações assombrosas, as quais, em razão dessa amplitude conceitual, permite que julgadores menos cautelosos acessem a temível zona da arbitrariedade. Sobre o tema, merece destaque relevante decisão de relatoria do eminente Ministro Celso de Melo:

Todos sabemos que a privação cautelar da liberdade individual é sempre qualificada pela nota da excepcionalidade (HC 93.883/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), sendo de repelir, por inaceitáveis, discursos judiciais consubstanciados em tópicos sentenciais meramente retóricos, eivados de generalidade, destituídos de fundamentação substancial e reveladores, muitas vezes, de linguagem típica dos partidários do “direito penal simbólico” ou, até mesmo, do “direito penal do inimigo”, e que, manifestados com o intuito de impor indevidas prisões cautelares ou de proceder a inadequadas exacerbações punitivas, culminam por vulnerar, gravemente, os grandes princípios liberais consagrados pela ordem democrática na qual se estrutura o Estado de Direito, expondo, com esse comportamento, uma inadmissível visão autoritária e nulificadora do regime das liberdades fundamentais em nosso País (HC 85.531/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)”. (BRASIL, 2005, on line)

Diante disso, o que dizer, por exemplo, da decretação da prisão preventiva de um indivíduo – cujas circunstâncias judiciais sejam favoráveis – acusado pela prática de furto qualificado, de roubo (inclusive majorado), de associação ao tráfico ou mesmo tráfico de drogas?

Em resposta a esse questionamento, impõe-se observar o disposto no artigo 68, do Código Penal, que disciplina o método de dosimetria da pena, e, em seguida, ao previsto pelo artigo 33, §2º, do CP, que estabelece, em atenção ao *quantum* de pena aplicada, o regime de seu cumprimento.

Ademais, considerando que a fixação de pena pelo órgão julgador, no caso concreto, possui base científica, na medida em que está atrelado à expressa disposição legal, não se pode negar ao intérprete a antevisão da pena a ser aplicada em caso de condenação.

Com efeito, tomando-se por base as tipificações penais acima apresentadas – o que não afasta a aplicabilidade do raciocínio a outras figuras típicas –, há que se concluir que, em razão da pena cominada aos delitos, bem como das condições pessoais do acusado, esse jamais – frise-se, JAMAIS – iniciará o cumprimento de pena em regime fechado, mesmo que se trate de crime Hediondo ou equiparado.

Nesse ponto específico, vale ressaltar o entendimento predominante da nossa mais alta Corte de justiça no sentido da inconstitucionalidade da previsão, em abstrato, do regime fechado de cumprimento da pena para os condenados por crimes definidos como hediondos ou equiparados, *verbis*:

EMENTA Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e

individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado. (BRASIL, 2012, *on line*)²

Notória, em hipóteses como essa, a extrema desproporcionalidade da decretação de prisão cautelar, pois, durante o momento processual orientado pelo princípio da presunção de inocência, inflige-se ao acusado restrição muito mais grave do que aquela resultante de sentença condenatória transitada em julgado.

Em outras palavras, ao acusado seria mais vantajoso abrir mão de seus direitos e garantias constitucionais – notadamente, da presunção de inocência, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório - e ser sumariamente condenado; pois, assim, não experimentaria tamanha restrição de liberdade.

Sobre o tema, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

[...] 1. De acordo com o princípio da homogeneidade, corolário do princípio da proporcionalidade, mostra-se ilegítima a prisão provisória quando a medida for mais gravosa que a própria sanção a ser possivelmente aplicada na hipótese de condenação, pois não se mostraria razoável manter-se alguém preso cautelarmente em "regime" muito mais rigoroso do que aquele que ao final eventualmente será imposto.

2. Tendo o paciente sido denunciado pela prática dos crimes previstos nos arts. 334, § 1º, "c" e "d", e 288, caput, ambos do Código Penal, cujas penas máximas em abstrato alcançam, respectivamente, 4 (quatro) e 3 (três) anos de reclusão, mostra-se ofensivo ao princípio da homogeneidade mantê-lo preso antecipadamente, haja vista ser plausível antever que o início do cumprimento da reprimenda, em caso de eventual condenação, se daria em modo menos rigoroso que o fechado. (BRASIL, 2013, *on line*).

Nessa esteira, o professor Rogério Schietti Machado Cruz (2011, p. 46) leciona que “as exigências derivadas do princípio da proporcionalidade visam impedir ou restringir a prisão cautelar, com o escopo de evitar que o acusado sofra um mal maior do que a própria sanção penal”.

²Pela inconstitucionalidade da cominação, a priori, do regime inicialmente fechado para o cumprimento de pena imposta em razão da prática de crime hediondo ou equiparado, por ofender o princípio constitucional da individualização de pena: **STF, HC 106153**, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgamento em 22.11.2011, DJe de 19.12.2011; **STF, HC 119167**, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgamento em 26.11.2013, DJe de 16.12.2013; **STJ, HC 149807/SP**, Relator Ministro OG Fernandes, Sexta Turma, julgamento em 06.05.2010, DJe de 20.09.2010.

Em outras palavras, para que se admita como justa a privação de liberdade enquanto não haja sentença penal condenatória transitada em julgado, impõe-se a observância de padrões mínimos de proporcionalidade sob pena de a prisão processual – como meio – impor mal maior do que a finalidade que pretende preservar, a prisão-pena.

Entendimento contrário, além de afrontar, como já exposto, valores inerentes ao Estado democrático de direito, violam normas supralegais, em especial o artigo 7º, item 3, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ao qual aderiu o Brasil, sem qualquer reserva, promulgado pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, *in verbis*: “3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.” (BRASIL, 1992, *on line*)

Portanto, verifica-se que decisões cautelares que impõem total restrição de liberdade aos cidadãos (presumidamente inocentes) – os quais, na hipótese de condenação, cumpririam pena em regime menos gravoso – são inadmissíveis pelo Direito pátrio e internacional, posto que injustificáveis, desproporcionais, arbitrárias.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Preliminarmente, o presente artigo buscou apresentar a relação existente entre a ética e o Estado democrático de direito, tendo por referência elementos conceituais e doutrinários acerca dos institutos. Diante disso, verificou-se que esse conceito de Estado se assenta em valores que elevam o princípio da proporcionalidade à condição de necessária consequência da adoção deste modelo estatal, uma vez que o exercício abusivo do poder punitivo estatal, sobretudo no que diz respeito aos meios utilizados para tanto, desnatura o Direito justo, configurando verdadeira arbitrariedade, própria dos estados totalitários.

Com vistas às conclusões alcançadas, abordou-se a problemática da violência exercida em um Estado Democrático de direito, analisando-a a partir do seguinte questionamento: os fins justificam os meios? Como resposta, verificou-se que, apesar de haver entendimentos em sentido contrário, o modelo de Estado instituído pela atual Carta da República brasileira exige que, mesmo objetivando finalidades justas, os meios eleitos devem ostentar essa mesma qualidade, sob pena de se instituir verdadeiro autoritarismo sistêmico.

Por fim, partindo das premissas alcançadas nos itens antecedentes, demonstrou-se a absoluta inconsistência da práxis judicial de, com base na norma literal – sem a correspondente filtragem ética –, privar o indivíduo presumidamente inocente de sua liberdade nos casos em que se afigura notório o cumprimento, após sentença penal condenatória transitada em julgado, de sanção penal em regime menos gravoso.

Diante de tudo o que foi exposto, permanece a crítica ao modelo punitivista escolhido pelo legislador brasileiro no que diz respeito à escolha dos instrumentos de pacificação social – sobretudo os de natureza penal –, uma vez que demonstra flagrante ingenuidade hermenêutica ao se aceitar que, enquanto estiver sob o amparo da presunção de inocência, admite-se que o indivíduo experimentalmente mal maior do que aquele a quem será submetido quando, após a observância de suas garantias individuais processuais, for considerado culpado.

6 REFERÊNCIAS

BEDIN, Gilmar Antônio. **Estado de direito**: tema complexo, dimensões essenciais e conceito. Direito e debate. Revista do departamento de ciências jurídicas e sociais da unijuí. Ano XXII, nº. 39, 2013.

BENJAMIN, Walter. **Para uma crítica da violência**. Escritos sobre mito e linguagem (1915-1921). Org. Jeanne Marie Gagnebin. Trad. Susana Kampff Lages e Ernani Chaves. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Paz e terra, 1997
BRASIL. **Código Penal**, de 1940. In: Vade mecum acadêmico de direito rideel. 26.ed. São Paulo: Rideel, 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Presidência da República. **Decreto nº. 678**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, 6 nov. 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 28 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 111.840**. Edmar Lopes Feliciano e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 jun. 2012. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28111840%2ENUME%2E+OU+111840%2EACMS%2E%29+%28%28DIAS+TOFFOLI%29%2ENORL%2E+OU+%28DIAS+TOFFOLI%29%2ENORV%2E+OU+%28DIAS+TOFFOLI%29%2ENORA%2E+OU+>

%28DIAS+TOFFOLI%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zehrw4b >. Acesso em: 29 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 127.186**. Alberto Zacharias Toron e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 28 abr. 2015. Informativo de Jurisprudência do STF. n. 783. Brasília, 27 abr. a 01 mai. 2015. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo783.htm> >. Acesso em: 28 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 132.615**. Izaque Dantas da Silva e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 22 mar. 2005. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28T%D3PICOS+SENTENCIAIS+MERAMENTE+RET%D3RICOS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ld94wd2z> >. Acesso em: 22 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 182.750**. Carmelena Abadia de Sá e Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Relator: Min. Jorge Mussi. Brasília, 14 mai. 2013. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=182750&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1> >. Acesso em: 29 set. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Cadernos Democráticos – Coleção Fundação Mário Soares. Lisboa: Edição Gradiva, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 18. ed. ver. ampl. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.

CORTELLA, Mario Sergio. **Qual é a tua obra?:** inquietações propositivas sobre gestão, liderança e ética. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

CRUZ, Rogério Schiatti Machado. **Prisão Cautelar - Dramas, Princípios e Alternativas**, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2011.

FERREIRA, A. B. H. **Aurélio século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa**. 3. ed. rev.e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 2128p.

MACHIAVEL, Nicolau. **O príncipe: com comentários de Napoleão Bonaparte**. Trad. Mônica Baña Álvares. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

OLIVEIRA, Fernando Antônio Sodré de. **O direito de punir em Thomas Hobbes**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofía del derecho**. 2.ed. Madrid: Editorial revista de derecho privado. 1944.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal: parte geral**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 1v.

SEM, Amartya. **Democracia como um valor universal**, 1999. Disponível em: <<http://dagobah.com.br/wp-content/uploads/2016/07/SEN-Amartya-1999.-Democracia-como-um-valor-universal.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2018.

AS IMPLICAÇÕES DOS LAÇOS FAMILIARES NA FORMAÇÃO DAS IDENTIDADES: UM ESTUDO ACERCA DE SUA (IN)OBSERVÂNCIA NA JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL¹

Ana Laura Weber*
Angelita Maria Maders**

RESUMO: Este texto versa sobre as implicações dos laços familiares na formação das identidades e sua observância na jurisprudência brasileira. A questão central é verificar se os laços familiares, tanto os afetivos quanto os consanguíneos, influenciam na formação das identidades do sujeito e, ainda, se e de que forma os referidos laços são tratados pela jurisprudência brasileira, em especial pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Por meio do método de abordagem dedutivo e do método de procedimento histórico e monográfico, com a utilização de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, verificou-se que os laços familiares, afetivos e consanguíneos são essenciais à formação e desenvolvimento do sujeito e de suas identidades, sendo, devido a isso, levados em consideração nas decisões do Tribunal gaúcho.

PALAVRAS-CHAVE: Laços familiares. Identidades. Afeto. Consanguinidade. Jurisprudência brasileira.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Identidades e suas diferentes concepções. 3 Os laços familiares (afetivos e consanguíneos) na formação das identidades. 4 A (in)observância das implicações dos laços afetivos na jurisprudência brasileira. 5 Considerações finais. 6 Referências.

¹ Texto produzido de acordo com a Dissertação de Mestrado intitulada *As implicações dos laços familiares na formação das identidades em uma sociedade multicultural como a brasileira e sua observância na jurisprudência* e publicada originalmente como artigo na Revista RJLB v. 1 de 2018. Para fins desta publicação sofreu algumas modificações.

* Graduada em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo – IESA. Pós-graduada em Direito Tributário pela Anhanguera/Rede LFG. Advogada. Mestre em Direito pela URI Campus de Santo Ângelo/RS.

** Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Mestre em Gestão, Desenvolvimento e Cidadania pela UNIJUÍ. Doutora em Direito pela Universidade de Osnabrück (Alemanha). Pós-doutora pela Universidade de Santiago do Chile. Membro do Núcleo de Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

1 INTRODUÇÃO

Para (re)encontrar o sentido de sua vida, o ser humano da atualidade tem-se voltando mais para si em detrimento do grupo. O senso de si mesmo, no entanto, não é estático; vai sendo construído por meio de vivências, contatos e interações com o outro e na sociedade. É a partir desse contato que o sujeito se identifica, e o primeiro e mais importante contato que está ao seu alcance é a família, no seio da qual ocorrem as primeiras trocas, tanto emocionais quanto de experiências e a consequente formação e desenvolvimento de suas identidades.

Um contexto social multicultural fornece condições para os mais variados modos e alternativas de identidade. Mas o sentido de identidade adotado neste texto é o de identidade pessoal, ou seja, aquela que torna o ser humano um ser único em sua individualidade e personalidade, através do contato com o outro, tendo como pano de fundo a família, o local em que as diferenças entre os sujeitos estão mais constantemente à mostra. Considera-se que os laços familiares são a primeira oportunidade de o sujeito relacionar-se com o outro, fator que influencia na formação e desenvolvimento das identidades, ainda mais se considerado que o convívio familiar possibilita ao ser humano a formação de um sentido de pertencimento. Os laços familiares englobam os laços consanguíneos existentes entre pais e filhos e os laços afetivos, existentes entre pais e filhos que não possuem uma ligação genética, mas afetiva.

Para alcançar o objetivo proposto neste artigo – analisar se a jurisprudência brasileira tem observado a implicação dos laços familiares na formação das identidades dos sujeitos - procura-se, primeiramente, trazer aspectos conceituais e históricos referentes à identidade e suas diferentes concepções ao longo do tempo, depois, fazer uma incursão na importância dos laços familiares, tanto afetivos como consanguíneos, na formação das identidades, para, ao final, verificar se a jurisprudência pátria, em especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, atenta para os laços familiares, afetivos e consanguíneos nas decisões que envolvem o instituto familiar, entendendo a sua importância na formação e desenvolvimento das identidades do sujeito.

2 IDENTIDADES E SUAS DIFERENTES CONCEPÇÕES

Para que seja possível tratar do tema identidade, o qual “[...] é demasiadamente complexo, muito pouco desenvolvido e muito pouco compreendido na ciência social contemporânea para ser definitivamente posto à prova” (HALL, 2005, p.8), é imperioso conhecer as transformações e evoluções pelas quais esse termo passou ao longo dos anos e de acordo com o meio onde foi e é debatido. Da mesma forma, é necessário conhecer a evolução social mundial para que os meios onde as identidades se desenvolveram e continuam se desenvolvendo sejam reconhecidos.

A construção da identidade na modernidade dá-se a partir do rompimento com a ordem denominada “tradicional”, uma vez que, na sociedade tradicional, a identidade ficava limitada à própria tradição, ao parentesco e à localidade. As identidades, nesse período, eram uma atribuição, ou seja, o sujeito era o que era e não havia opção para que isso fosse modificado (GIDDENS, 2002). Já na modernidade, período considerado como uma ordem pós-tradicional, é oferecida ao sujeito a valorização de suas potencialidades individuais, o que torna a identidade móvel, abrindo-se ao ser humano um mundo cheio de possibilidades e escolhas, no qual ele passa a ser responsável por si mesmo (GIDDENS, 2002). A modernidade, portanto, inaugurou um novo período, transformando a identidade em questão de realização e esforço pessoal, ou seja, acabou por libertar o sujeito da identidade que havia herdado (BAUMANN, 1998). Pode-se afirmar, ainda, que, na modernidade, as identidades deixam de ser relacionadas a grupos locais e dialogam com o global (GIDDENS, 2002).

No entanto, não é possível tratar da constituição das sociedades modernas em toda sua complexidade sem observar as consequências que a globalização ou os riscos sociais imputam tanto ao sujeito quanto às instituições, pois “a modernidade deve ser entendida num nível institucional; mas as transformações introduzidas pelas instituições modernas se entrelaçam de maneira direta com a vida individual, e, portanto, com o eu” (GIDDENS, 2002, p. 9). Nesse sentido, Giddens não se foca em um pensamento psicológico quanto ao “eu”, mas na importância da formação da autoidentidade através das instituições da modernidade, já que ela “altera radicalmente a natureza da vida social cotidiana e afeta os aspectos mais pessoais de nossa existência”(2002, p. 9). Além disso, “[...] a época moderna fez

surgir uma forma nova e decisiva de *individualismo*, no centro da qual se erigiu uma concepção do sujeito individual e sua identidade” [grifo do autor] (HALL, 2005, p. 24-25).

Ocorre que o projeto da modernidade está se modificando. Com o desenvolvimento dos meios de comunicação e da *internet*, o mundo está cada vez mais globalizado e vivencia um novo período, a chamada pós-modernidade, entendida como um estado nascente da própria modernidade, ou seja, uma continuidade da modernidade (BAUMANN, 1998), iniciado no final do século XX e que dura até os dias atuais, no qual a sociedade tem passado por mudanças estruturais que estão fragmentando as paisagens culturais de classe, gênero, etnia, sexualidade e identidade nacional, que até então haviam servido como um refúgio sólido para o sujeito, que perdeu o sentido estável, coerente e unificado das coisas e de sua própria identidade (HALL, 2005). São diversos os nomes que podem ser dados a essa nova fase da modernidade: pós-modernidade, modernidade tardia, alta modernidade, segunda modernidade, sociedade de risco, modernidade líquida (BAUMANN, 2001). Da mesma forma que o mundo tornou-se líquido, isso também ocorreu com o sujeito. As identidades nesse novo período tornaram-se diferentes das identidades da primeira modernidade, as quais eram consideradas mais sólidas. Além da globalização, essa gama de diferentes identidades com a qual o sujeito é diariamente confrontado deu-se também em razão da difusão do consumismo, “seja como realidade, seja como sonho, que contribuiu para esse efeito de ‘supermercado cultural’” (HALL, 2005, p.75). Diferentemente do que ocorria na modernidade sólida, o mundo não é mais organizado em torno do trabalho, mas do consumo, o qual se torna o meio pelo qual as identidades são construídas e as tornam algo a ser consumido.

Taylor (1994, p. 45-94), ao tratar do tema, afirma que a identidade humana é criada através dos diálogos com os outros, sendo, portanto, uma sociedade que reconhece a identidade individual², uma sociedade democrática e deliberativa, já que a identidade individual é, em parte, constituída por diálogos coletivos. A identidade pode ser considerada como um ponto de partida, a partir do qual surge para o sujeito o conceito de si mesmo. Ocorre, no entanto, que nos dias atuais, “a construção da identidade assumiu a forma de uma experimentação infundável. Os experimentos jamais terminam. Você assume uma identidade num momento, mas

² Expressão utilizada como sinônimo de identidade pessoal.

muitas outras, ainda não testadas, estão na esquina esperando que você as escolha” (BAUMANN, 2005, p. 91).

Essa multiplicidade de identidades cruza com a multiplicidade de papéis sociais adotados pelo sujeito durante a vida. São endossados papéis sociais diferentes em casa, na família, no amor, no trabalho, com os superiores, com os subordinados e com os amigos, sendo que nesse sentido de ambivalência presente na sociedade atual que o sujeito contemporâneo vivencia uma crise de identidade, pois “a falta de sentido pessoal – a sensação de que a vida não tem nada a oferecer – torna-se um problema psíquico fundamental na modernidade tardia” (GIDDENS, 2002, p. 16), tendo em vista que, quando não existe um verdadeiro encontro do sujeito com ele mesmo, com sua identidade e com a identidade do outro, há um colapso (ROSA, 2014).

Ademais, a identificação é sempre uma identificação *com*, seja com alguém, com alguma coisa, com um outro, e até consigo mesmo (KAUFMANN, 2004), já que “o processo de identificação, desenvolvido na relação primordial com o outro, rememora-nos e nos remete a quem somos” (ROSA, 2014, p. 33). A identidade seria, portanto, relacional. Ela depende, para existir, de algo de fora dela: de outra identidade, diferente e que fornece condições para que ela exista, distinguindo-se daquilo que ela não é. Em suma, a identidade é marcada pela diferença (WOODWARD *in*: SILVA, 2014, p.7-72). A formação da identidade do sujeito, portanto, está em constante mutação e se dá no âmbito das relações estabelecidas com o mundo, com o outro diferente dele e com o próprio sujeito, que busca novas alternativas de pensar e de encontrar seu lugar, sendo a família um dos lugares que interferem nessa formação da identidade. É nos laços familiares, considerados aqui tanto os laços afetivos quanto os laços consanguíneos, e também nessa convivência familiar que o sujeito encontra suporte para encarar seus desafios, como se verá na sequência.

3 OS LAÇOS FAMILIARES (AFETIVOS E CONSANGUÍNEOS) NA FORMAÇÃO DAS IDENTIDADES

A família vem-se transformando ao longo dos tempos, acompanhando as mudanças religiosas, econômicas e socioculturais do contexto em que se encontra inserida, sendo levadas em consideração as transformações desse instituto desde o

direito materno na família primitiva, passando pelo patriarcado e chegando à família moderna, a qual tem como núcleo central o afeto entre seus membros e possui as mais variadas possibilidades de constituição. Diante disso, o afeto passou a ter, além de grande importância na formação da família, e, conseqüentemente, na formação da identidade do sujeito, proteção jurídica, tanto que considerada, atualmente, um núcleo socioafetivo.

Após a Revolução Industrial e com o fim da visão do caráter unicamente produtivo e reprodutivo da família, bem como com a migração desta para as cidades, seus membros acabaram aproximando-se mais, e o vínculo afetivo que envolve os integrantes de uma família foi-se tornando cada vez mais relevante. Esse modelo familiar é denominado modelo nuclear, o qual tem como critério o amor entre seus membros e marca o início da era moderna, através das ideias liberais de liberdade individual (DIAS, 2015). Mas, mesmo tendo sofrido diversas mudanças, a família permanece sendo a “instituição mais sólida da sociedade”, como afirma Roudinesco (2003, p. 20). De acordo com o citado autor, “a família dita ‘moderna’ torna-se o receptáculo de uma lógica afetiva [...]. Fundada no amor romântico, ela sanciona a reciprocidade dos sentimentos e os desejos carniais por intermédio do casamento” (ROUDINESCO, 2003, p. 19).

Com a Constituição Federal de 1988 é legalmente reconhecida, no Brasil, a denominada família plural, pois ela já não é mais vista como aquela formada da união entre um indivíduo do gênero masculino e outro do feminino, havendo uma extensão no que diz respeito ao entendimento jurídico e social do termo “família” (SOUZA, 2010) em face do princípio da dignidade da pessoa humana, amplamente utilizado como mentor das relações interpessoais. Assim, são agregados novos elementos nas relações de família que não apenas os laços consanguíneos: os laços afetivos, já que “a família é muito mais que um casamento estabelecido entre um homem e uma mulher. Família é comunhão de afetos, troca de amparo e responsabilidade” (LOUZADA, 2011, p. 268). As entidades familiares são, então, entendidas como aquelas envoltas de afetividade, de amor, de paridade e compreensão mútua, pois “a época contemporânea marca o favoritismo pelos sentimentos, os quais vêm se sobrepondo às relações patrimoniais” (ALMEIDA, 2011, p. 49), assumindo a afetividade proteção jurídica.

Ao assinalar sobre o afeto como principal fator para a evolução social da família e sobre as mudanças efetivadas pela Constituição Federal de 1988 quanto

ao Direito de Família, Lôbo afirma que “Se todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem, é porque a Constituição afastou qualquer interesse ou valor que não seja o da comunhão de amor ou do interesse afetivo como fundamento da relação entre pai e filho.” Com relação à alteração do fundamento estruturante da entidade familiar, o referido autor segue afirmando que, “Se a Constituição abandonou o casamento como único tipo de família juridicamente tutelada, é porque abdicou dos valores que justificavam a norma de exclusão, passando a privilegiar o fundamento comum a todas as entidades, ou seja, a afetividade, necessário para realização pessoal de seus integrantes.” A própria admissão do divórcio e da dissolução da união estável demonstram “[...] que apenas a afetividade e não a lei mantém unidas essas entidades familiares” (LÔBO, 2016).

Em decorrência da substituição do paradigma pode-se afirmar que a família é um núcleo socioafetivo, em que os vínculos entre os membros são formados pelas relações de afeto entre eles, ainda que não tenham a mesma origem genética, cumprindo cada membro o seu papel e visando a auxiliar aos outros no desenvolvimento da personalidade e da potencialidade de cada um, com o objetivo da busca da felicidade recíproca (SOUZA, 2010).

Diante, portanto, de todas as mudanças efetivadas no Direito de Família com a Constituição Federal de 1988, e a valorização do afeto como componente essencial no instituto familiar, pode-se afirmar que ela é, além da base de estruturação da sociedade, também essencial no processo de construção da identidade das pessoas, tendo em vista que “é a família que nos estrutura como sujeitos [...]” (PEREIRA, *in*: DEL'OLMO; ARAÚJO (Orgs.), 2006, p. 117). É inegável que um dos ambientes em que as diferenças entre os sujeitos estão em evidência é a família (THOMÉ, 2010). No mesmo contexto, Freud (1921-1991), citado por Hall no texto *Quem precisa da identidade?*, explicava que a identificação é “a mais remota expressão de um laço emocional com outra pessoa” (FREUD apud HALL, 2014, p. 107). Isso demonstra a importância da família e do afeto na formação do sujeito e de sua identidade, já que o afeto é um sentimento necessário para o desenvolvimento da pessoa, influenciando, da mesma forma, na sua inteligência, na cultura, na agressividade. Ou seja, o sentimento do afeto é considerado como um dos criadores da personalidade de cada um (WELTER, 2009), pois é no contato com o outro, diferente, que o sujeito entende-se único e forma sua identidade.

Entende-se, portanto, que é a família o ambiente naturalmente responsável pela garantia de pertença e promoção da individualização do sujeito, podendo ser considerada o primeiro grupo no qual ocorre o desenvolvimento dos processos identitários (ROSA, 2014). Para o citado autor, é no contexto familiar que é proporcionada ao sujeito a socialização primária, desenvolvendo, a partir disso, o sentimento de pertença (ROSA, 2014). É a família que introduz o sujeito no mundo das relações humanas e, por essa relação tratar-se de uma interação entre sujeitos, deve-se supor que essa vinculação acarreta a formação de identidades. Ademais, “individualar-se e pertencer são processos inerentes à construção de identidades, visto tratar-se de movimentos que vinculam a todas as esferas da vida, cuja base identitária cobra vigência” (ROSA, 2014, p. 44-45).

Conforme afirma Pereira, a partir de Lacan e Lévi-Straus, a família possui uma estruturação psíquica em que cada um de seus integrantes possui um lugar, uma função, seja de pai, de mãe, ou de filho, sem que isto esteja, necessariamente, vinculado ao fator biológico (*In*: DEL'OLMO; ARAÚJO (Orgs.), 2006, p.118). O que importa, portanto, é o papel que cada sujeito possui dentro do instituto familiar, não sendo levado em consideração o vínculo real que os membros possuem entre si, mas o que cada um representa para o outro e para si e o lugar simbólico de pai e de mãe. É nessa estruturação familiar que o sujeito se reconhece como cidadão e passa a se dedicar na construção de si mesmo, ou seja, na estruturação do ser-sujeito e nas relações sociais e interpessoais que vivencia (PEREIRA, *in*: DEL'OLMO; ARAÚJO (Orgs.), 2006).

Dessa forma, entende-se que o instituto familiar, além de ser considerado a base de estruturação de toda a sociedade, também é essencial no processo de reconhecimento e construção da identidade do sujeito. Tem-se, pois, como regra, que a família é a matriz de identidade do(a) filho(a), tendo os pais papel fundamental nesse processo, pois “a relação que um e outro estabelecem com os filhos lhes dá dimensões de reconhecimento, confirmação e posição afetiva dentro do núcleo familiar” (MARRA; COSTA, 2010, p. 160). Além disso, “o modo como a criança é criada tem profundas consequências na estruturação da sua personalidade” (SANTOS, 2000, p. 91).

Seguindo o mesmo entendimento, Fraga (2005) refere que é a família a estrutura fundamental no desenvolvimento do ser humano, a qual deve ser regada de afeto, amor, carinho, pois é em seu interior que ocorrem as primeiras trocas

emocionais e esses sentimentos serão os formadores e moldadores do(a) filho(a). Além disso, os acontecimentos da vida de cada pessoa geram sobre ela a formação de uma imagem de si mesma, uma imagem que se constrói ao longo de experiências de trocas com os outros: a mãe, os pais, a família, a parentela, os amigos de infância e as sucessivas ampliações de outros círculos de outros: outros sujeitos investidos de seus sentimentos, outras pessoas investidas de seus nomes, posições e regras sociais de atuação (BRANDÃO, 1990). Nesse mesmo sentido, Warat trata da importância do amor e do afeto para o desenvolvimento do ser humano no aspecto do equilíbrio emocional e afetivo, que implica, por sua vez, melhor qualidade de vida, inclusive social (2004, p. 120).

É inegável que, na prática, torna-se difícil definir com exatidão o que vem a ser o sentimento amoroso, frente a toda influência multicultural atual. Entretanto, são inegáveis os seus efeitos no campo do Direito, especialmente na pós-modernidade, que valoriza as pessoas e seus íntimos anseios na efetivação de seus laços familiares e afetivos (MALUF, 2012). Nessa senda, Morin (2012) afirma que a família continua a ser o centro de transmissões de valores do sujeito, relevantes na formação na identidade. De acordo com ele, a “família funda a identidade pessoal. A imersão das crianças na fonte familiar, durante os anos decisivos de formação, desempenha um papel capital nos destinos individuais. As personalidades do pai e da mãe imprimem-se nas almas infantis para sempre.” Para o citado autor, “A marca da família na criança, depois no adulto, é fonte de complexidade mental: Freud e as correntes oriundas do freudismo destacaram a ambivalência e a dialética do amor/ódio, do desejo e do recalçamento inerentes à família” (MORIN, 2012, p. 172).

Ao tratar da formação da identidade da criança, Woodward também traz à tona a teoria psicanalítica lacaniana, segundo a qual “[...] o sentimento de identidade de uma criança surge da internalização das visões exteriores que ela tem de si própria. Isso ocorre, sobretudo, no período que Lacan chamou de “fase do espelho”. Essa fase vem depois da ‘fase imaginária’, que é anterior à entrada na linguagem e na ordem simbólica, quando a criança ainda não tem nenhuma consciência de si própria como separada e distinta da mãe. [...] O início da formação da identidade ocorre quando o infante se dá conta de que é separado da mãe. [...] A criança reconhece sua imagem refletida, identifica-se com ela e torna-se consciente de que é um ser separado de sua mãe. [...] De acordo com Lacan, o primeiro encontro com o processo de construção de um “eu”, por meio da visão do reflexo de um eu

corporificado, de um eu que tem fronteiras, prepara, assim, a cena para todas as identificações futuras. O infante chega a algum sentimento do 'eu' apenas quando encontra o 'eu' refletido por algo fora de si próprio, pelo outro: a partir do lugar do 'outro'. Mas ele sente a si mesmo como se o 'eu', o sentimento do eu, fosse produzido – por uma identidade unificada – a partir do seu próprio interior” (LACAN apud WOODWARD *in*: SILVA, 2014, p. 63-64).

Além da figura materna, descrita como essencial para a consciência de si própria da criança, sabe-se que a figura paterna é de extrema importância no desenvolvimento dos filhos. Nesse diapasão, foi, inclusive, elaborado um estudo nos Estados Unidos, no qual restou demonstrado que o pai tem papel fundamental na formação da personalidade da criança até sua vida adulta. Pesquisadores da Universidade de Connecticut, nos Estados Unidos, observaram que crianças de todo o mundo tendem a agir da mesma forma quando são rejeitados por seus cuidadores ou por pessoas a quem são apegadas afetivamente. E quando essa rejeição ocorre por parte do pai, causa marcas profundas. Quando há a rejeição, esse estudo, que contou com a avaliação de 36 trabalhos que envolveram mais de dez mil pessoas, entre crianças e adultos, demonstrou que as crianças a sentem como se fosse uma dor física, com a diferença de que essa dor psicológica pode ser revivida durante anos e gera no sujeito insegurança, hostilidade e propensão à agressividade. Por outro lado, um pai presente e amoroso teria efeito contrário na formação da personalidade da criança, pois formaria um sujeito feliz, seguro e capaz de ligar-se afetivamente na vida adulta (SALGADO, 2015).

Lembra-se, porém, que o pai aqui referido, não é o biológico, mas aquele que exerce a função paterna, que tem um importante papel no processo de separação do bebê com a mãe, o que constitui uma das razões pelas quais é atribuído ao Complexo de Édipo³ “um papel organizador essencial para a organização da personalidade” (ZIMERMAN, 1999, p. 95).

³ O Complexo de Édipo é um conceito criado por Sigmund Freud, o fundador da psicanálise, e que ocorre quando a criança está atravessando a fase fálica, ou seja, quando descobre que, ao atingir três anos de idade, passa a ser alvo de várias proibições que para ele eram até então desconhecidas. Nesse momento, a criança não pode mais fazer o que bem entende, a família e a sociedade começam a impor regras, limites e padrões. Esse conceito é universal na psicanálise, visto que desperta sentimentos de amor e ódio direcionados para aqueles são mais próximos da criança, os pais. Assim, quando a criança percebe que está nesse momento da vida e reconhece a distinção entre ela e seus genitores, ela ingressa em uma das fases mais importantes de sua vida, a qual definirá seu comportamento na idade adulta (MIRANDA, 2013).

Abre-se um parêntese para esclarecer que, no período concernente ao Complexo de Édipo, a criança começa a perceber a presença de um terceiro na sua relação com a mãe. Esse terceiro, o pai, faz a criança se dar conta de que a mãe não é somente sua. Fecha parêntese. Justifica-se a utilização da citação acerca do Complexo de Édipo no presente texto, pois, apesar de ser tema da psicanálise, é essencial à formação da personalidade e do sentimento de identidade do sujeito, na medida em que determina a formação das identificações e introduz o chamado vínculo de reconhecimento, o que permite à criança reconhecer o outro como uma pessoa diferente dela, fato que somente é possível com a entrada da figura paterna neste lugar em que se encontram a mãe e o bebê.

Além da criança, é inegável que na adolescência, em virtude de todas as mudanças pelas quais passa o adolescente, o senso de si do sujeito resulta em episódios de conflito com ele mesmo. Nesse momento da vida, pertencer é vital, e a busca pela construção da identidade pessoal tende a levar a confrontos diretos especialmente com a família. Na adolescência, “as identificações apontam, inevitavelmente, para fora do ninho” (ROSA, 2014, p. 71). Passada essa etapa de confrontos, a identidade acaba se consolidando em novas bases para o senso de si, bases que serão, no entanto, continuamente ressignificadas ao longo da vida do sujeito (ROSA, 2014, p. 71).

Em que pese toda a liquidez do mundo moderno, em que até mesmo as relações amorosas são colocadas de lado, muitas vezes por serem descartáveis, vislumbra-se que a busca por raízes, pelo parentesco e pelo amor continuam em evidência e de grande importância para o sujeito, fator determinante para que seja possível a sua identificação na sociedade através da família, uma vez que é em seu seio que os processos de individuação e pertencimento ocorrem. Ainda que exista, atualmente, a grande tendência de os institutos jurídicos se adequarem a todas as novas formas de viver dos seres humanos e, conseqüentemente, da sociedade, tal qual aconteceu com o Direito de Família com a prevalência dos laços afetivos na sua formação, não há como deixar de lado outro critério importante quando o assunto é o instituto familiar: os laços consanguíneos entre pais e filhos, tendo em vista que todo e qualquer ser humano possui pai e mãe biológicos, ainda que não os considere como pais e ou com eles conviva, mas deve ter o direito à busca pela sua identidade genética protegido.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto a positivação de inúmeros novos direitos que foram elevados à categoria de direitos fundamentais, e muitos deles destinados à tutela dos direitos de minorias. Em seu artigo 227, *caput*,⁴ foi assegurado à criança e ao adolescente, dentre outros direitos, o direito à convivência familiar, e, segundo Welter (2002), esse mandado constitucional assegura aos filhos e aos pais o direito de conhecer sua origem, sua ancestralidade, sua identidade, com base nos princípios constitucionais da igualdade, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da tolerância, da intimidade, da informação e da prevalência dos interesses do filho. Com a modificação legislativa, bem como com o avanço científico, foi possível a busca pela ascendência biológica, tendo em vista que a herança genética constitui elemento que individualiza o ser humano das demais pessoas e é de inegável essencialidade para a formação de sua identidade.

Sobre a identidade genética, Fachin (2004, p. 74) afirma que “[...] a procura pelo vínculo biológico é um meio de melhor alcançar a dignidade humana do filho, uma vez que não existem vínculos socioafetivos suficientes para superar o dado genético em razão do amor”. Utilizando-se do mesmo fundamento, Sá e Teixeira entendem que o conhecimento acerca de sua origem biológica “proporciona ao sujeito a compreensão de muitos aspectos da própria vida. Descobrir as raízes, entender seus traços (aptidões, doenças, raças, etnia) socioculturais, saber quem nos deu a nossa bagagem genético-cultural básica são questões essenciais para o ser humano, na construção da sua personalidade e para seu processo de dignificação [...]” (SÁ; TEIXEIRA, 2005, p. 64).

O direito à identidade genética tem seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil contemplado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III⁵. Como lembra Madaleno (2000, p. 41), “se prevalece a dignidade da pessoa humana, sem a menor sombra de dúvida esse é, certamente, o espírito apreendido pela Constituição Federal, também se tornou direito de toda a criança poder conhecer a sua origem,

⁴ Art. 227 CF: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁵ Art. 1º, CF: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.

sua identidade biológica e civil, sua família de sangue”. Dessa forma, o direito ao conhecimento da identidade genética é considerado um bem jurídico constitucional, estando ligado à dignidade da pessoa humana, valor intrínseco que é reconhecido a cada ser humano desde sua origem, bem como aos direitos fundamentais, sendo um componente do direito ao livre desenvolvimento da personalidade em formação e consubstanciado em uma garantia de desenvolvimento e formação da individualidade de cada um (ALMEIDA, 2003).

Além de estar fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à identidade genética da pessoa está intimamente ligado com o disposto na Convenção Internacional dos Direitos da Criança nas Nações Unidas de 1989, recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 99.710, de 22.11.1990, e que consagra o direito de toda criança possuir laços familiares e viver com os pais. Ademais, o direito à identidade genética é considerado também direito de personalidade, seguindo-se o entendimento de que toda pessoa humana tem o direito de conhecer seus ascendentes. Segundo Bittar (2008), são considerados direitos da personalidade aqueles previstos para defender os valores inatos ao ser humano e que configuram direitos subjetivos que são considerados o mínimo para a existência de uma personalidade, tendo em vista que a ausência desses direitos impede a formação de uma personalidade completa e concreta.

O conhecimento da ascendência genética e, conseqüentemente, da identidade pessoal, portanto, define a história em que se encontra inserida a pessoa, seja no confronto ou na correlação com as que lhe deram origem, sendo que, dessa forma, “[...] essa identificação é valor indispensável na esfera personalíssima do ser humano, na formação de sua integridade psíquica, na sua história de vida, no que se pode definir como herança genética”(ALMEIDA, 2003, p. 87). Conforme ensinamentos de Rosa (2014), a identidade genética imprime no sujeito marcas indelévels, como, por exemplo, o fenótipo e o sobrenome. A não ser que o sujeito mude o sobrenome ou faça cirurgias plásticas, esses dois indicadores (fenótipo e sobrenome) serão carregados para o resto da vida. Existe a possibilidade de ser mudada a aparência, no entanto, na essência, essa mudança continuará com resquícios da matriz identitária do sujeito. Assim sendo, a busca pela identidade genética é, portanto, direito fundamental de personalidade inerente a toda pessoa, já que, talvez, a maior busca do ser humano até hoje seja aquela que diz respeito à sua própria história, à definição do que é o seu próprio ser. Percebe-se, com isso,

que o Estado, além de garantir às pessoas que formem uma família com vínculos afetivos, ele também garante àqueles que querem buscar suas origens genéticas esse direito, sendo o direito à identidade genética considerado direito fundamental. O que o Estado tem como objetivo são as preferências do ser humano, suas escolhas e necessidades, tendo em vista que cada um deve ser respeitado em sua individualidade, com direitos e deveres iguais, ou seja, em sua identidade.

Consoante Dias (2015), quando o assunto é a filiação, tem-se como primeiro pensamento a verdade genética, ou seja, o vínculo de consanguinidade. Ocorre, porém, que dois fatores surgiram para mudar esse cenário: primeiramente, a família ter deixado de ser identificada unicamente pelo casamento e ter ganhado a afetividade lugar na formação das famílias; e segundo pelo avanço científico e a descoberta do exame de DNA. Com esses acontecimentos, nunca foi tão fácil para o sujeito descobrir seu vínculo biológico. No entanto, essa descoberta perdeu lugar diante da importância da verdade afetiva, quando é constituído o vínculo de parentalidade, ainda que inexistente a verdade biológica, prestigiando-se a situação na qual prevalece o elo da afetividade. Ademais, foi por esses fatores que houve a criação da diferenciação entre os termos *pai* e *genitor*, sendo pai o que cria, dá amor, e genitor apenas o que gera (DIAS, 2015), o que tem repercutido também na jurisprudência como se verá.

4 A (IN)OBSERVÂNCIA DAS IMPLICAÇÕES DOS LAÇOS AFETIVOS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Com relação ao tema aqui proposto, a importância desses laços familiares na formação e desenvolvimento das identidades do sujeito, foi realizada pesquisa jurisprudencial, em especial no sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, onde se pode observar que, nas ações que envolvem o tema família, principalmente de guarda, regulamentação de visitas e investigações de mater/paternidade, os laços afetivos são levados em consideração em praticamente todas as decisões, bem como o princípio do melhor interesse do(a) menor e da dignidade da pessoa humana.

Para exemplificar e demonstrar o que se pretendia provar, em um pedido de alteração de guarda foi negado provimento ao recurso da genitora para mantê-la com a guardiã, sob o argumento de que o infante e sua guardiã já haviam

estabelecido vínculos afetivos, que poderiam ser rompidos se fosse deferida a alteração da guarda e, ainda, prejudicar a rotina de vida do infante. No referido caso, consegue-se perceber que o afeto e ou o elemento subjetivo foi observado na decisão em detrimento dos vínculos consanguíneos e a importância dada aos vínculos afetivos para o desenvolvimento da criança objeto da guarda pleiteada.⁶ O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça se assemelha, como se pode perceber da leitura do REsp nº 964836/BA.⁷

Não são diferentes os posicionamentos exarados em outras decisões analisadas, como, por exemplo, no Agravo de Instrumento interposto acerca de decisão interlocutória proferida em ação de guarda compartilhada que indeferiu o pedido de liminar para fins de regulamentar as visitas paterna à filha, que estavam sendo impedidas pela genitora. Como razão de decidir tem-se a necessidade de preservação da convivência e do estímulo aos laços afetivos dos filhos com os pais, por entenderem os julgadores serem eles importantes para o desenvolvimento da criança e, conseqüentemente, de sua identidade.⁸

⁶ EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA. PREVALÊNCIA DO STATUS QUO. BEM-ESTAR DO MENOR. PRECEDENTES. SENTENÇA MANTIDA. As alterações de guarda, em regra, devem ser evitadas, na medida em que acarretam modificação na rotina de vida e nos referenciais dos menores, e, por conseguinte, geram transtornos de toda ordem. *Deve ser mantida a guarda do filho dos demandados com a autora, guardiã de fato do menino desde que ele contava menos de um ano de idade, não sendo recomendada a retomada da guarda pretendida pela genitora apelante, conforme o conjunto probatório dos autos, especialmente o estudo social realizado, o qual indica a convivência harmoniosa e o pleno desenvolvimento de vínculos afetivos entre a criança e sua guardiã.* APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70064474828, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em 30/09/2015) [grifos nossos].

⁷ EMENTA. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE GUARDA DE MENORES AJUIZADA PELO PAI EM FACE DA MÃE. PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. MELHORES CONDIÇÕES.

- Ao exercício da guarda sobrepõe-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente [...].

- Devem as partes pensar, de forma comum, no bem-estar dos menores, sem intenções egoísticas, caprichosas, ou ainda, de vingança entre si, tudo isso para que possam – os filhos – usufruir harmonicamente da família que possuem, tanto a materna, quanto a paterna, porque toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família, conforme dispõe o art. 19 do ECA.

- A guarda deverá ser atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, maior aptidão para propiciar ao filho afeto – não só no universo genitor-filho como também no do grupo familiar e social em que está a criança ou o adolescente inserido –, saúde, segurança e educação.[...]

- Os laços afetivos, em se tratando de guarda disputada entre pais, em que ambos seguem exercendo o poder familiar, *devem ser amplamente assegurados, com tolerância, ponderação e harmonia, de forma a conquistar, sem rupturas, o coração dos filhos gerados, e, com isso, ampliar ainda mais os vínculos existentes no seio da família, esteio da sociedade.* Recurso especial julgado, todavia, prejudicado, ante o julgamento do mérito do processo. (Recurso Especial Nº 964836/BA, Terceira Turma, Relatora: Nancy Andriighi, Julgado em 02/04/2009) [grifos nossos].

⁸ EMENTA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA. REGULAMENTAÇÃO DAS VISITAS PATERNAS. CABIMENTO, PORÉM POR PERÍODO MAIS RESTRITO QUE O POSTULADO. *Em atenção à necessidade de preservação dos vínculos afetivos*

Segue a mesma linha a decisão proferida nos embargos infringentes opostos em face de apelação em ação negatória de paternidade, na qual é usada como justificativa para a manutenção da paternidade registral, além da existência do afeto entre as partes, também a importância dos laços familiares, no presente caso, do laço afetivo com o pai, para a estruturação da personalidade da criança.⁹ Outro exemplo, desta vez no que se refere ao reconhecimento de filiação socioafetiva, como não existem normas expressas acerca da autorização e reconhecimento através de escritura pública no Cartório do Registro Civil, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça manifestou-se sobre o tema¹⁰ em 5 de novembro de 2009, no Recurso Especial 709.608/MS, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, sobre a validade do ato, preservando o sentimento do afeto entre pai e filho, ainda que inexistentes laços consanguíneos entre eles, e possibilitando o reconhecimento dessa paternidade perante o Registro Civil.¹¹

Já em outro sentido, mas sempre pensando na formação da identidade, a jurisprudência gaúcha também preza pelo direito à busca pela identidade genética, por entender tratar-se de direito personalíssimo do filho e condizente com o princípio da dignidade da pessoa humana.¹²

saudáveis, cabível, desde já, a regulamentação provisória das visitas paternas à filha menor em finais de semana alternados, de sábado a domingo (período mais restrito do que o postulado), sem prejuízo de que a convivência seja ampliada após a formação do contraditório. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70066329871, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 08/10/2015) [grifo nosso].

⁹ EMENTA. EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. *A inexistência de filiação biológica entre o autor e o menor/réu, demonstrada na ação negatória de paternidade, esbarra na filiação socioafetiva entre os litigantes, evidenciada nos autos, onde a criança tem no pai registral seu verdadeiro pai, estruturando sua personalidade na crença desta paternidade, assim demonstrado no processo, ensejando a improcedência da ação.* EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGREGO DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes Nº 70041008814, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 10/06/2011) [grifo nosso].

¹⁰ Em 2012, o Conselho Nacional de Justiça também manifestou-se acerca do reconhecimento de filiação socioafetiva através de escritura pública no Cartório do Registro Civil, publicando o Provimento 16/2012, corroborando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

¹¹ EMENTA. REGISTRO CIVIL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE VIA ESCRITURA PÚBLICA. INTENÇÃO LIVRE E CONSCIENTE. ASSENTO DE NASCIMENTO DE FILHO NÃO BIOLÓGICO. RETIFICAÇÃO PRETENDIDA POR FILHA DO *DE CUJUS*. ART. 1.604 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE VÍCIOS DE CONSENTIMENTO. VÍNCULO SOCIOAFETIVO. ATO DE REGISTRO DA FILIAÇÃO. REVOGAÇÃO. DESCABIMENTO. ARTS. 1.609 E 1.610 DO CÓDIGO CIVIL. [...]

2. *Não há que se falar em erro ou falsidade se o registro de nascimento de filho não biológico efetivou-se em decorrência do reconhecimento de paternidade, via escritura pública, de forma espontânea, quando inteirado o pretense pai de que o menor não era seu filho; porém, materializa-se sua vontade, em condições normais de discernimento, movido pelo vínculo socioafetivo e sentimento de nobreza. [...]* (Recurso Especial Nº 709.608/MS, Quarta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: João Otávio de Noronha, Julgado em 05/11/2009) [grifo nosso].

¹² EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. INEXISTÊNCIA DE PATERNIDADE BIOLÓGICA, COMPROVADA POR EXAME DE DNA. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO

Ademais, sequer o surgimento da filiação afetiva com o pai registral, que não o biológico, pode impedir o direito do filho de buscar sua identidade genética. Cita-se aqui, como exemplo, decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em apelação cível exarada em ação investigatória de paternidade nesse sentido.¹³

O direito à identidade genética é, portanto, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil contemplado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III, e considerado direito de personalidade, fator essencial para este direito ser admitido nas decisões do Tribunal gaúcho.¹⁴

Percebe-se, portanto, da análise destes e de outros acórdãos, que tanto os laços afetivos quanto os laços consanguíneos são observados nas decisões jurisprudenciais, mormente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Em que pese ser o afeto, atualmente, o sentimento primordial no instituto familiar, a busca pela origem genética não é deixada de lado, sendo assegurado a todos os que buscam sua identidade biológica, esse direito. As decisões são tomadas sempre com o intuito de assegurar a plena formação e o desenvolvimento do sujeito, sendo levado em consideração tanto o princípio do melhor interesse do menor, quanto o

SOCIOAFETIVO, COMPROVADA POR LAUDO SOCIAL. VÍCIO EXISTENTE. I - Em que pese a presente ação tenha sido denominada negatória de paternidade cumulada com investigatória de paternidade, a *pretensão do autor é o reconhecimento da sua paternidade biológica*, que refletirá, consequentemente, no seu registro civil em caso de procedência da ação. *Este direito é personalíssimo do filho e guarda relação com a filiação da parte, devendo ser homenageado o princípio da dignidade da pessoa humana e garantido ao autor o direito de buscar o reconhecimento da sua identidade*. II - O desenvolvimento da paternidade socioafetiva em relação ao pai registral não pode representar óbice ao legítimo exercício do direito personalíssimo ao reconhecimento do estado de filiação. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70056857139, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 13/11/2013) [grifos nossos].

¹³ EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PATERNIDADE REGISTRAL E BIOLÓGICA. DIREITO À IDENTIDADE BIOLÓGICA. *O reconhecimento da paternidade genética e socioafetiva é um direito da personalidade. Em se tratando de pedido de investigação de paternidade biológica, o vínculo de afeto entre o investigante e o pai registral não pode afastar os direitos decorrentes da filiação, sob pena de violar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS. FILHA MENOR. POSSIBILIDADE. BINÔMIO ALIMENTAR NECESSIDADES POSSIBILIDADES. Apelação provida. (Apelação Cível Nº 70066886573, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 16/12/2015) [grifo nosso].

¹⁴ EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DO FILHO. PATERNIDADE BIOLÓGICA. DIREITO À IDENTIDADE BIOLÓGICA. *O filho possui legitimidade ativa para postular o reconhecimento da paternidade biológica e anulação do registro civil que não corresponde à realidade. Em se tratando de pedido de investigação de paternidade biológica, o vínculo de afeto entre o investigante e o pai registral não pode afastar os direitos decorrentes da filiação, sob pena de violar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70063539852, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 27/05/2015) [grifo nosso].

princípio da dignidade da pessoa humana, razão maior de ser do Estado Democrático de Direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As transformações sociais ocorridas ao longo do tempo influenciam em praticamente todos os aspectos da vida do sujeito, em especial na formação e desenvolvimento de suas identidades. Com o reconhecimento da existência de diversas e diferentes culturas, formou-se o que se chama de a atual sociedade multicultural, a qual possibilita a interação do sujeito com o diferente de diversas formas, sendo através dessa convivência com os demais que ele (re)forma sua identidade.

Este estudo, no entanto, não esgota o assunto, apenas contribui para a sua reflexão, por considerá-lo relevante nos aspectos social, jurídico e jurisprudencial no contexto da atual sociedade multicultural brasileira, já que, ao pertencer a uma família, seja ela socioafetiva ou biológica, a formação e o desenvolvimento da criança e do(a) adolescente e de suas identidades dão-se de maneira plena e positiva, para que os relacionamentos do sujeito no futuro aconteçam de forma a ampliar e retribuir o afeto, o carinho e o amor recebidos dentro do seio familiar do qual faz parte. Ao conviver com o outro diferente, o sujeito percebe-se como um ser único, sendo no seio familiar a primeira possibilidade de trocas do sujeito com o outro, diferente dele e com o qual inicia o processo de reconhecimento e formação da identidade. A família, hoje vista de forma plural e com novos e variados modos de agrupamento e formação, não é mais apenas a união e convivência entre homem, mulher e filhos; é constituída, em sua grande maioria, pelo sentimento e laços de afeto entre seus membros, sejam eles quem forem, independentemente da consanguinidade, possuindo o afeto valor jurídico. A família, portanto, continua sendo considerada a base de estruturação de toda a sociedade, e o afeto, a base de estruturação da família.

Em que pese, no entanto, a prevalência do sentimento afetivo na formação e desenvolvimento da família contemporânea, não há como olvidar do critério biológico, ou seja, os laços de consanguinidade entre pais e filhos biológicos e a possibilidade de buscar a verdade genética quanto à pater/maternidade. Apesar da desnecessidade dos laços consanguíneos para ser formada uma família, estes laços

são de igual importância na formação e desenvolvimento do sujeito e de suas identidades, já que a identificação através da família biológica traz ao sujeito o conhecimento de sua historicidade pessoal, componente importante na formação de sua personalidade. Diante disso, portanto, percebe-se a essencialidade do direito ao conhecimento da identidade biológica da pessoa, direito este que, à luz do princípio da dignidade humana, é elemento substancial que individualiza o sujeito diante das outras pessoas, diferenciando-o e permitindo-o situar-se dentro de uma família e, conseqüentemente, dentro da comunidade, da sociedade, círculos fundamentais para sua plena estruturação enquanto ser humano.

É possível afirmar, à guisa de conclusão, que, hodiernamente, enfrenta-se uma crise de identidade do sujeito em razão das inúmeras mudanças estruturais vividas pelas sociedades modernas, fazendo com que a pessoa moderna perca o cerne da sua identidade. Daí a importância da identidade cultural: estudar identidade cultural é procurar o sentido das coisas frente a tão rápidas e profundas transformações vivenciadas pelo ser humano moderno. As mudanças estruturais que estão transformando as sociedades modernas estão fragmentando questões culturais de classe, gênero, sexualidade, etnia, raça e nacionalidade, que até a pouco tempo representavam um porto seguro em termos de identidade, transformando também as identidades pessoais, e, com isso, abalando a ideia de sujeito integrado. Muitas dessas mudanças estão relacionadas à globalização, que acarreta conseqüências sobre as identidades culturais, como a sua desintegração em face da homogeneização, bem como o seu declínio e a ascensão de novas e híbridas identidades. Daí a importância de se pensar a forma como a globalização tem atingido a questão da identidade e multiplicidade de culturas, na medida em que a identidade é uma construção histórica que se faz a partir da memória social somada à memória comum, mas tudo isso tem assumido novas significações em virtude das constantes e profundas transformações do mundo moderno. E como a identidade somente pode ser construída frente ao outro, é preciso entender esse processo que, inexoravelmente, atinge a todos de uma forma ou de outra, com maior ou menor intensidade, de sorte que não há como prescindir dos problemas da dimensão social. A vida social humana não pode ser tratada enquanto partes separadas: uma coisa é substrato da outra, político, econômico, religioso, social e culturalmente, de sorte que uma dimensão interfere na outra, daí a importância do

estudo da identidade cultural na análise das implicações dos laços familiares na formação das identidades em uma sociedade multicultural como a brasileira.

Com isso já se está respondendo a problemática deste estudo, que tem como núcleo a seguinte indagação: são os laços familiares, tanto os afetivos quanto os consanguíneos, importantes na formação das identidades do sujeito e, ainda, são esses laços levados em consideração quando das decisões jurisprudenciais, em especial no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul? Vê-se, pois, que a resposta somente pode ser afirmativa, pois a identidade do sujeito, atualmente voltada mais para a identidade pessoal no sentido do senso de si próprio, forma-se através das trocas e da convivência com outros sujeitos diferentes. Na família, as trocas e o contato entre seus membros são constantes, e o afeto recebido pelo sujeito no seio familiar contribui significativamente para sua formação e desenvolvimento como cidadão, bem como para a formação e desenvolvimento de suas identidades, já que o afeto, o amor e o carinho recebidos nas relações familiares serão a base de formação dos seus valores, fator determinante para a construção de sujeitos completos e acessíveis a relacionarem-se de maneira positiva.

Fazer parte de uma família, na atualidade, não exige o vínculo genético entre seus membros, bastando a existência dos laços afetivos e a consciência de que pai e/ou mãe é quem cria, dá amor, carinho, amparo, afeto, educação, e que tem como filho(a) aquele que faz parte de sua vida, de forma harmoniosa, sempre prezando pelo seu melhor interesse e por sua dignidade, tanto que, depois de formada, a pater/maternidade socioafetiva irrevogável. Afinal, a construção identitária, enquanto um processo histórico, leva à dicotomia da questão da identidade: fragmentação por um lado e criação de outros laços por outro. Trata-se de uma crise de paradigmas, em que o enraizamento a significados comuns leva à construção simbólica dos elementos da identidade, que é algo que se acessa quase sempre em momentos de crise, momentos marcantes, densos, da vida social, na medida em que há sempre diferentes concepções da realidade social, o que se materializa nos entendimentos jurisprudenciais trazidos.

A jurisprudência gaúcha, portanto, acompanha as mudanças sociais e toda a evolução pela qual a sociedade passou, atentando para a importância dos laços afetivos, mormente nas ações de guarda, regulamentação de visitas e investigatórias de mater/paternidade, mas sem deixar de lado a possibilidade de

busca pelo vínculo genético do sujeito. Com as pesquisas jurisprudenciais elaboradas, notou-se a tendência do TJ/RS de atentar para o vínculo afetivo quanto este é inegável, de conhecimento geral e que traz benefícios à criança/ao adolescente, sendo, porém, permitido ao filho/à filha a busca pela sua identidade genética e seus laços consanguíneos quando for de sua vontade, por se tratar de direito fundamental de personalidade do sujeito e que não pode ser negado nem mesmo quando já existente vínculo socioafetivo com outras pessoas.

Quando, porém, trata-se de declaração de pater/maternidade, é considerado pai/considerada mãe aquele(a) que possui laços de afetividade com o(a) filho(a), não sendo benéfico para este a mudança no registro apenas por uma questão de ligação genética, já que a verdadeira pater/maternidade, nos dias atuais, se dá quando existentes laços de amor, carinho e afeto entre os membros do grupo familiar, em uma união de sentimentos que prezam pelo melhor interesse do menor e pela dignidade da pessoa humana.

Os laços afetivos e os consanguíneos são, portanto, observados nas decisões jurisprudenciais brasileiras, com grande ênfase para o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, tendo as decisões como base a utilização de estudos sociais para análise da existência ou não de vínculos afetivos entre pais e filhos para ser considerada a pater/maternidade, bem como o princípio do melhor interesse do menor e da dignidade da pessoa humana, sendo observados também os laços consanguíneos quando é o(a) filho(a) que o busca no intuito de conhecer sua verdade genética, havendo sempre a análise das particularidades de cada caso concreto, para que o decidir beneficie o maior interessado no resultado das ações de família, qual seja a criança/o adolescente. Portanto, embora nem sempre aconteça, o ideal seria que a pater/maternidade biológica dividisse espaço com a pater/maternidade afetiva, unindo os laços consanguíneos e afetivos, tendo como resultado a estruturação completa e eficaz do sujeito e da entidade familiar, de modo a proporcionar a todos os membros a felicidade que buscam em toda e qualquer relação, e que deve ser, da mesma forma, o maior objetivo do Estado em nome do princípio da dignidade humana ao assegurar a essência da vida, qual seja, dar e receber amor.

6 REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e Estatuto de Filiação à Luz da Dignidade da Pessoa Humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ALMEIDA, Patrícia Silva de. **As relações homoafetivas e a possibilidade da adoção no Direito brasileiro**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- _____. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. 1.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- _____. **Identidade**: entrevista a Benedetto Vecchi. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- BRANDÃO, Carlos Rodrigues. **Identidade e etnia**: construção da pessoa e resistência cultural. São Paulo: Brasiliense, 1990.
- DIAS, Maria Berenice. 10. ed. rev., atual. e ampl. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo Código Civil**. v. XVIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- FRAGA, Thelma. **A guarda e o direito à visitação sob o prisma do afeto**. Niterói: Impetus, 2005.
- FREUD *apud* HALL, Stuart. Quem precisa da identidade? *In*: SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). **Identidade e Diferença**: A perspectiva dos Estudos Culturais. Petrópolis: Vozes, 2014.
- GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.
- HALL, Stuart. **A Identidade Cultural na Pós-Modernidade**. 10. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.
- KAUFMANN, Jean-Claude. **A invenção de si**: uma teoria da identidade. Lisboa: Instituto Piaget, 2004.
- LACAN *apud* WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. *In*: SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). **Identidade e Diferença**: A perspectiva dos Estudos Culturais. Petrópolis: Vozes, 2014.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em: 8 fev. 2016.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do Conceito de Família. *In*: DIAS, Maria Berenice. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MADALENO, Rolf. Direito de família: constituição e constatação. *In*: **Novas perspectivas no direito de família** (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das Famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MARRA, Marlene Magnabosco; COSTA, Liana Fortunato. **Temas da clínica do adolescente e da família**. 1.ed. v.1. São Paulo: Editora Ágora, 2010.

MORIN, Edgar. **O método 5: a humanidade da humanidade**. Tradução Juremir Machado da Silva. 5.ed. Porto Alegre: Sulina, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, Direitos Humanos, Psicanálise e Inclusão Social. *In*: DEL´OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Org.). **Direito de Família Contemporâneo e os Novos Direitos: estudos em homenagem ao Professor José Russo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROSA, Gabriel Artur Marra e. **Construção e Negociação de Identidade: introdução a quem somos e a como nos relacionamos**. Curitiba: Juruá, 2014.

ROUDINESCO, Elisabeth. **A Família em Desordem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

SALGADO, Nívea. **Amor do pai é uma das maiores influências da personalidade da criança**. Disponível em: <<http://www.mildicasdemae.com.br/2015/02/amor-pai-e-uma-das-maiores-influencias-da-personalidade-da-crianca.html>>. Acesso em: 8 fev. 2016.

SANTOS, Augusto César Maia. **Psicologia do relacionamento familiar**. Artur Nogueira, SP: CEDISAU, 2000.

SOUZA, Marise Cunha de. Os casais homoafetivos e a possibilidade de procriação com a utilização do gameta de um deles e de técnicas de reprodução assistida. **Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: v.13, n. 52, out.-dez., 2010.

TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. *In*: _____ (Org.). **Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

THOMÉ, Liane Maria Busnelo. **Dignidade da Pessoa Humana e Mediação Familiar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WELTER, Belmiro Pedro. Teoria tridimensional do direito de família: reconhecimento de todos os direitos das filiações genéticas e socioafetivas. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**. Porto Alegre: Magister, n. 08, v. 8, fev./mar. 2009.

_____. **Coisa julgada na investigação de paternidade**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2002.

WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. *In*: SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). **Identidade e Diferença**: A perspectiva dos Estudos Culturais. Petrópolis: Vozes, 2014.

ZIMERMAN, David Epelbaum. **Fundamentos Psicanalíticos**: teoria, técnica e clínica – uma abordagem didática. Porto Alegre: Artmed, 1999.

CAPACITISMO E LUGAR DE FALA: REPENSANDO BARREIRAS ATITUDINAIS

Letícia Souza Mello¹
Luiza Griesang Cabistani²

RESUMO: O presente artigo aborda o tema da deficiência e suas diferentes compreensões ao longo da história até chegar ao atual arcabouço legal nacional e internacional. A partir do modelo social, são identificadas barreiras que potencializam a existência do capacitismo, preconceito que classifica os sujeitos conforme a adequação de seus corpos a um ideal de capacidade funcional. O trabalho propõe como marco teórico a teoria do lugar de fala, que permite refletir sobre a situação das pessoas com deficiência enquanto grupo social subalterno desprovido do discurso hegemônico. Nesse sentido, aborda-se a experiência de uma oficina proposta pelas autoras, também oficinas, para debater discursos e práticas capacitistas a partir da campanha virtual #écapacitismoquando.

PALAVRAS-CHAVE: Barreiras. Capacitismo. Deficiência. Lugar de fala.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Capacitismo e barreiras atitudinais. 3 Discurso e lugar de fala. 4 #ÉCAPACITISMOQUANDO: repensando o capacitismo a partir de uma oficina. 4.1 As publicações no Twitter: #écapacitismoquando. 4.2 A experiência da oficina. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O universo da deficiência é bastante amplo e diverso, com suas peculiaridades e tipos, os quais se dividem, conforme as classificações mais atuais, entre sensorial, intelectual, física ou múltipla (quando ocorre a associação de duas ou mais deficiências). As pessoas com deficiência, entendendo esta como manifestação da diversidade humana, são diferentes e heterogêneas, sendo que cada uma delas tem suas predileções e respostas individuais para lidar com a sua condição (OMS, 2011).

Em dezembro de 2006, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) adotou a resolução que estabeleceu a Convenção dos Direitos das

¹ Psicóloga, analista da Defensoria Pública do Estado do RS

² Bacharel em Direito, analista processual da Defensoria Pública do Estado do RS

Pessoas com Deficiência, cujo objetivo é “proteger e garantir o total e igual acesso a todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, e promover o respeito à sua dignidade”. A convenção promove a total participação de pessoas com deficiência em todas as esferas da vida, desafiando estereótipos, preconceitos e estigmas. A ONU, através de seu Comitê para os Direitos das Pessoas com Deficiência, monitora de que forma os países que ratificaram a convenção estão evoluindo, fazendo análises regulares e emitindo recomendações sobre como as violações podem ser combatidas e os direitos garantidos.

Após a pactuação da referida convenção e do seu Protocolo Facultativo³ entra em vigor a Lei Brasileira de Inclusão (LBI) n° 13.146/2015. O documento legal consolidou princípios e diretrizes do mais recente tratado de direitos humanos do sistema global de proteção da ONU, além de pormenorizar as normas que deverão ser observadas para a garantia do exercício dos direitos das pessoas com deficiência no país.

Nesse sentido, restou organizado verdadeiro marco regulatório para as pessoas com deficiência, cujos direitos e deveres antes estavam dispersos em outras leis, decretos e portarias. Assim, regulamentou-se limites e condições, tendo sido atribuído responsabilidades para cada ator na consolidação da sociedade inclusiva (SETUBAL; FAYAN, 2016). Ainda que a lei garanta os mesmos direitos às pessoas com e sem deficiência, devido às desvantagens impostas pela sociedade, por meio de barreiras, as pessoas com deficiência nem sempre conseguem exigir seus direitos nas mesmas condições que uma pessoa sem deficiência.

Apesar do último Censo apontar que 23,9% da população brasileira possui, ao menos, um tipo de deficiência⁴ (IBGE, 2010), falar sobre este assunto é se aproximar de um campo pouco estudado, por vezes ignorado e, com poucos incentivos à pesquisa (DINIZ, 2003). A pouca produção acadêmica existente sobre o tema ainda está muito ligada aos campos da biomedicina, da psicologia do desenvolvimento ou da educação “especial”.

³ Decreto n° 6.949, de 25 de agosto de 2009, promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

⁴ As categorias usadas pelo IBGE, à época, foram visual, auditiva, motora ou intelectual.

A especificidade da deficiência está descrita nos corpos dos sujeitos. Sua compreensão passou por várias configurações, desde concepções religiosas e sobrenaturais, passando pelo modelo biomédico, até chegar ao modelo social, o qual se sobrepõe nas legislações nacional e internacional. Segundo este modelo, a deficiência está no meio, e não no sujeito, de modo que a existência de barreiras limita a autonomia das pessoas com deficiência. Por trás desses obstáculos, surge o capacitismo, um processo sociocultural que discrimina pessoas cuja variação corporal é considerada desviante (NUERNBERG, 2018).

Para abordar o tema proposto, utilizou-se como referência teórica a teoria do lugar de fala, a qual busca visibilizar discursos contra hegemônicos e experiências historicamente compartilhadas por grupos subalternos socialmente construídos (RIBEIRO, 2017). Desde esta perspectiva, os acessos possibilitados e os constrangimentos que os sujeitos – enquanto grupo social – enfrentam são semelhantes a todas as pessoas que compartilham a mesma localização social nas relações hierárquicas de poder. Tal marco teórico permite refletir sobre a situação das pessoas com deficiência enquanto grupo social subalterno, desprivilegiado do discurso em relação às pessoas sem deficiência, pois está distante do sujeito “saudável e normal”.

Nesse sentido, o presente trabalho aborda a oficina ministrada pelas autoras durante o evento de qualificação interna promovido pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul (DPE-RS) intitulado “Diversidade e Inclusão Social”. Além do marco teórico referenciado, para a condução da atividade utilizou-se a campanha “#écapacitismoquando”, surgida nas redes sociais, a fim de ampliar o debate a respeito do preconceito contra as pessoas com deficiência. O espaço promovido buscou pensar tanto a inclusão do público interno – servidores – como o melhor atendimento do público externo – assistidos.

2 CAPACITISMO E BARREIRAS ATITUDINAIS

O preconceito às pessoas com deficiência configura-se como um mecanismo de negação social, já que as diferenças são vistas como carência, falta ou impossibilidade. O caráter específico da deficiência está inscrito no próprio corpo do sujeito, sendo este considerado inábil para uma sociedade que demanda cada vez mais seu uso intensivo, levando-o ao desgaste ou, ainda, à “construção de uma

corporeidade que objetiva meramente o controle e a correção, em função de uma estética corporal hegemônica” (SILVA, 2006, p. 426).

No Egito Antigo, a deficiência era entendida como provocada pelos “maus espíritos”. Enquanto a nobreza possuía acesso a tratamentos, os pobres com deficiência eram usados como atrações em circos ou como objetos de estudos (SILVA, 1987 apud SCHEWINSKY, 2004, p. 8). Já na Grécia e em Roma, o corpo forte e belo era valorizado para que pudesse participar de guerras, porém aquele que não correspondia a esse padrão poderia ser, inclusive, eliminado, legitimando, até mesmo, a condenação de crianças que possuíam algum tipo de deficiência (SCHEWINSKY, 2004).

Apenas a partir do século XVI a medicina apropria-se do campo da deficiência e esta deixa de ser compreendida como advinda de questões religiosas e sobrenaturais, passando a ser vista como científica e passível de tratamento. No século XVII são criados os hospitais, que serviam para exclusão daqueles que eram percebidos como doentes. Somente nos séculos XIX e XX, passam a existir programas de reabilitação global para as pessoas com deficiência, práticas influenciadas pela filosofia humanista e pela Revolução Industrial, quando os países começavam a se deparar com a existência de pessoas mutiladas após as duas grandes guerras, além daquelas que haviam sofrido acidentes de trabalho nas indústrias (SCHEWINSKY, 2004).

Nas sociedades atuais, grande parte das iniciativas sociais é dirigida a um sujeito universal, comumente representado pelo homem “padrão” e idealizado, sendo a exclusão, desse modo, a negação de toda a diversidade humana. Medeiros e Mudado (2010) explicam que, ao negar os imperativos éticos da responsabilidade e do compromisso com os seres humanos, a exclusão social tinge-se de preconceito ao afirmar um ideal de homem biologicamente perfeito. Assim, a desigualdade pode significar a exclusão de muitas pessoas de uma efetiva participação na vida social.

De acordo com Silva (2006, p. 121), “a deficiência não é uma condição estática, natural e definitiva”, uma vez que está firmada nas relações e interações que determinam sua percepção na sociedade. Trata-se, assim, de uma diferença que surge no processo de produção da existência dos povos, em momentos históricos e locais distintos, assim como as crenças religiosas ou as diferenças étnicas, por exemplo.

Atualmente, o arcabouço legal brasileiro a respeito do tema tem como base dois principais documentos: a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a LBI. A deficiência passa a ser entendida como o resultado produzido entre a interação do impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, com uma ou mais barreiras (impedimento x barreira = deficiência)⁵. E a avaliação desta, quando necessária, deve levar em consideração diversos aspectos, tais como os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo, os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais, a limitação no desempenho de atividades e a restrição de participação⁶ (BRASIL, 2015).

No entanto, o atual paradigma para o tratamento das pessoas com deficiência vem se consolidando há poucas décadas. Assim sendo, para compreender a temática da deficiência, cabe mencionar a discussão acerca de seus modelos que, em diferentes períodos históricos, tiveram transformações fundamentadas pela necessidade das pessoas e pelos sistemas social, político e econômico.

O modelo caritativo compreende a pessoa com deficiência como tendo uma vida trágica e sofrida, merecedora de ajuda e caridade. Os cuidadores têm poderes plenos no tipo de atendimento que a pessoa recebe. Com esta perspectiva, surgem espaços especializados que oferecem serviços, normalmente, menos desafiadores intelectualmente, limitando a entrada da pessoa com deficiência nos meios acadêmicos, laborais e sociais (AUGUSTIN, 2012).

Já o modelo biomédico tradicional visualiza, primeiramente, a deficiência, percebendo a pessoa como possuidora de uma patologia e oferecendo um papel passivo de paciente. Este padrão busca uma “normalidade” de funcionamento físico, sensorial e intelectual. Com um precoce diagnóstico, pode reduzir a incidência da deficiência, pois ignora o papel das estruturas sociais para a opressão dos deficientes. A crítica se dá no sentido de que seus esforços são voltados exclusivamente à cura, desconsiderando os aspectos sociais e emocionais implicados na deficiência (AUGUSTIN, 2012). No século XIX, este modelo “representou uma redenção ao corpo com impedimentos diante da narrativa religiosa

⁵ Para explicar a deficiência, adota-se, com fins didáticos, a fórmula “impedimento x barreira = deficiência”, uma vez que aquela é o resultado da interação entre os impedimentos e as barreiras impostas. Logo, quando não há barreira, não há deficiência. Nesse sentido, se uma pessoa possui um impedimento, como a utilização de cadeiras de roda (10), mas não há barreiras, pois há rampas em determinado local de acesso (0), a deficiência não existirá ($10 \times 0 = 0$)

⁶ Art. 2º, §1º da Lei Brasileira de Inclusão.

do pecado ou da ira divina”, sendo posteriormente contestado pelo modelo social (DINIZ, BARBOSA; SANTOS, 2009, p. 66).

O modelo social, surgido entre as décadas de 60 e 70⁷, critica a forma como a sociedade organiza-se ao não considerar a diversidade e acaba por excluir as pessoas com deficiência dos meios políticos e sociais (AUGUSTIN, 2012). Este modelo entende a deficiência como qualquer desvantagem resultante da relação do corpo com lesões e a sociedade, compreendendo-a como um fenômeno sociológico cuja solução não deve ser terapêutica, mas política. As dificuldades de uma pessoa com deficiência, nesta abordagem, não devem ser entendidas a partir das restrições causadas pela lesão, mas como um processo social construído pelas barreiras que limitam a manifestação da capacidade dos sujeitos (DINIZ, 2003).

Por trás dessas barreiras e preconceitos está um processo sociocultural que tem sido chamado na pesquisa acadêmica de “capacitismo”, termo surgido junto às discussões acerca da inclusão social das pessoas com deficiência (NUERNBERG, 2018). Para Mello (2014), o capacitismo é a materialização de atitudes permeadas pelo preconceito que categorizam os sujeitos conforme a adequação de seus corpos a um ideal de beleza e capacidade funcional. É um conceito presente no social que avalia as pessoas com deficiência como desiguais, menos aptas ou incapazes de gerir suas próprias vidas, sendo para os capacitistas, a deficiência como um estado diminuído do ser humano. Trata-se de uma forma de preconceito subliminar e engravado na produção simbólica social, mostrando-se uma construção universalizada de opressão sobre a compreensão da deficiência (DIAS, 2013).

A expressão tem sido usada como tradução da palavra inglesa *ableism*, que expressa “discriminação por motivo de deficiência” (DIAS, 2014, p. 5). Ainda que esta seja uma categoria insuficiente na língua portuguesa, trata-se justamente da “capacidade de ser e fazer que é reiteradamente negada às pessoas com deficiência em diversas esferas da vida social” (MELLO, 2014, p. 56).

Mello (2016, p. 3267) propõe que, a exemplo de Portugal, o Brasil utilize a tradução capacitismo para o termo *ableism* por duas importantes razões: a primeira é a urgente necessidade de visibilizar a existência de uma forma específica de

⁷ Diniz (2003) explica que os estudos sobre deficiência foram iniciados nos Estados Unidos e no Reino Unido no início dos anos 1970 por homens com deficiência decorrente de lesões físicas na medula e que tinham tradição em estudos marxistas.

opressão contra as pessoas com deficiência, dando maior visibilidade social e política a esta população. O segundo motivo objetiva romper com os limites entre deficientes e não deficientes a partir da exploração dos “meandros da corponormatividade”, nomeando um tipo de preconceito pautado pela premissa da “(in)capacidade”, que avalia o que as pessoas com deficiência podem ou são capazes de ser e fazer. Segundo Campbell (2001), o capacitismo está para as pessoas com deficiência, assim como o racismo está para os negros e o sexismo para as mulheres (apud MELLO, 2016).

Assim, a autora propõe que o termo seja cada vez mais introduzido nas produções científicas, nos movimentos sociais, em documentos oficiais e nas políticas públicas a fim de conquistar espaço e provocar a reflexão naquele que produz práticas e discursos capacitistas. O pouco material e bibliografia encontrados sobre o tema evidencia a necessidade de se discutir e produzir sobre o assunto, inclusive, porque muitas vezes, estes discursos aparecem travestidos de atitudes agradáveis.

Entendendo capacitismo como o preconceito contra as pessoas com deficiência, a medida que valora sujeitos e corpos a partir de um referencial padronizado de corpo “normal”, uma das formas dessa opressão revela-se na sociedade por meio das barreiras atitudinais. Estas são definidas, conforme a legislação vigente, como qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros. E as classificou enquanto barreiras urbanísticas, arquitetônicas, nos transportes, nas comunicações e na informação, atitudinais e tecnológicas (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, as barreiras atitudinais são aquelas que se estabelecem na esfera social, cujas relações humanas centram-se nas limitações dos indivíduos e não em suas potencialidades. Referem-se a atitudes ou comportamentos que impedem ou prejudicam a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas.

Amaral (1998) conceitua barreira atitudinal como uma defesa intercalada na relação entre duas pessoas em que uma está numa posição mais favorável em relação à outra, por esta ser diferente, especialmente quanto às condições ditas

ideais. A autora refere-se ao preconceito que, para ela, tem dois componentes básicos neste caso: uma *atitude* (predisposição psíquica desfavorável em relação a alguém) e o *desconhecimento* concreto e vivencial desse alguém, assim como as próprias atitudes diante dessa pessoa. Isto é, as atitudes fundamentam-se em preconceitos e estereótipos que produzem a discriminação, além do desconhecimento em como agir adequadamente diante da pessoa com deficiência (MENDONÇA, 2013).

Ainda que projetos e leis venham a assegurar os direitos às pessoas com deficiência, muitas dificuldades permanecem sendo encontradas por estes sujeitos, sendo as barreiras atitudinais as maiores delas, cuja existência pode limitar ou impedir a livre circulação dessas pessoas. No cotidiano, são exemplos de barreiras atitudinais: não respeitar as vagas de estacionamento destinadas às pessoas com deficiência, estacionar em locais em que as guias são rebaixadas (rampas), falta de sinalização adequada, professores que não utilizam didática que contemple as especificidades de seus alunos, motoristas de transporte coletivo que param muito afastados das calçadas e o uso de corrimãos para outros fins. Assim, são necessárias repetidas campanhas de conscientização, a fim de fomentar o respeito pelos direitos e pela dignidade das pessoas com deficiência (EMMEL; GOMES; BAUAB, 2010).

Dias (2014) postula que a barreira atitudinal está no âmago de todas as outras barreiras existentes (arquitetônicas, comunicacionais, programáticas, metodológicas e instrumentais), pois se dá devido a uma consequência da intolerância. Diante disso,

o preconceito e as atitudes negativas em relação às pessoas com deficiência vão dificultar que a sociedade realize as modificações necessárias para garantir a acessibilidade na escola, no lazer, na informação, na cultura e nos outros sistemas sociais (p. 33).

Considerando que a experiência do corpo com impedimentos é discriminada pela cultura da normalidade, no próximo capítulo serão desenvolvidas a teoria do lugar de fala e suas contribuições para a visibilidade de discursos contra hegemônicos.

3 DISCURSO E LUGAR DE FALA

A expressão lugar de fala tem surgido nos últimos tempos com mais frequência não só nos debates públicos, entre militantes, acadêmicos e interessados, mas também nas discussões virtuais, por meio das redes sociais. Em síntese, pode ser entendida como contraponto ao silenciamento de vozes de grupos historicamente invisibilizados. No entanto, com sua apropriação por um segmento mais amplo da sociedade, Berth chama atenção para que seu uso não se torne incompleto (MOREIRA; DIAS, 2017)⁸.

Apesar da origem do termo não ser precisa, Ribeiro (2017) afirma que para conceituar lugar de fala é necessário retomar os percursos intelectuais e de luta de mulheres negras durante a história. Seu uso advém, segundo a autora, da tradição da teoria racial crítica, assim como dos estudos sobre diversidade e gênero que questionam quem tem o poder do discurso. Desde esta perspectiva, o termo serve para reivindicar o poder de falar e produzir discursos contra hegemônicos e, assim, quebrar com a autorização discursiva de somente um grupo, o qual se entende como sujeito universal, comumente representado pelo homem branco, cis e hétero (e, importante marcar, dotado de um corpo adequado a uma suposta normalidade).

Nesse sentido, faz-se necessário compreender a noção de discurso, uma vez que este não se trata de um simples “amontoado de palavras ou concatenação de frases que pretendem um significado em si” (RIBEIRO, 2017, p. 56). Mais do que isso, a noção foucaultiana de discurso remete a um sistema que estrutura determinado imaginário social, pois está intimamente ligado ao poder e ao controle (RIBEIRO, 2017). Deve-se considerar que os acessos não são garantidos a todos de maneira justa, ocorrendo um desequilíbrio entre os grupos na ocupação de lugares de produção e disseminação de conhecimento, como as universidades, e na ocupação de instâncias de poder, como a política institucional. Assim, as vozes destes grupos não são representadas, tampouco catalogadas, a ponto de produzirem um discurso sólido na sociedade. Por isso, o poder de “falar”, para além de simplesmente emitir palavras, diz respeito ao poder de existir (RIBEIRO, 2017).

Apesar da origem do termo ser imprecisa, é possível pensar lugar de fala a partir da teoria do ponto de vista feminista, a qual tem origem na tradicional discussão norte-americana sobre o *feminist standpoint* (RIBEIRO, 2017). Uma de

⁸ Trata-se de entrevista concedida pela arquiteta Joice Berth ao jornal Nexa.

suas principais autoras é a norte-americana Collins (1997), que defende que a teoria do “*standpoint*” ou “teoria do ponto de partida” seria um quadro interpretativo dedicado a explicar como o conhecimento ainda se mantém como elemento central para manter e mudar sistemas injustos de poder.

Esta teoria refere-se a experiências historicamente compartilhadas por grupos socialmente construídos, de maneira que se deve dar menos ênfase às experiências individuais dos sujeitos dentro desses grupos, para atentar às condições sociais que os constroem. Ou seja, trata-se de uma perspectiva que considera as histórias e as vivências compartilhadas pelos grupos baseadas na posição comum que possuem nas relações de poder, uma vez que essa localização comum acaba por produzir experiências comuns. Collins (1997) explica que categorias como gênero, raça, cor, classe, idade – e aqui incluímos a deficiência – não são somente características descritivas individuais de identidade, mas são dispositivos fundamentais que promovem acessos desiguais para estes grupos.

A autora explica, ao comentar sobre o racismo, que as experiências individuais dos sujeitos em relação a este tipo de opressão serão únicas, no entanto, os tipos de oportunidades e constrangimentos que os sujeitos enfrentam diariamente são semelhantes a todas as pessoas negras enquanto grupo social. Estes ângulos de visão compartilhados levam aqueles que estão em uma localização social semelhante a estarem predispostos para interpretar essas experiências de maneira comparável (COLLINS, 1997).

Isso não deve conduzir a um entendimento de que todos aqueles que compõem um determinado grupo compartilharão das mesmas experiências ou irão interpretá-las do mesmo modo, ainda que enfrentem barreiras similares, pois se trata de uma questão estrutural, não individual. Embora a autora traga seus estudos para a questão racial, seus conceitos também podem ser explorados a partir da perspectiva das pessoas com deficiência, já que estas também pertencem a um grupo historicamente sujeito a diversas formas de opressão.

Entendendo lugar de fala como o *locus social* ocupado pelos sujeitos nas relações de poder, esta teoria não deve ser confundida com a questão da representatividade, ainda que os conceitos estejam interligados. Nesse sentido, um homem branco não poderá representar uma mulher negra, mas poderá falar sobre o racismo a partir do lugar que ocupa enquanto homem branco, pois todas as pessoas possuem lugares de fala, uma vez que estão socialmente localizados nas relações

hierárquicas de poder. Berth afirma que se trata de uma postura e um compromisso ético, em que todos devem se sentir implicados a pensar o seu lugar de fala, pois saber a partir de onde se fala é fundamental para pensar as hierarquias e as questões de desigualdade (MOREIRA; DIAS, 2017).

Assim, não somente os “subalternos” ou “oprimidos” têm lugar de fala, pois os sujeitos do poder podem e devem refletir acerca das suas localizações sociais, caso contrário haveria uma desresponsabilização desses sujeitos sobre as situações de desigualdade nas quais estão implicados (RIBEIRO, 2017). Dessa forma, torna-se indispensável convocar aquele que tem seu corpo “saudável” e “normal” a refletir e falar sobre a reprodução do capacitismo, a fim de contribuir com a construção de uma sociedade mais igualitária.

Nesse sentido, a importância da discussão a respeito do lugar de fala reside na desmistificação da existência de um sujeito universal, que acredita que todas as pessoas partem de uma posição comum de acesso à fala e à escuta (MOMBAÇA, 2017). Ao contrário, esse sujeito que acredita ser universal, que se usa como referência para tudo – branco, masculino, cisnormativo e heterossexual, sem deficiência – está em desgaste, sendo substituído por uma diversidade de sujeitos, conforme explica Borges⁹ (MOREIRA; DIAS, 2017). E é o lugar de fala quem diz quais são os posicionamentos e as experiências diversas desses sujeitos plurais. Trata-se, portanto, de uma ferramenta teórico-política que permite a visibilização da experiência subalterna, para que esta passe a ser entendida como uma forma de conhecimento, desvelando as opressões sofridas pelos diferentes grupos.

Deve-se pontuar, no entanto, que o lugar de fala não determina necessariamente uma consciência discursiva a respeito dessa localização social, mas este lugar proporciona experiências e perspectivas singulares àqueles que estão inseridos nos grupos subalternizados. A reprodução dos discursos hegemônicos por parte de pessoas pertencentes a grupos oprimidos deve ser combatida, desde que a atenção esteja voltada ao discurso e não aos sujeitos, pois ainda assim, eles continuarão sendo atingidos de maneira individual e estrutural pelas opressões. Ribeiro (2017) alerta que a existência de uma cobrança maior sobre os indivíduos pertencentes a estes grupos têm, por fim, o intuito de deslegitimar as lutas contra hegemônicas.

⁹ Trata-se de entrevista concedida pela professora e ativista Rosane Borges ao jornal Nexa.

Ainda que as principais autoras citadas em relação ao marco teórico escolhido abordem essas teorias para falar sobre opressões mais relacionadas ao racismo e ao machismo, é possível fazer uso dessa perspectiva também para pensar as opressões voltadas contra as pessoas com deficiência. Nesse sentido, entende-se que a opressão voltada contra este grupo não é um atributo dos impedimentos corporais desses sujeitos, “mas resultado de sociedades não inclusivas” (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009, p. 67). Conforme explica Diniz (2007), nem todos os corpos com impedimentos vivenciam necessariamente a opressão pela deficiência, dado que existe uma relação de dependência entre os impedimentos e o grau de acessibilidade de uma sociedade.

Considerando a teoria do lugar de fala e a importância de ouvir os grupos em suas diferentes localizações sociais, além da necessidade de discutir sobre os discursos e práticas capacitistas, uma atividade foi promovida pelas autoras do presente trabalho. O objetivo foi estimular o debate e a reflexão sobre o tema da deficiência.

4 #ÉCAPACITISMOQUANDO: REPENSANDO O CAPACITISMO A PARTIR DE UMA OFICINA

O alcance e a importância da internet e das redes sociais são fatos inegáveis atualmente. Ainda que fatores socioeconômicos sejam determinantes para o acesso às tecnologias de informação no Brasil, o impacto da internet em relação às possibilidades de participação política revigorou a esfera da discussão pública e ajudou a superar o déficit democrático dos tradicionais meios de comunicação de massa. Esta ferramenta possibilitou a consolidação de espaços comunicacionais de interação entre seus usuários, não somente em termos de informação, mas de aproximação entre sujeitos geograficamente distantes (GOMES, 2005).

É dentro deste universo da internet que diversos conteúdos vêm sendo produzidos e difundidos para milhões de usuários. O alcance destas ferramentas de comunicação acaba por assumir um papel considerável na intermediação das relações sociais e interpessoais. Além disso, é através da ideia de entrelaçamento e interconexão que as interações humanas e as ações coletivas são articuladas, evidenciando ainda mais a importância desse dispositivo para difundir debates, ampliar discussões e formar opiniões sobre assuntos relevantes (AGUIAR, 2006).

Considerando a importância dessas novas ferramentas e a teoria do lugar de fala, as autoras do presente trabalho promoveram uma oficina durante o evento de qualificação interna “Diversidade e Inclusão Social” realizado pela DPE-RS, por meio da CPAI¹⁰ e do NUDDH¹¹, nos dias 04 e 05 de abril de 2019¹². O evento, entre outros objetivos, buscou qualificar a inclusão e a permanência de servidores com deficiência na instituição, sensibilizar seus trabalhadores quanto à inclusão e à cidadania dos assistidos pertencentes a este grupo, além de ampliar o debate e a reflexão acerca das práticas diárias de trabalho que envolvem essa temática. Importante destacar o dever imposto pela LBI ao poder público no sentido de assegurar o acesso da pessoa com deficiência à justiça, obrigando expressamente as Defensorias Públicas a capacitar seus trabalhadores quanto aos direitos das pessoas com deficiência¹³.

A oficina, intitulada “Deficiência física e mobilidade: relato de experiências”¹⁴, objetivou promover um espaço para que as servidoras oficineiras realizassem um relato pessoal a respeito de suas condições enquanto mulheres com deficiência física. Para ampliar o escopo da discussão, as autoras utilizaram-se de conteúdos disponíveis na internet, principalmente, no *Youtube* e na rede social *Twitter* a respeito do capacitismo.

Com o intuito de desmistificar e promover assuntos relacionados às pessoas com deficiência, a *youtuber* Mariana Torquato publicou em seu canal “Vai uma mãozinha aí?”, um vídeo sobre capacitismo, por meio do qual divulga e aborda a campanha realizada no *Twitter* “#écapacitismoquando”. A *youtuber*, que também é pessoa com deficiência, explica que a campanha surgiu no dia 03 de dezembro de 2016, quando se comemora o Dia Internacional da Pessoa com Deficiência, cujo objetivo não é parabenizar as pessoas pela data, mas sim conscientizar a respeito do tema e dar visibilidade à pauta.

A *hashtag* #écapacitismoquando, publicada por diversos usuários desde 2016, trouxe para as redes sociais exemplos concretos de preconceitos vivenciados por pessoas com deficiência, que escondem uma visão capacitista acerca deste

¹⁰ Comissão Permanente de Acessibilidade e Inclusão

¹¹ Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos

¹² O evento contou com a participação de quase 200 pessoas entre defensores públicos, servidores e estagiários da DPE-RS.

¹³ Art. 79 da Lei Brasileira de Inclusão.

¹⁴ Foram oferecidas aos participantes do evento três oficinas no turno da tarde do dia 04/04/2019 (“Deficiência intelectual e múltipla: vencendo desafios”; “Deficiência auditiva: atendimento ao público e LIBRAS” e “Deficiência física e mobilidade: relato de experiências”, sendo que nesta participaram cerca de 25 pessoas, entre servidores e defensores públicos).

grupo. As publicações visibilizam práticas e discursos capacitistas disseminados de maneira sutil (e, às vezes, nem tanto) na sociedade. Assim sendo, para a realização da oficina, quarenta e cinco postagens do *Twitter* foram selecionadas e utilizadas como recurso propulsor para o início da atividade.

No primeiro momento do trabalho, a teoria do lugar de fala e a perspectiva de que falamos todos a partir de uma localização social foi exposta aos participantes. O intuito era que estes tivessem essa teoria como referência, a fim de instigá-los a pensar a partir do lugar de onde falam, uma vez que participaram da atividade pessoas com e sem deficiência.

4.1 AS PUBLICAÇÕES NO TWITTER: #ÉCAPACITISMOQUANDO

Considerando a limitação de espaço do presente trabalho, serão citadas apenas algumas publicações, agrupadas por afinidade temática, com o intuito de expor parte do conteúdo discutido com os demais colegas participantes da oficina.

O primeiro tema refere-se aos discursos capacitistas que questionam o direito reprodutivo e a capacidade de mulheres com deficiência de exercerem a maternidade. Nesse sentido, as publicações “*#Écapacitismoquando questiona-se a capacidade e a vontade de uma mulher com deficiência de ter filhos*” e “*a saúde reprodutiva de um grande número de mulheres com deficiência é simplesmente ignorada*” denunciam o entendimento de que o corpo da mulher com deficiência seria um corpo incapaz para a reprodução.

Conforme aponta Bernardes, mesmo quando a gestação não oferece risco à vida da mulher, a indicação do aborto por médicos é muito comum, por considerarem que o corpo da mulher com deficiência e suas limitações não seriam suficientemente aptos para cuidar de outra vida (VENTURA, 2019)¹⁵. Nesse sentido, as políticas públicas estão ainda muito centralizadas nos recursos de acessibilidade, sem referenciar outros direitos, tal como a maternidade.

O constante questionamento acerca da capacidade das pessoas com deficiência para o trabalho também foi tema recorrente nas publicações: “*#Écapacitismoquando alguém diz a uma PCD¹⁶: ‘mas nem parece que você é deficiente, é tão produtiva!’*”, “*a PCD tem que provar a sua eficiência enquanto*

¹⁵ Trata-se de entrevista concedida pela psicóloga e integrante do coletivo feminista Helen Keller de Mulheres com Deficiência, Vitória Bernardes, ao *Jornal Estadão*.

¹⁶ Ao longo deste capítulo será utilizada a abreviação PCD para a expressão pessoa(s) com deficiência.

profissional para que confiem na sua capacidade” e “desqualificam a sua aprovação em concurso público por ser na reserva de vagas”.

Apesar da implementação da política de cotas significar um avanço importante no campo legal, a relação das organizações de trabalho com o processo de inclusão de pessoas com deficiência também tem sido pautada por retrocessos sociais (NUERNBERG, 2019). Dessa forma, o capacitismo está na base da imagem e conceito de “trabalhador ideal”, o qual produz desvantagens àqueles que não se encaixam no padrão masculino, caucasiano, de camadas médias abastadas, jovem e heteronormativo. Essa imagem ideal, sempre relacionada ao “homem universal”

determina que corpos e modos de mover-se, funcionar, interagir, pensar e comunicar são valorizados nos ambientes corporativos. Aliás, é essa imagem de trabalhador ideal que configura o perfil geral do trabalhador com deficiência hoje empregado, cujos corpos são mais desejáveis quanto menos evidentes foram seus marcadores de incapacidade e quanto menos seus impedimentos demandarem esforço e investimento financeiro e de recursos humanos das organizações. (NUERNBERG, 2018, p. 3)

O tema acerca da infantilização da pessoa com deficiência também apareceu nas publicações, tal como *“#écapacitismoquando o profissional de saúde trata a pessoa com deficiência com voz infantilizada”*. Infelizmente, esta não é uma situação excepcional, pois o tratamento infantilizado é uma realidade que circunda as pessoas com deficiência, especialmente aquelas com deficiência intelectual. As pessoas com deficiência, assim como as pessoas sem deficiência, devem e merecem ser tratadas de acordo com sua faixa etária, sem terem sua autonomia subestimada para escolher e decidir. Não reforçar ou incentivar atitudes e falas infantis, elogios desnecessários no diminutivo, a não ser que você esteja efetivamente se reportando a uma criança, é muito importante para romper com discursos e práticas capacitistas (SÃO PAULO, 2009).

Nessa mesma esteira, o discurso capacitista julga que todas as pessoas com deficiência precisam aceitar qualquer tipo de ajuda oferecida. Assim denuncia a publicação: *“#écapacitismoquando você se ofende quando sua ajuda é recusada por uma pessoa com deficiência”*. Este é um exemplo de barreira atitudinal cuja ideia central baseia-se na noção de que ter uma deficiência específica implica a total incapacidade do sujeito, como se todo o organismo, inclusive as funções cognitivas deste, fosse inferior (NUERNBERG, 2018). Esta postura contraria aquilo que as legislações mais avançadas preconizam: o incentivo à autonomia dos sujeitos com deficiência.

Outro exemplo de barreira atitudinal existente é aquele que considera que as pessoas que possuem uma deficiência do mesmo grupo (sensorial, física, intelectual ou cognitiva) terão necessariamente as mesmas necessidades de adaptação e tratamento. Nesse sentido, a publicação “#écapacitismoquando você acha que todas as pessoas com deficiência passam por situações idênticas” expõe esse entendimento equivocado, como se o universo das pessoas com deficiência fosse homogêneo e as pessoas não fossem sujeitos singulares tal qual as pessoas sem deficiência.

Por fim, a ideia que concebe pessoas com deficiência como heróis ou que as coloca sempre em situação de superação está baseada em um discurso capacitista: “#écapacitismoquando você vira um super-herói por se locomover pela cidade de transporte público sozinho”; “você chama uma PCD de 'especial', negando-lhe o direito a uma vida ordinária”, “utiliza-se do termo superação para pessoas com deficiência” e “dizem a PCD: ‘você é especial, Jesus te ama e Deus tem um plano para você na eternidade’”.

Esse entendimento impossibilita a percepção de que a deficiência é somente mais uma característica que constitui o indivíduo, como tantas outras. E, como bem denunciado por uma das postagens, isso acaba por negar à pessoa com deficiência o direito a uma vida normal. Não por acaso caiu em desuso a terminologia “portador de necessidades especiais” ou ainda “pessoa especial” (muito utilizada para pessoas com deficiência intelectual), uma vez que esta nomenclatura não define o grupo de pessoas com deficiência, pois todos os sujeitos têm necessidades especiais, de acordo com a idade, sexo, situação de saúde, etc. Do mesmo modo, “portador de deficiência” também já não é mais utilizado, pois as pessoas não portam deficiências.

Apesar dos avanços conquistados pelas lutas travadas pelos movimentos das pessoas com deficiência, este grupo social ainda ocupa poucos lugares nas universidades, na política institucional, nos cargos de chefia e nas mídias, ou seja, nos lugares onde os discursos são produzidos e mais amplamente disseminados. Assim sendo, o objetivo principal ao trazer estas publicações para o debate foi mostrar o quanto esses discursos escondem um entendimento restrito acerca dos sujeitos com deficiência. A ideia foi, então, questionar a reprodução desses discursos e ações, que julgam e valoram corpos e sujeitos de acordo com um

padrão de normalidade e capacidade, como se pudesse existir um sujeito universal sem imperfeições.

4.2 A EXPERIÊNCIA DA OFICINA

A presença das mais diversas áreas do conhecimento que atuam na DPE-RS através dos servidores e defensores participantes da oficina mostrou-se relevante, pois denota a importância e necessidade de ouvir o discurso de um outro lugar e, assim, refletir suas práticas de modo efetivo. Como exemplo disso, pode-se citar a participação de pessoas que trabalham na área de engenharia, que possui responsabilidade nas obras da instituição e adaptações de acessibilidade dos prédios locados. Apesar do conhecimento técnico acerca das normas que regem a acessibilidade ser fundamental, ouvir pessoas com deficiência sobre as adequações físicas enquanto sujeitos que vivenciam, de fato, a experiência diária de se locomover pelo seu espaço de trabalho revelou-se transformador.

Durante a atividade, todos os participantes puderam expressar suas ideias referentes à temática e compartilhar suas experiências enquanto pessoa com deficiência ou não. A oficina contou com a participação espontânea de servidores e defensores de diversas regiões e realidades bastante distintas, elementos que potencializaram a discussão.

Após o debate, as responsáveis pelo trabalho puderam compartilhar suas vivências a respeito do eixo central da oficina: “Deficiência física e mobilidade: relato de experiências”. Assim, pôde-se discutir pontos importantes sobre a deficiência, como as diferenças entre esta ser congênita ou adquirida, visível ou não visível, dando destaque às peculiaridades de cada uma, pois ainda que as duas servidoras sejam pessoas com deficiência física, experienciam esta condição de formas muito diversas uma da outra.

Uma das servidoras possui deficiência física congênita, isto é, já nasceu com esta condição, enquanto que a outra apresenta deficiência física adquirida, manifestada ao longo de sua adolescência. Assim, puderam dividir parte de suas vivências e, também, sobre o processo de entendimento acerca da própria deficiência, que nem sempre é uma experiência simples, pelo contrário, tarefa bastante complexa, que demanda compreensão e rede de apoio afetiva.

Outro assunto abordado tratou sobre a visibilidade e a não visibilidade das deficiências, tendo em vista que grande parte das pessoas está habituada ao estereótipo da deficiência como aquela pessoa que utiliza cadeira de rodas ou que a limitação é bastante evidente. Essa também é uma distinção entre as duas servidoras, pois uma apresenta a deficiência de forma perceptível e a outra, de maneira bastante sutil. No entanto, isso não significa que uma deficiência é menos importante que a outra. Em alguns momentos, a não visibilidade pode gerar olhares de revolta, em razão da pessoa utilizar-se das filas preferenciais, por exemplo, ou vagas reservadas de estacionamento, ao passo que a visibilidade acaba despertando olhares piedosos em alguns momentos. Ou seja, ambas as condições podem provocar, em maior ou menor medida, o preconceito expresso em práticas e discursos capacitistas.

O debate, ao longo do trabalho, estimulou a reflexão sobre o preconceito em torno da deficiência e visibilizou as experiências de pessoas com deficiência, além de contribuir para a conscientização dos servidores e defensores quanto às necessidades dos colegas e assistidos, auxiliando na eliminação de barreiras atitudinais e promovendo a acessibilidade dentro dos espaços da instituição. Os colegas que participaram da atividade demonstraram-se muito satisfeitos com a oportunidade de refletir sobre o assunto e revelaram que nunca haviam se questionado a respeito dos diversos temas trabalhados.

Entende-se que a DPE-RS é um espaço privilegiado para o processo de construção da acessibilidade, já que é a instituição que tem como dever a promoção dos direitos humanos e a defesa destes. E, as condições que adota, nesse sentido, podem ter um efeito multiplicador, pois operam como um modelo para outras tantas instituições.

Cabe à DPE-RS produzir e fortalecer uma política institucional responsável pela criação de dispositivos de apoio aos assistidos e servidores com deficiência. De igual forma, também é seu dever promover a permanência qualitativa desses trabalhadores em seus espaços para além do mero cumprimento da legislação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a realização da oficina em que se discutiu temas como capacitismo, acessibilidade e inclusão das pessoas com deficiência, entendeu-se que a escrita do presente artigo seria um passo importante para o registro da experiência inédita proporcionada. O espaço proposto permitiu visibilizar algumas experiências vividas por pessoas com deficiência, principalmente por meio da campanha #écapacitismoquando, que visibilizou experiências subalternas como uma forma de conhecimento.

Nesse sentido, ainda que pareça muito difícil, é possível pensar em um ambiente organizacional e uma sociedade sem barreiras atitudinais e livre do capacitismo. Para isso, é necessário estimular práticas que sensibilizem e conscientizem os sujeitos sobre como lidar com a diversidade e com o desconhecido.

Frisa-se que a presença de pessoas com deficiência nos mais diversos ambientes contribui para o enfrentamento dessas barreiras e discursos. Nesse sentido, promover a inclusão de pessoas com deficiência nas instituições não cabe apenas à gestão de pessoas, pois deve ser uma política de toda a organização. Portanto, não se trata unicamente de cumprir exigências legais, mas conceber a diversidade como potência, não como algo a ser tolerado (NUERNBERG, 2018).

O contexto da DPE-RS ainda é muito desafiador, seja pelas barreiras atitudinais, seja pelas barreiras arquitetônicas, comunicacionais e tecnológicas, mas um primeiro passo foi dado. A criação de espaços como a CPAI, o Evento “Diversidade e Inclusão Social” e as oficinas, considerando que são espaços ocupados e conquistados por pessoas com deficiência, já se mostra como importante avanço para uma instituição e uma sociedade menos capacitista.

A abertura desses espaços legitima a presença de servidores com deficiência na instituição e desmistifica os preconceitos em torno deste grupo social, pois amplia o conhecimento a respeito das diversas possibilidades desses sujeitos. Cabe lembrar que *“#écapacitismoquando você chama pessoas com deficiência só para falar sobre acessibilidade e capacitismo”*, de maneira que todas as pessoas com deficiência podem desenvolver suas atividades de trabalho nos mais variados contextos institucionais, não apenas naqueles que dizem respeito estritamente a este tema.

Se o conhecimento é elemento central para mudar sistemas injustos de poder, espera-se que este breve trabalho contribua para a disseminação de um conteúdo ainda pouco visibilizado. Nesse sentido, a tentativa de nomear, conhecer e discutir algumas das faces do capacitismo serve justamente para trazer à tona os conhecimentos e as experiências vividas pelas pessoas com deficiência a fim de tornar cada vez menor a incidência de discursos e práticas preconceituosas.

6 REFERÊNCIAS

AGUIAR, Sônia. **Redes sociais e tecnologias digitais de informação e comunicação**. [Relatório de Pesquisa]. Rio de Janeiro: Nupef, 2006. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/download/Redes_sociais_e_tecnologias_digitais%20.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2019.

AMARAL, Lígia Assumpção. **Sobre crocodilos e avestruzes**. In: AQUINO, Júlio Groppa (Org.). *Diferenças e preconceitos na escola*. São Paulo: Sumus, p. 11-30, 1998.

AUGUSTIN, Ingrid. **Modelos de deficiência e suas implicações na educação inclusiva**. In: SEMINÁRIO DE PESQUISA EM EDUCAÇÃO DA REGIÃO SUL, 9., 2012, Caxias do Sul. Anais [...] Caxias do Sul: UCS, 2012. p. 1-6.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

_____. **IBGE. Censo Demográfico, 2010**. Disponível em: <<https://censo2010.ibge.gov.br/resultados.html>>. Acesso em: 12 mai. 2019.

_____. **Lei nº 13.146 de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

COLLINS, Patricia Hill. *Comment on Hekman's "Truth and Method: Feminist Standpoint Theory Revisited": Where's the Power?* Signs, v. 22, n. 2, p. 375-381, 1997.

DIAS, Adriana. **Por uma genealogia do capacitismo**: da eugenia estatal a narrativa capacitista social. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE ESTUDOS SOBRE A DEFICIÊNCIA, 1., 2013, São Paulo. Anais [...] São Paulo: USP, 2013. p. 1-14.

DIAS, Gleice Noronha. **Barreiras atitudinais e o processo de socialização organizacional das pessoas com deficiência**. 2014. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Departamento de Psicologia, Universidade Federal de São João del-Rei, São João del-Rei.

DINIZ, Débora. **Modelo social da deficiência: a crítica feminista**. *Série Anis*, Brasília, v. 28, p. 1-10, 2003.

_____. **O que é deficiência**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2007.

DINIZ, Débora; BARBOSA, Lúvia; SANTOS, Wederson Rufino. **Deficiência, Direitos Humanos e Justiça**. *SUR - Revista Internacional dos Direitos Humanos*, v. 6, n. 11, p. 65-77, 2009.

EMMEL, Maria Luísa Guillaumon; GOMES, Gabriela; BAUAB, Juliana Pedroso. **Universidade com Acessibilidade: Eliminando Barreiras e Promovendo a Inclusão em uma Universidade Pública Brasileira**. *Revista Brasileira de Ciências da Saúde*, João Pessoa, v. 14, n. 1, p. 7-20, 2010.

GOMES, Wilson. **Internet e participação política em sociedades democráticas**. *Revista FAMECOS*, Porto Alegre, n. 27, p. 58-78, 2005.

MEDEIROS, Cristina Maria Barros de; MUDADO, Tereza Harmendani. **O primado da ética e do diálogo**. In: TUNES, Elizabeth; BARTHOLLO, Roberto (Org.). *Nos limites da ação: preconceito, inclusão e deficiência*. São Carlos: EdUFSCar, p. 13-30, 2010.

MELLO, Anahí Guedes de. **Deficiência, incapacidade e vulnerabilidade: do capacitismo ou a preeminência capacitista e biomédica do Comitê de Ética em Pesquisa da UFSC**. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 10, p. 3265-3276, 2016.

_____. **Gênero, deficiência, cuidado e capacitismo: uma análise antropológica de experiências, narrativas e observações sobre violências contra mulheres com deficiência**. 2014. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) - Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

MENDONÇA, Ana Abadia dos Santos. **Escola inclusiva: barreiras e desafios**. *Encontro de Pesquisa em Educação*, Uberaba, v. 1, n.1, p. 4-16, 2013.

MOMBAÇA, Jota. **Notas estratégicas quanto ao uso político do conceito de lugar de fala**, 2017. Disponível em: <<http://www.buala.org/pt/corpo/notas-estrategicas-quanto-aos-usos-politicos-do-conceito-de-lugar-de-fala>>. Acesso em: 03 mai. 2019.

MOREIRA, Matheus. DIAS, Tatiana. **O que é lugar de fala e como ele é aplicado no debate público**. *Nexo Jornal*, 16 jan. 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/KgMHZQ>> Acesso em 02 mai. 2019.

NUERNBERG, Adriano Henrique. **Ações para promoção da inclusão das pessoas com deficiência nas organizações de trabalho**, 2018. Disponível em <http://www.sinicesp.org.br/inclusao/noticias/2018_052.htm>. Acesso em: 23 mai. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Relatório Mundial sobre a Deficiência (World Report on Disability). The World Bank.** Tradução: Secretaria dos Direitos da Pessoa com Deficiência do Governo do Estado de São Paulo, 2011. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44575/9788564047020_por.pdf;jsessionid=C26D410F4684B62D8875E2D858281710?sequence=4>. Acesso em: 27 mai. 2019.

RIBEIRO, Djamila. **O que é lugar de fala.** Belo Horizonte: Letramento: Justificando, 2017.

SCHEWINSKY, Sandra Regina. **A barbárie do preconceito contra o deficiente – todos somos vítimas.** *Acta Fisiátrica*, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 7-11, 2004.

SETUBAL, Joyce Marquezim; FAYAN, Regiane Alves Costa (orgs.). **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Comentada.** Campinas: Fundação FEAC, 2016.

SILVA, Luciene Maria da. **A deficiência como expressão da diferença.** *Educação em Revista*, Belo Horizonte, v. 44, p. 111-133, 2006.

_____. **O estranhamento causado pela deficiência: preconceito e experiência.** *Rev. Bras. Educ.*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 33, p.424-434, 2006.

SÃO PAULO, Prefeitura Municipal de. Acessibilidade e inclusão. **Dicas de relacionamento com as pessoas com deficiência.** São Paulo, 2009.

VENTURA, Luiz Alexandre Souza. **Mulher com deficiência são pressionadas a abortar.** Estadão, 27 mai. 2019. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/blogs/vencer-limites/mulheres-com-deficiencia-sao-pressionadas-a-abortar/>> Acesso em 27 mai. 2019.

BREVES REFLEXÕES SOBRE A CONFORMAÇÃO DA CURATELA E DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA A PARTIR DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Charlene Côrtes dos Santos*

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar a conformação dos institutos assistenciais da curatela e da Tomada de Decisão Apoiada a partir do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Com a internalização da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o direito brasileiro incorporou uma nova concepção da pessoa com deficiência alicerçada no modelo social. O Estatuto promove a autodeterminação e reconhece a autonomia da pessoa com deficiência, atribuindo-lhe capacidade civil plena. Tal inovação normativa produziu efeitos diretos na teoria da incapacidade civil, bem como nos institutos assistenciais, conferindo nova conformação à curatela e introduzindo o instituto da Tomada de Decisão Apoiada no ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Deficiência. Incapacidades. Direito fundamental. Curatela.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O Estatuto da Pessoa com Deficiência como alteração de paradigmas. 3 A Capacidade Civil como Direito Fundamental. 4 Breves apontamentos sobre a atual conformação da curatela e o novo instituto denominado Tomada de decisão apoiada. 5 Considerações Finais. 6 Referências.

* Mestranda em Direito Privado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Direitos Fundamentais e Constitucionalização do Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Especialista em Direito Público pela Escola Superior Verbo Jurídico (ESVJ). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Membro do IBDFAM e integrante da Comissão dos Direitos das Pessoas com Deficiência do IBDFAM/RS. Assessora do Procurador-Geral do Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (MPC-TCE/RS).

1 INTRODUÇÃO

A salvaguarda das pessoas incapazes sempre apontou como grande preocupação do sistema jurídico brasileiro. Até o surgimento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o ordenamento jurídico previa um amplo rol de pessoas consideradas absoluta e relativamente incapazes, valendo-se do instituto da curatela como mecanismo de interdição das pessoas identificadas como incapazes. Nesta sistematização, o indivíduo considerado absolutamente incapaz, por não ter aptidão para praticar sozinho os atos da vida civil, era representado, enquanto o relativamente incapaz, era assistido.

Contudo, considerando a nova concepção de capacidade trazida com a recepção da convenção internacional de Nova York e a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, percebemos uma alteração normativa com um imenso alcance, pois a pessoa com deficiência foi retirada da categoria de civilmente incapaz, passando a ser considerada plenamente capaz de exercer os atos da vida civil. Trata-se, indiscutivelmente, de um sistema normativo inclusivo, que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis.

A aguardada legislação ocasionou significativas alterações na legislação pátria, mormente em relação aos artigos 3º e 4º do Código Civil Brasileiro, cujas disposições tratam do regime da incapacidade civil. Neste contexto, verifica-se que, em nossos dias, as incapacidades perdem espaço, cedendo lugar à capacidade civil, a qual adquire *status* de direito fundamental. Indubitável, portanto, o intuito do Estatuto das Pessoas com Deficiência no sentido de tornar a “teoria das capacidades” mais flexível e permeável à ética, ou seja, mais próxima dos princípios normativos e dos direitos fundamentais, de sorte a promover a autonomia e autodeterminação da pessoa com deficiência sobre aspectos existenciais e patrimoniais da sua própria vida.

Com efeito, a real pretensão do Estatuto foi remover o “rótulo” de incapaz que circundava a pessoa com deficiência, viabilizando que a mesma passe a ser considerada – em uma perspectiva constitucional isonômica – dotada de plena capacidade legal, mesmo que haja a necessidade de utilização de institutos assistenciais específicos para a prática de atos na vida civil, tais como a tomada de decisão apoiada e, de forma extraordinária, a

curatela. Neste contexto, a partir de então, a curatela encontra-se restrita a atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

Consiste, por certo, em significativa alteração de paradigmas: uma verdadeira desconstrução ideológica. Não obstante, trata-se de evolução necessária e indispensável para o adequado tratamento legislativo, jurisprudencial e doutrinário de temática tão relevante na sociedade. Neste diapasão, Perlingieri lembra que a civilização de um país é medida pela forma com que são tratadas as pessoas mais vulneráveis.¹

Partindo desta problemática, o presente artigo se propõe a fazer um breve estudo de alguns dos relevantes aspectos que orientam o debate na doutrina especializada, de sorte a chegarmos a uma conclusão acerca da atual conformação dos institutos assistenciais da curatela e da tomada de decisão apoiada.

Para tanto, dividiremos a pesquisa em três capítulos. O primeiro será destinado a contextualizar, sob a perspectiva dos direitos humanos, o cenário no qual eclodiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência. No segundo capítulo, por seu turno, analisaremos o novo prisma a partir do qual deve ser analisado o regime da capacidade civil. Por fim, no terceiro capítulo perscrutaremos os novos contornos conferidos aos institutos assistenciais da curatela e da tomada de decisão apoiada.

Outrossim, a melhor solução deve ser alcançada através de profundas reflexões pelos operadores do direito acerca da matéria, circunstância esta que justifica o interesse no estudo do tema objeto do presente artigo. Para cumprir com tal desiderato, realizaremos uma pesquisa de natureza aplicada, cuja abordagem será qualitativa e o objetivo exploratório. Como referencial teórico, adotaremos a doutrina de Amartya Sen e utilizaremos como procedimento a pesquisa bibliográfica na doutrina nacional e alguns referenciais na doutrina estrangeira, a pesquisa eletrônica e a consulta à legislação nacional vinculada ao tema em análise. Ao fim, teceremos algumas considerações.

1 PERLINGIERI, Pietro. Tradução Maria Cristina de Cicco. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 787.

2 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA COMO ALTERAÇÃO DE PARADIGMAS

No curso da história, significativas violações aos Direitos Humanos foram praticadas tendo como motivação a clássica dicotomia “eu” versus “o outro”, cenário no qual a diferença era utilizada como fundamento para fulminar direitos. Nesta perspectiva, a desigualdade era vislumbrada como prisma para identificar o “outro” como um indivíduo inferior em direitos e dignidade, compreensão que, em situações limites, justificaram o tratamento do sujeito como um objeto passível de comercialização (conforme ocorreu no período da escravidão) e de extermínio (consoante se identificou durante o nazismo).

Com efeito, práticas de intolerância – tais como sexismo, racismo, homofobia, xenofobia, dentre outras – são ainda, infelizmente, verificadas em nossos dias. Na constatação de Amartya Sen², “identity can be a source of richness and warmth as well as of violence and terror”³. Nesse sentido, pertinente a crítica apontada pelo autor⁴ ao que designa como “serious miniaturization of human beings”⁵, no momento em que é rejeitado o reconhecimento da pluralidade de identidades humanas, porquanto as pessoas são “diversily different”⁶.

Em virtude da constante necessidade de combater condutas discriminatórias em todos os setores da sociedade é que se vislumbra a nota de fundamentalidade que permeia o estudo dos direitos humanos, os quais retratam uma construção axiológica, com base em um palco simbólico de luta e ação social. Na lição de Flávia Piovesan, a ética dos direitos humanos “é a ética que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena. É a ética orientada pela afirmação da dignidade e pela prevenção ao sofrimento humano”⁷.

2 SEN, Amartya. **Identity and Violence: The illusion of destiny**. New York/London: W.W.Norton&Company, 2006, p. 4.

3 Tradução nossa: “Identidade pode ser uma fonte de riqueza e calor, bem como de violência e terror”.

4 SEN, Amartya. *Op cit.*, p. 13-14.

5 Tradução nossa: “Grave redução dos seres humanos”.

6 Tradução nossa: “Diversidades diferentes”.

7 PIOVESAN, Flávia. “Apresentação” In: FERREIRA, Laíssa da Costa (org.). **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília: Presidência da República - Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com

No que tange especificamente à evolução histórica do tratamento da deficiência, inúmeras foram as lutas e reivindicações operadas ao longo das décadas no intuito de assegurar o exercício pleno da cidadania e da autonomia pelos seus titulares, em igualdade de condições com os demais. Outrossim, partindo de uma análise em perspectiva histórica, é possível identificar, através dos séculos, a adoção de pelo menos três modelos distintos, quais sejam: o moral, o médico e o social.

O modelo moral, cunhado sob orientação bíblica, perdurou durante a antiguidade, caracterizando-se pela justificação religiosa da deficiência e pelo entendimento de que o indivíduo com deficiência não pode auxiliar a comunidade de nenhuma forma, sendo considerado um ser improdutivo e um verdadeiro fardo a ser carregado pela família ou pela sociedade. “Nessa visão, as causas da deficiência são um castigo dos deuses por uma falha moral, um pecado cometido pelos pais da pessoa com deficiência ou uma advertência quanto à proximidade de uma catástrofe.”⁸

Já o modelo médico, também denominado reabilitador, surge como decorrência dos padrões científicos da modernidade. Neste sistema a deficiência é considerada como uma condição patológica de natureza exclusivamente individual. Assim, o indivíduo deveria ser cuidado mediante intervenções médicas com o intuito de torná-lo, dentro do possível, “normal”. Identifica-se, deste modo, a substituição da *divindade* – presente no modelo moral –, pela *ciência*, bem como a possibilidade de algum eventual ganho pela sociedade, uma vez que se torne possível a reabilitação do deficiente.

O modelo social, por fim, surgiu nos Estados Unidos e na Inglaterra no final da década de 70. Nestes países existia um forte ativismo das pessoas com deficiência, resultando em uma ampla tradição de campanhas políticas por direitos civis e pela criação de leis antidiscriminação. Tais indivíduos não mais admitiam serem tratados como “cidadãos de segunda classe”, tendo as suas

Deficiência (SNPD) - Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), 2014, p. 11 (versão digital - e-book). Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao-sdpd-novos-comentarios.pdf>> Acesso em: 02 set. 2018.

8 BARBOZA, Heloísa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. **Reconhecimento e inclusão das pessoas com Deficiência**. Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil, Belo Horizonte, vol. 13, p. 17-37, jul./set. 2017, p. 8-10. Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume_13/reconhecimento.pdf> Acesso em: 03 set. 2018.

reivindicações impulsionado significativas mudanças operadas através de políticas públicas de acessibilidade.⁹

Com efeito, uma das principais implicações do modelo social é a necessidade de reconhecimento do indivíduo pela sociedade da qual o mesmo faz parte, como forma de evitar a concretização de danos, conforme contemplado por Charles Taylor¹⁰, para quem a demanda por reconhecimento “is given urgency by the supposed links between recognition and identity, where this later term designates something like a person’s understanding of who they are, of their fundamental defining characteristics as a human being”¹¹. Para Taylor, “non recognition or misrecognition can inflict harm, can be a form of oppression, imprisoning someone in a false, distorted, and reduced mode of being”.¹²

Nesta linha de desdobramento verifica-se uma das mais importantes decorrências da adoção deste modelo, qual seja a necessidade de inversão da perspectiva em que se dá a apreciação da deficiência.¹³ Assim, a partir desta nova concepção, a deficiência deixa de ser uma questão unilateral do indivíduo, tornando-se uma questão plurilateral que envolve todos os setores da sociedade, os quais possuem deveres jurídicos a cumprir.

9 PALACIOS, Agustina. **El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. Madrid: Cinca, 2008, p. 106-107.

10 TAYLOR, Charles. *The Politics of Recognition*. In: **Multiculturalism: examining the politics of recognition**. New Jersey: Princeton, 1994, p. 25 (versão digital – e-book). Disponível em: <http://elplandehiram.org/documentos/JoustingNYC/Politics_of_Recognition.pdf> Acesso em: 03 set. 2018.

11 Tradução nossa: “É dotada de urgência em função das supostas conexões entre reconhecimento e identidade, onde este último termo designa algo como a pessoa entender quem ela é, as suas características definidoras fundamentais como um ser humano”.

12 Tradução nossa: “não reconhecimento ou falso reconhecimento pode causar danos, pode ser uma forma de opressão, aprisionando alguém em um falso, distorcido e reduzido modo de ser”.

13 Destaca Naira Rodrigues: “Outra questão importante implícita no artigo cinco da Convenção refere-se à consolidação do modelo social de deficiência que nos traz um conceito amplo e nos coloca a condição de deficiência como característica humana e, ainda, nos aponta o caminho da transformação cultural e paradigmática da sociedade, transformando espaços, práticas sociais e promovendo experiências coletivas em direção à sociedade inclusiva e, portanto, com igualdade de condições.” In: RODRIGUES, Naira. “Início este artigo propondo uma reflexão aos leitores: o que pode significar o direito a igualdade?” In: FERREIRA, Laíssa da Costa (org.). **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília: Presidência da República - Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD) - Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), 2014, p. 55 (versão digital - e-book). Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios.pdf>> Acesso em: 02 set. 2018.

Corroborando com este entendimento, Romeu Kazumi Sassaki adverte que, ao contrário do comumente preconizado, a essência dos problemas enfrentados pelas pessoas com deficiência não está nas suas restrições individuais, mas sim nas limitações e nos impedimentos impostos a estes indivíduos pela própria sociedade, na medida em que esta não busca equipar-se com os mecanismos e serviços adequados para viabilizar a inclusão social. Aponta o autor que a sociedade atua “causando-lhes incapacidade (ou desvantagem) no desempenho de papéis sociais em virtude das barreiras que impedem o acesso a serviços, lugares, informações e bens necessários ao desenvolvimento de suas potencialidades”, concluindo no sentido de que “para incluir todas as pessoas, a sociedade deve ser modificada a partir do entendimento de que ela é que precisa ser capaz de atender às necessidades de seus membros”.¹⁴

Imperioso salientar que a deficiência não pode ser tratada como uma temática de minorias. Consoante apurado no relatório mundial sobre deficiência apresentado pela Organização Mundial de Saúde¹⁵, 15% da população mundial (aproximadamente um bilhão de pessoas) tem algum tipo de deficiência. Percebe-se, assim, que a deficiência é parte da condição humana e, de acordo com o apontado pelo relatório, “quase todos nós estaremos temporária ou permanentemente incapacitados em algum momento da vida, e aqueles que alcançarem uma idade mais avançada experimentarão crescentes dificuldades em sua funcionalidade.”

Analisando a questão sob o prisma jurídico, verificamos que a temática da deficiência não recebeu devida apreciação pelo legislador constituinte de 1988, porquanto os dispositivos constitucionais dedicados às pessoas com

14 SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão: construindo uma sociedade para todos**. Rio de Janeiro: WVA, 1997, p. 40-41

15 Aponta o Relatório da Organização Mundial de Saúde que: “Com base nas estimativas para a população em 2010 – 6,9 bilhões de habitantes com 5,04 bilhões de pessoas com 15 anos ou mais, e 1,86 bilhões de pessoas com menos de 15 anos – e as estimativas sobre a prevalência de deficiências em 2004 (Pesquisa Mundial de Saúde e Carga Global de Doenças) havia cerca de 785 (15,6%) a 975 (19,4%) milhões de pessoas com 15 anos ou mais que viviam com alguma deficiência. Entre elas, cerca de 110 (2,2%) a 190 (3,8%) milhões enfrentavam dificuldades funcionais significativas. Incluindo as crianças, estimou-se que mais de um bilhão de pessoas (ou cerca de 15% da população mundial) estariam vivendo com alguma deficiência.” In: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). Relatório da Organização Mundial de Saúde (WHO) sobre Pessoas com Deficiência. Tradução disponível em:

<http://www.pessoacomdeficiencia.sp.gov.br/usr/share/documents/RELATORIO_MUNDIAL_COMPLETO.pdf> Acesso em: 04 set. 2018.

deficiência buscavam conferir-lhes proteção na seara trabalhista, possuindo feições eminentemente assistencialistas, uma vez que estavam direcionados à habilitação e reabilitação para fins de integração à vida comunitária. Foi, contudo, a partir da incorporação à ordem constitucional brasileira da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência¹⁶ que o cenário começou a ser modificado.

Com efeito, a Convenção Internacional¹⁷ trouxe uma significativa modificação na forma de tratamento da temática da deficiência, colocando-a no patamar dos direitos humanos e promovendo a adoção do denominado modelo social de deficiência. Outrossim, buscando conferir concretude ao texto internacional, foi editada a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – também denominado Estatuto da Pessoa com Deficiência –, através da Lei Federal nº 13.146, publicada em 06 de julho de 2015 e em vigor a partir de janeiro de 2016.

Direcionado a promover o exercício de direitos e liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência, o Estatuto prima pela inclusão social, em manifesto exercício da cidadania plena. Neste sentido, foram criados instrumentos destinados a assegurar a efetivação dos postulados constitucionais, bem como foi promovida uma profunda alteração nos regimes da capacidade civil e da curatela previstos no Código Civil Brasileiro, consoante

16 Conforme esclarece Cristiano Chaves de Farias, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo, foram firmados pelo Brasil aos 30 dias do mês de março do ano de 2007 na cidade de Nova York e ratificados pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 186, datado de 9 de julho de 2008, o qual observou o procedimento previsto no Parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, tratando-se, por conseguinte, de uma Convenção dotada de natureza jurídica diferenciada, na medida em que possui *status* de Emenda Constitucional. A referida Convenção Internacional, portanto, encontra-se em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e, no plano jurídico interno, desde 25 de agosto de 2009, data em que ocorreu a promulgação do Decreto nº 6.949. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 361-398.

17 Destacam Heloisa Helena Barboza e Vítor de Azevedo Almeida Junior: “Trata-se da primeira convenção do século XXI sobre direitos humanos e a oitava da ONU. De início, há três destaques que devem ser feitos em relação à Convenção: a) sua elaboração contou com significativa participação da sociedade civil, notadamente de Organizações Não Governamentais (ONGs), e representações de pessoas com deficiência; b) seu propósito é proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente, portanto, inscrever a questão da deficiência na pauta dos direitos humanos; c) a franca adoção do ‘modelo social’ de deficiência, o que altera total e profundamente o entendimento e o tratamento legislativo da matéria.” In: BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vítor de Azevedo. *Ob. Cit.*, p. 07.

será oportunamente apreciado. Constitui-se, portanto, num sistema normativo inclusivo, que concretiza o princípio da igualdade¹⁸ como fundamento de uma sociedade democrática a qual respeita a dignidade humana.

3 A CAPACIDADE CIVIL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Em sua obra “A Fenomenologia do Espírito”¹⁹ Hegel aborda a questão da formação da consciência humana, partindo do pressuposto de que a consciência (espírito) é quem define o sentido das coisas. Com efeito, a consciência humana é formada a partir da conjugação das experiências humanas com a interpretação e reflexão acerca dessas mesmas experiências, de sorte a ir propiciando ao indivíduo um avançar progressivo nos estágios de sua consciência.²⁰

Para Hegel, o homem somente alcançará consciência de si mesmo a partir do momento em que começar a se relacionar com os outros seres. A construção da identidade pessoal se dá a partir do contraste da diversidade entre os indivíduos, pois “cada um é o que é, como distinto do seu outro”. Constata o filósofo alemão que a identidade “desmorona nela mesma na

18 Neste sentido, pertinente colacionar a reflexão do Prof. Bernardo Gonçalves Fernandes acerca do Princípio da Igualdade, *in verbis*: “(...) já é possível encontrar autores que apresentam uma visão mais ampla e adequada do princípio da igualdade quando lido sob o prisma do Estado Democrático de Direito. Com isso, este irão afirmar um ir além da igualdade meramente formal e da igualdade material, em favor de uma igualdade procedimental, orientando-se para garantia da igual condição (opção) de participação do cidadão em todas as práticas estatais. Trata-se de uma igualdade aritmeticamente inclusiva, já que viabiliza um número cada vez mais crescente de cidadãos na simétrica participação da produção de políticas públicas. Dessa feita, a preocupação do constitucionalismo contemporâneo no tocante ao princípio da igualdade tem sido de diferenciar discriminação (ou discriminação arbitrária e absurda) e diferenciação (que para alguns poderia ser intitulada de discriminação adequada e razoável). Enquanto as diferenciações (ou discriminações lícitas, não absurdas) se mostram como mecanismos necessários à proteção das minorias, excluídas da condição de participação na tomada de decisões institucionais (igualdade procedimental), as discriminações (ilícitas) são elementos arbitrários e, por isso mesmo, lesivos à própria igualdade.” In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 463-464.

19 Ver: HEGEL, Georg Wilhelm Friederich. **A Fenomenologia do Espírito**. 3. ed. Tradução de Henrique Cláudio de Lima. São Paulo: Abril cultural, 1988.

20 Destaca Rogério Moreira Orrutea: “Assim, segundo ele, vamos ter a ideia de espírito subjetivo (“o Espírito está no caminho de sua própria auto-realização e autoconhecimento”), sendo que a isso está ligado o contexto da Antropologia, como doutrina da alma, da Fenomenologia, e da Psicologia), a ideia de espírito objetivo (“o Espírito se autoconcretiza plenamente como liberdade”, sendo que a isso está ligado o contexto do Direito, da Moralidade e da Eticidade), e finalmente a ideia de espírito absoluto (“o Espírito se autoconhece plenamente e se sabe como princípio e como verdade de tudo, sendo como Deus em sua plenitude de vida e de conhecimento”, considerando-se que a isto vai estar ligado o contexto da Arte, da Religião e da Filosofia).” In: ORRUTEA, Rogério Moreira. **Curso de Filosofia do Direito**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 220-221.

diversidade, pois, como diferença absoluta em si mesma, ela se põe como o negativo de si e esses seus momentos, ela mesma e o negativo dela, são reflexões em si, são idênticos consigo”.²¹

Se alcançado o mais elevado estágio de evolução da consciência humana pelo indivíduo (conhecimento absoluto)²², este conseguirá verificar, segundo Hegel, o seu poder de mudança do mundo ao seu redor. Trata-se, assim, do poder transformador do homem frente a sociedade do qual o mesmo faz parte.²³

Nesta perspectiva, verificamos que “a diversidade ou a diferença exterior na verdade é diferença em si refletida, diferença nela mesma”²⁴, motivo pelo qual o outro consiste numa extensão do próprio indivíduo, cada um observado dentro das suas peculiaridades que os fazem diferentes. Somente a partir da identificação e da compatibilização das diferenças é que será possível a realização da igualdade.

Boaventura de Souza Santos aponta que “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimento ou reproduza as desigualdades”.²⁵

21 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Ciência da lógica**. Tradução Marco Aurélio Werle. São Paulo: Barcarolla, 2011, p. 142; 144.

22 Consoante destaca Paul Strathern, num contexto geral a tese de Hegel procura “descrever, de forma lógica, o processo mediante o qual a mente humana emergiu da simples consciência, através dos estágios da autoconsciência, da razão e do espírito, até o Conhecimento Absoluto, em cujo esboço iria se basear para criar seu grande e abrangente sistema.” In: STRATHERN, Paul. **Hegel**. Tradução Maria Helena Geordaned. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 26-27.

23 Explica Rogério Moreira Orrutea: “(...) se compreende a sua dialética como um “processo” de onde se extrai uma concepção do absoluto (um processo que consiste num vir a ser constante, um dever). (...) O homem então é algo que se dilui no mundo, e o mesmo tempo não há que se fazer um aparte entre o mundo da objetividade e o mundo da subjetividade. A pessoa humana é mais um dos elementos constitutivos de uma cadeia global gerida por uma dialética implicativa e geral.” Conclui o mencionado autor que “devemos reconhecer nele o mérito de uma dialética onde há o desenvolvimento da consciência pelo sentir individual num misto com uma preocupação social, e daí culminando com uma consciência pura acerca do “Espírito do Mundo”, ou o que podemos dizer como espírito absoluto. (...) Na obra A Fenomenologia do Espírito há uma preocupação com o conhecimento absoluto, que se verifica por um processo dialético.” In: ORRUTEA, Rogério Moreira. *Ob Cit.*, p. 219-220.

24 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Ob Cit.*, p. 147.

25 SANTOS. Boaventura de Souza. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS. Boaventura de Souza (org.). **Reconhecer para Libertar: Os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 429-461.

Neste contexto é que localizamos a proteção conferida às pessoas com deficiência a partir do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, cujo fundamento primeiro consiste num reflexo dos direitos humanos, em visível superação do padrão individualista outrora vigente. A ética dos direitos humanos percebe no outro alguém merecedor de consideração e respeito, “possuidor do direito de ampliar suas potencialidades livremente, de forma plena e autônoma. Orienta-se pela declaração da dignidade e pela precaução ao sofrimento humano, refletindo um edificado axiológico, a partir de um ambiente emblemático de luta e ação social”.²⁶

Com efeito, conforme advertem Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosendal²⁷, atualmente podemos falar não somente do direito fundamental à personalidade – considerado em sua dimensão jurídica, com todas as decorrências daí advindas –, como também irmos além: tratar do direito fundamental à capacidade civil. Nesta perspectiva, verificamos que capacidade civil tem a ver com autodeterminação e promoção da autonomia da pessoa com deficiência, no sentido de liberdade na escolha dos próprios rumos, decisões sobre aspectos existenciais e patrimoniais da própria vida.

O direito civil na época atual pretende, mais do que atribuir a essas pessoas a pecha de incapazes, “enxergá-las como vulneráveis, sujeitas a um regime diferenciado de proteção (não uma proteção que anula, mas uma proteção que busca promover a autonomia das pessoas, dentro das possibilidades reais)”.²⁸ Por certo, sem que se reconheçam à pessoa humana o livre exercício sobre os direitos fundamentais que lhe são inerentes²⁹, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.³⁰

26 PIOVESAN, Flávia. *Ob.Cit.*.p. 13.

27 FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Ob. Cit.*, p. 321.

28 *Ibidem*, p. 321.

29 Neste contexto cumpre trazer à baila a lição de Dominique Rousseau ao referir que os direitos fundamentais adquirem vida e inteligência por meio da dignidade da pessoa, ao passo que esta não se realiza e torna efetiva se não pelos direitos fundamentais. In: ROUSSEAU, Dominique. **Les Libertés Individuelles et la Dignité de la Personne**. Paris: Montchrestien, 1998, p. 70.

30 Destaca Ingo Wolfgang Sarlet: “Relembrando que a noção de dignidade repousa – ainda que não de forma exclusiva (tal como parece sugerir o pensamento de inspiração kantiana) – na autonomia pessoal, isto é, na liberdade (no sentido de capacidade para a liberdade) – que o ser humano possui de, ao menos potencialmente, formatar a sua própria existência e ser, portanto, sujeito de direitos, já não mais se questiona que a liberdade e os direitos fundamentais inerentes à sua proteção constituem simultaneamente pressuposto e concretização direta da dignidade da pessoa, de tal sorte que nos parece difícil – ao menos se

Porquanto, a adoção do modelo social busca justamente indicar o dever de toda a sociedade no sentido de garantir a liberdade no exercício dos direitos fundamentais em manifesta concreção ao direito à igualdade, que não se restringe ao conceito de igualdade entre sujeito, traduzindo-se na perspectiva de igualdade de condições para o exercício dos direitos fundamentais. Outrossim, somente perante uma sociedade inclusiva e que promova condições igualitárias e equiparadas aos seus cidadãos, verificaremos a concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana aos indivíduos com deficiência.³¹

Neste contexto merece referência, incentivo e congratulações a iniciativa tomada pela Defensoria Pública do Estado da Bahia, a qual, em 28 de agosto de 2018, firmou um acordo de cooperação técnica junto à Associação Projeto Fantástico Mundo do Autista (FAMA) com o intuito de oportunizar vagas de estágios para adolescentes autistas dentro da instituição. Segundo estatísticas da Organização das Nações Unidas aproximadamente 80% das pessoas que possuem Transtorno do Espectro do Autismo estão desempregadas.³²

Números como este somente serão modificados mediante a atuação de todos os setores da sociedade na busca pela inclusão social, bem como pela garantia de igualdade de condições entre os indivíduos. Encerrando essas breves reflexões onde buscamos contextualizar o cenário que oportunizou

pretendermos manter alguma coerência com a noção de dignidade apresentada ao longo do texto – questionar o entendimento de acordo com o qual sem liberdade (negativa ou positiva) não haverá dignidade, ou, pelo menos, esta não estará sendo reconhecida e assegurada." In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 98.

31 Destaca Naira Rodrigues: "Tendo em vista que, pessoas com deficiência desde a Antiguidade têm sido exterminadas, segregadas e excluídas da sociedade por serem diferentes das demais pessoas, talvez falarmos em igualdade possa nos remeter àquela antiga, mas, ainda não superada, forma de pensar nas pessoas como todos iguais. Porém, justamente por sermos todos diferentes e porque tais diferenças nos tornam únicos e indivisíveis e, ainda, porque nossas diferenças como pessoas com deficiência ainda seguem carregadas de estigmas negativos e que os desqualificam como sujeitos de direitos, é que temos no artigo cinco da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência o direito a igualdade, que não é a mesma coisa de sermos iguais, mas, se traduz no direito a igualdade de condições. O conceito de igualdade de condições permeia todos os artigos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, afirmando e reafirmando que, somente com uma sociedade que promova condições igualitárias e equiparadas teremos os direitos humanos das pessoas com deficiência assegurados e garantidos." In: RODRIGES, Naira. *Ob. Cit.*, p. 52-53.

32 COSTA, Luciana. "Adolescentes autistas integrarão a equipe da Defensoria Pública da Bahia: Acordo de Cooperação Técnica assinado entre DPE/BA e Projeto FAMA oportunizará vagas de estágios para adolescentes autistas". Disponível em: <<http://defensoria.ba.def.br/arquivo/noticias/adolescentes-autistas-integrarao-a-equipe-da-defensoria-publica-da-bahia>> Acesso em 03 set. 2018.

profunda alteração nos regimes da capacidade civil e dos institutos assistenciais, os quais serão a seguir analisados, convém consignarmos brilhante citação de Pontes de Miranda segundo o qual “rigorosamente, só se devia tratar das pessoas, depois de tratar dos sujeitos de direito: porque ser pessoa é apenas ter a possibilidade de ser sujeito de direito”.³³

4 BREVES APONTAMENTOS SOBRE A ATUAL CONFORMAÇÃO DA CURATELA E O NOVO INSTITUTO DENOMINADO TOMADA DE DECISÃO APOIADA

A partir da internalização da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, em conformidade com a previsão constante no artigo 5º, § 3º da Constituição Federal de 1988, o direito brasileiro incorporou uma nova concepção sobre a capacidade da pessoa com deficiência, a partir de uma perspectiva inclusiva e não-discriminatória. Com efeito, estabelece a Convenção Internacional em seu artigo 12 que “os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”.

Conferindo tangibilidade ao texto internacional incorporado ao nosso ordenamento jurídico com *status* de Emenda Constitucional, foi editado o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), o qual promoveu significativas alterações na legislação pátria, mormente em relação aos artigos 3º e 4º do Código Civil Brasileiro, cujas disposições tratam do regime da incapacidade civil. A festejada e também muito criticada legislação alterou, ainda, o sistema assistencial, modificando substancialmente os contornos da curatela e acrescentando no ordenamento jurídico nacional o instituto da Tomada de

33 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo I.** Rio de Janeiro: Borsó, 1954, p. 153.

Decisão Apoiada, cuja origem remonta ao direito estrangeiro, em particular, ao direito italiano³⁴ na figura da *Amministrazione di Sostegno*.³⁵

A partir da nova regulamentação, o rol dos absolutamente incapazes foi significativamente reduzido, de sorte que, atualmente, somente podem ser considerados absolutamente incapazes os menores de 16 anos de idade, os quais deverão ser representados na prática dos atos da vida civil, sob pena de nulidade³⁶ do negócio praticado.³⁷ Verifica-se, assim, que a legislação retirou todos os enfermos mentais, independentemente do seu nível de discernimento, deste rol.

Outrossim, o rol dos relativamente incapazes também foi significativamente alterado, de sorte que, atualmente, estão excluídos desta listagem “os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido” e “os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo”, e estão incluídos nele “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”, bem como “os maiores de 16 anos e menores de 18 anos”, “os alcoólatras e viciados em drogas” e “os pródigos”.

Em relação à capacidade dos surdos-mudos, estes “são capazes, se puderem exprimir sua vontade (linguagem de sinais, por exemplo), ou relativamente incapazes, se não puderem exprimir sua vontade. A regra é a capacidade. A incapacidade não se presume”.³⁸ A mesma lógica deve ser

34 Dispõe o artigo 404 do Codice Civile Italiano: “Amministrazione di sostegno. La persona che, per effetto di una infermità overrodì una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilit , anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, pu  essere assistita da un Amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio”. In: ITÁLIA. **Codice Civile Italiano**. Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/news/2014/11/18/delle-misure-di-protezione-delle-persone-priv -in-tutto-od-in-parte-di-autonomia>> Acesso em: 20 jan. 2019.

35 TRABUCCHI, Alberto. **Instituzioni di Diritto Civile**. 45. ed. Milani: CEDAM, 2012, p. 276-280.

36 FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. Volume  nico. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 335.

37 Advertência interessante sobre esta temática é realizada por Pontes de Miranda, o qual afirma: “No direito brasileiro, o absolutamente incapaz, a quem o representante ou alguém d  dinheiro, compra validamente, sempre que se pode entender que o dinheiro lhe foi dado para isso. Assim se elimina a questão de valer, ou não, a compra de coisas de pequeno valor ou necessárias à vida diária, ou conforme os seus hábitos e no interesse do incapaz, que torturou e ainda tortura alguns juristas (...), bem como se torna discussão acadêmica a que se levantou em torno da relevância transindividual stica dos negócios jurídicos, ainda nos sistemas jurídicos fundados no individualismo.” In: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo IV**. Rio de Janeiro: Borsói, 1954, p. 110.

38 FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Ob. Cit.*, p. 344.

aplicada aos deficientes visuais, bem como às deficiências físicas não mentais, tais como paraplegia, tetraplegia e demais doenças incapacitantes.

Em verdade, o que o Estatuto pretendeu foi fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser “rotulada” como incapaz, para ser considerada - em uma perspectiva constitucional isonômica - dotada de plena capacidade legal, ainda que haja a necessidade de utilização de institutos assistenciais específicos para a prática de atos na vida civil, tais como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente³⁹, a curatela, a qual encontra-se restrita, a partir de então, a atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.⁴⁰

Nesta linha de princípio, fica evidente que o instituto assistencial da curatela possui caráter excepcional, uma vez que deverá ser adotado tão somente nos casos em que se constitua como imprescindível para a realização integral da pessoa humana. Seu intuito deve ser o de auxiliar o incapaz a praticar os atos da vida civil relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, para os quais estiver impossibilitado de agir por si só.

Com efeito, enquanto a curatela incide sobre “todos aqueles que, por motivos de ordem patológica ou acidental, congênita ou adquirida, não estão em condições de dirigir a sua pessoa ou administrar os seus bens, posto que maiores de idade”⁴¹, a tomada de decisão apoiada é destinada à pessoa com

39 Neste sentido, dispõe o Estatuto da Pessoa com Deficiência em seu art. 85 e parágrafos, *in verbis*: “Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. § 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. § 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado. § 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado. *In*: BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm > Acesso em: 07abr.2018.

40 Destacando a distinção entre as relações jurídicas patrimoniais e as negociais, Gustavo Tepedino adverte: “(...) há de se diferenciar, em primeiro lugar, as relações jurídicas patrimoniais das relações jurídicas existenciais, já que fundadas em lógicas díspares. Tal diversidade valorativa deve preceder, como premissa metodológica, à atividade interpretativa. A pessoa humana é o centro do ordenamento, impondo-se assim tratamento diferenciado entre os interesses patrimoniais e os existenciais. Em outras, palavras, as situações patrimoniais devem ser funcionalizadas às existenciais.” *In*: TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 364-365.

41 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família** - V.21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 548.

deficiência⁴², autorizando-a a eleger pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil.

Partindo do cenário legislativo acima apresentado, inúmeras são as consequências jurídicas que podem ser deduzidas. Da forma como a legislação foi estabelecida, teremos a situação extrema de uma pessoa com total incapacidade para a prática dos atos da vida civil (v.g. pessoa em estado de coma) que deverá ser considerada relativamente incapaz, e não mais absolutamente incapaz como outrora. O curador nomeado neste caso, exercerá a representação do indivíduo nos exatos limites fixados na sentença judicial.

Figura como conclusão lógica, considerando as premissas vigente até o presente momento, que se faz necessária uma flexibilização no tocante à circunstância do relativamente incapaz poder, a partir de agora, ser representado ou assistido, conforme o grau da sua necessidade. O tipo de suprimento de incapacidade que será utilizado frente ao caso concreto deverá ser designado pelo juiz na sentença judicial, mediante a apreciação das suas peculiaridades.

Outra situação singular diz respeito ao indivíduo com deficiência, considerado plenamente capaz pela legislação, que tem nomeado para si um curador. Neste caso, estaremos diante de uma nova categoria de pessoas capazes: o “capaz sob curatela”.⁴³ Temos, portanto, um novo sistema o qual faz com que se configure como “imprecisão técnica” considerar-se a pessoa com

42 Sobre a possibilidade de ampliação do alcance da Tomada de Decisão Apoiada, manifesta-se Joyceane Bezerra de Menezes: “Embora seja destinada exclusivamente à pessoa com deficiência, conforme se pode extrair da própria justificativa para a introdução do instituto na lei (nota de rodapé nº1), entende-se possível a sua aplicação às pessoas idosas e àquelas que sofrem os efeitos da adição por álcool e/ou drogas. Sujeitos que ainda possuem capacidade civil, mas que, em virtude de dificuldades individuais específicas, necessitariam de um apoio mais objetivo”. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Tomada de decisão apoiada: o instrumento jurídico de apoio à pessoa com deficiência inaugurado pela Lei nº 13.146/2015**. Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, vol. 24, n. 3, Set./Dez. 2018, p. 1196. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13771>> Acesso em 15 jan. 2019.

43 SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I)**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>> Acesso em: 05 set. 2018.

deficiência incapaz. Ela é dotada de capacidade legal, ainda que se valha de institutos assistenciais para a condução da sua vida.⁴⁴

Apresentando análise crítica das alterações legislativas operadas a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Maria Cláudia Mércio Cachapuz entende como prejudicial a supressão operada pelo legislador do critério “discernimento” para a determinação da capacidade civil, sem a indicação de nenhum outro critério claro e suficiente para a aferição da real capacidade do indivíduo.⁴⁵ Indica a autora que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a partir de suas modificações, deixou de considerar especialmente aqueles indivíduos que “apresentam déficit cognitivo relevante para a tomada de decisões em relação a atos da vida civil, critério consagrado na dogmática para fins de proteção ao livre desenvolvimento da personalidade – como na hipótese do

44 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral**. v. I. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 343-350.

45 *In verbis*: “Não por outro motivo poderia se questionar a edição recente do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15) no Brasil, quando suprime, sob o pressuposto da igualdade de tratamento entre as pessoas, o texto do enunciado normativo do art. 3º do Código Civil brasileiro, extirpando do Código Civil o critério do discernimento – e, portanto, da ideia de racionalidade – para a determinação da capacidade civil. Pela alteração de texto, onde antes se reconhecia incapacidade absoluta aos que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática de atos da vida civil (art. 3º), hoje se compreende que descabida é qualquer discriminação normativa a priori em razão das condições de inteligência do indivíduo, deixando o texto legal, portanto, de oferecer critérios suficientes para a aferição da real capacidade do indivíduo à manifestação livre e consciente da vontade. Onde antes havia discernimento, hoje há igualdade material pressuposta sem qualquer condição prévia de investigação suficiente sobre a efetiva autonomia da pessoa no exame do caso concreto. Não há, para o caso, como não reconhecer que possa se ter pressuposto, filosoficamente, a adoção de um enfoque eminentemente funcionalista em relação à concepção de autonomia para as questões que envolvem capacidade da pessoa, na medida em que prestigiada uma ideia de igualdade formal e material entre os indivíduos ampla, em detrimento a uma ponderação necessária acerca de critérios claros para o estabelecimento das condições quanto à possibilidade de expressão da vontade própria. (...) O receio é de que a orientação hoje promovida à interpretação em termos de capacidade, quando se trate de pessoa com deficiência, reste condicionada a mitigar a proteção jurídica prevista e reconhecida pela ideia de discernimento. Tal preocupação é fundada, justamente, na revogação expressa ao inc. II do art. 3º do CC brasileiro, aliada à ausência de previsão específica de critério substitutivo à interpretação, na medida em que limitada a Lei nº13.146/15 a oferecer, para a orientação da discricionariedade judicial, a adoção de um procedimento de “tomada de decisão apoiada” – ou, no máximo, de espécie de instituto de tutela enfraquecido – em que considerada a opinião de terceiros que sejam da confiança da pessoa com deficiência e nomeados para tal finalidade. Ou, na hipótese de ocorrência de conflito de interesses entre os terceiros a quem confiada a tomada de decisão, a necessidade de estabelecimento de um processo específico de avaliação da decisão tomada em concreto por meio de equipe de técnicos, novamente sem o oferecimento de um critério suficiente à identificação da efetiva dificuldade de manifestação livre da vontade por parte do indivíduo prejudicado na compreensão cognitiva da situação concreta de análise. E mais: sem a devida responsabilização dos terceiros que acabem efetivamente tomando decisões no interesse da pessoa com deficiência”. In: CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. **Argumentação, Capacidade Civil e Discernimento: A interpretação possível após o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. CONPEDI Law Review, Oñati, Espanha, vol. 2, n. 3, p. 354-371, jan./jun. 2016.

conceito de discernimento –, gerando, ao contrário do pretendido, insegurança jurídica”.⁴⁶

Outra crítica relevante que está sendo ventilada na doutrina diz respeito aos direitos e garantias jurídicas contidos no sistema legislativo pátrio como proteção aos absolutamente incapazes, os quais foram indiretamente suprimidos, uma vez que os mesmos passaram a ostentar a qualidade de capazes ou, no máximo, relativamente incapazes. À título exemplificativo cita-se a questão da possibilidade de decurso dos prazos prescricionais e decadenciais em face dos indivíduos com deficiência, uma vez que não estão mais protegidos pela condição da absoluta incapacidade.⁴⁷

Buscando compatibilizar as novas diretrizes trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência com a necessidade de segurança jurídica, a professora Simone Cardoso Tassinari proferiu sugestão de alteração legislativa de grande valia, ao ser questionada sobre esta tormentosa questão durante o evento realizado em Porto Alegre/RS em julho de 2018. Conforme seu entendimento, seria adequada a inclusão de dispositivo no Código Civil assegurando aos indivíduos considerados hoje relativamente incapazes sob a rubrica de “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” as garantias legais previstas aos absolutamente incapazes antes da alteração legislativa ou, em interpretação sistemática, sem inclusão legislativa, assegurar a vedação de retrocesso em matéria de direitos fundamentais (informação verbal)⁴⁸.

Outrossim, na impossibilidade de se superar a reforma legislativa, sobretudo em assunto que possui necessária fonte legal por ser matéria de ordem pública, instaura-se nesse momento uma profunda dificuldade, a qual demandará os melhores esforços dos doutrinadores e dos julgadores para que, no afã de se adotar terminologia e tratamento não discriminatório, não se

46 CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. **Racionalidade e discernimento: Um debate filosófico-jurídico sobre a alteração de critérios para a definição da capacidade civil.** Revista Jurídica Luso Brasileira, Lisboa, Portugal, vol. 1, n. 3, p. 747-774, 2017, p. 769.

47 SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte II).** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>> Acesso em: 05 set. 2018a.

48 Informação fornecida por Simone Tassinari Cardoso no Seminário “Direitos das Pessoas com Deficiência - 30 anos de evolução: O novo regime das incapacidades e sua implicação prática na advocacia” promovido pela OAB/RS, em Porto Alegre/RS, em 18 de julho de 2018.

exponham tais pessoas a toda sorte de riscos, perigos e golpes, supostamente cancelados pela mudança legislativa.⁴⁹

Com efeito, uma modificação desta proporção – verdadeira "desconstrução ideológica" – não se opera sem efeitos colaterais, os quais exigirão intenso esforço hermenêutico. Outrossim, na perspectiva do princípio da vedação ao retrocesso⁵⁰, a melhor solução deve ser alcançada através de profundas reflexões pelos operadores do direito acerca da matéria, tendo sempre como norte o direito à igualdade e a garantia da liberdade no exercício dos direitos fundamentais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma das nobres características do estudioso é ter humildade para identificar e reconhecer as diferenças de entendimento acerca de temáticas diversas às da sua especialidade. Numa seara como esta, a qual envolve uma expressiva interdisciplinariedade, figura como fundamental a abertura do jurista para buscar o maior entendimento possível das vicissitudes que envolvem a análise das situações cotidianas.

49 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil**. v. I. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 228.

50 Tratando do conceito da vedação do retrocesso, José Joaquim Gomes Canotilho adverte: "A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de "contra-revolução social" ou da "evolução reaccionária". Com isto quer dizer-se que os direitos sociais económicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjectivo*. A "proibição do retrocesso social" nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (*reversibilidade fáctica*), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos *direitos adquiridos* (ex: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do *princípio da protecção da confiança* e da *segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultura*, e do *núcleo essencial* da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana." In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 338-339. Em realidade, trata-se de critério hermenêutico, uma vez que o intérprete, ao analisar o princípio da proibição do retrocesso social – ou proibição de regresso –, deve "manter um trajeto gradualista, sempre ascendente em busca de maior igualdade, de forma a evitar recuos históricos na proteção destes direitos." In: SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 106. Neste particular, destaca Ingo Wolfgang Sarlet: "Mediante a supressão pura e simples do próprio núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social (especialmente dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial) estará sendo afetada, em muitos casos, a própria dignidade da pessoa, o que desde logo se revela inadmissível, ainda mais em se considerando que na seara das prestações mínimas (que constituem o núcleo essencial mínimo judicialmente exigível dos direitos a prestações) para uma vida condigna não poderá prevalecer até mesmo a objeção da reserva do possível e a alegação de uma eventual ofensa ao princípio democrático e da separação dos poderes." In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 434.

Ter sensibilidade para perceber e entender o outro dentro da sua diversidade, em consonância com os postulados Hegelianos, é de fundamental importância para a adequada compreensão do tema. A criação de ferramentas jurídicas que descurem do cuidado com o outro dentro da sua perspectiva e em consonância com a sua dignidade, não terá grande valia.

Neste contexto, o jurista precisa ter esta abertura para identificar como deve ser a melhor interpretação para os casos concretos, sobretudo no âmbito do processo judicial. Com efeito, a adoção do modelo social de deficiência implica na indispensável reapreciação dos contornos a serem estabelecidos na sentença judicial que fixa a curatela, uma vez que esta, mediante a apreciação das peculiaridades do caso concreto pelo magistrado, estabelecerá os limites dentro dos quais serão exercidos os atos da vida civil pelo curatelado.

Nestas breves linhas pretendeu-se buscar o fomento à reflexão de temática tão cara a toda sociedade. A partir do apontamento de premissas sólidas, buscou-se a construção de bases de argumentação aptas a enfrentar o debate atinente à capacidade das pessoas com deficiência, bem como acerca dos contornos a serem conferidos aos institutos assistenciais da curatela e da tomada de decisão apoiada. Um diálogo que, uma vez entabulado, não objetiva encerrar a temática, mas apenas apresentá-la para a apreciação do intérprete jurídico, viabilizando, assim, novas proposições acadêmicas.

6 REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloísa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vítor de Azevedo. **Reconhecimento e inclusão das pessoas com Deficiência.** Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil, Belo Horizonte, vol. 13, p. 17-37, jul./set. 2017. Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume_13/reconhecimento.pdf> Acesso em: 03 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm> Acesso em: 07abr.2018.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Argumentação, capacidade civil e discernimento: a interpretação possível após o Estatuto da Pessoa com Deficiência.** Conpedi Law Review, Oñati, Espanha, v. 2, n. 3, jan/jun 2016.

_____. **Racionalidade e discernimento: Um debate filosófico-jurídico sobre a alteração de critérios para a definição da capacidade civil.** Revista Jurídica Luso Brasileira, Lisboa, Portugal, vol. 1, n. 3, p. 747-774, 2017.

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

COSTA, Luciana. **“Adolescentes autistas integrarão a equipe da Defensoria Pública da Bahia: Acordo de Cooperação Técnica assinado entre DPE/BA e Projeto FAMA oportunizará vagas de estágios para adolescentes autistas”.** Disponível em: <<http://defensoria.ba.def.br/arquivo/noticias/adolescentes-autistas-integrarao-a-equipe-da-defensoria-publica-da-bahia>> Acesso em 03 set. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil.** Volume único. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência.** 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral.** v. I. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HEGEL, Georg Wilhelm Friederich. **A Fenomenologia do Espírito.** 3. ed. Tradução de Henrique Cláudio de Lima. São Paulo: Abril cultural, 1988.

_____. **Ciência da lógica.** Tradução Marco Aurélio Werle. São Paulo: Barcarolla, 2011.

ITÁLIA. **Codice Civile Italiano.** Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/news/2014/11/18/delle-misure-di-protezione-delle-persone-privie-in-tutto-od -in-parte-di-autonomia>> Acesso em 20 jan. 2019.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Tomada de decisão apoiada: o instrumento jurídico de apoio à pessoa com deficiência inaugurado pela Lei nº 13.146/2015.** Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, vol. 24, n. 3, Set./Dez. 2018. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13771>> Acesso em: 15 jan. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Relatório da Organização Mundial de Saúde (WHO) sobre Pessoas com Deficiência.** Tradução disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.sp.gov.br/usr/share/documents/RELATORIO_MUNDIAL_COMPLETO.pdf> Acesso em: 04 set. 2018.

ORRUTEA, Rogério Moreira. **Curso de Filosofia do Direito.** Curitiba: Juruá, 2012.

PALACIOS, Agustina. **El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación em laConvención Internacional sobre losDerechos de las Personas conDiscapacidad**. Madrid: Cinca, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil - I**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família - V**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PERLINGIERI, Pietro. Tradução Maria Cristina de Cicco. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PIOVESAN, Flávia. "Apresentação" In: FERREIRA, Laíssa da Costa (org.). **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília: Presidência da República - Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD) - Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), 2014. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacaoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios.pdf>> Acesso em: 02 set. 2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo I**. Rio de Janeiro: Borsói, 1954.

_____. **Tratado de Direito Privado. Tomo IV**. Rio de Janeiro: Borsói, 1954.

RODRIGUES, Naira. "Início este artigo propondo uma reflexão aos leitores: o que pode significar o direito a igualdade?" In: FERREIRA, Laíssa da Costa (org.). **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília: Presidência da República - Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD) - Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), 2014. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacaoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios.pdf>> Acesso em: 02 set. 2018.

ROUSSEAU, Dominique. **Les Libertés Individuelles et la Dignité de la Personne**. Paris: Montchrestien, 1998.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Reconhecer para Libertar: Os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão: construindo uma sociedade para todos**. Rio de Janeiro: WVA, 1997.

SEM, Amartya. **Identity and Violence: The illusion of destiny**. New York/London: W.W.Norton&Company, 2006.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I)**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>> Acesso em: 05 set. 2018.

_____. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte II)**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>> Acesso em: 05 set. 2018.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRATHERN, Paul. **Hegel**. Tradução Maria Helena Geordaned. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

TAYLOR, Charles. The PoliticsofRecognition. In: **Multiculturalism: examining the politics of recognition**. New Jersey: Princeton, 1994. Disponível em: <http://elplandehiram.org/documentos/JoustingNYC/Politics_of_Recognition.pdf> Acesso em: 03 set. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

TRABUCCHI, Alberto. **Instituzioni di Diritto Civile**.45. ed. Milani: CEDAM, 2012.

A INDÚSTRIA 4.0 E A MODERNIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Bruna Zanandréa Nesello**

RESUMO: Ao longo dos anos, o homem acostumou-se a conviver com a ideia de mudanças, revoluções e impactos. Desde os primórdios da sociedade civil as evoluções sociais foram conquistadas através de “lutas” e “revoluções”. As transformações relacionadas ao trabalho tiveram início com a Revolução Industrial do século XVIII que foi determinante para o surgimento do Direito do Trabalho. Atualmente estamos diante da Quarta Revolução Industrial, intitulada de “Indústria 4.0”. Assim, o presente artigo tem a finalidade de apresentar as características, desafios e potenciais da Indústria 4.0, bem como, os principais impactos jurídicos e sua relação com as alterações promovidas na Legislação Trabalhista Brasileira pela Lei n.º 13.467/2017, popularmente conhecida como Reforma Trabalhista.

PALAVRAS-CHAVE: Indústria 4.0. Organização do trabalho. Impactos jurídicos. Reforma Trabalhista.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Contexto histórico. 3 Princípios básicos da Indústria 4.0. 4 Impactos sociais percebidos. 5 Principais impactos jurídicos da Indústria 4.0 no Brasil e sua relação com a Lei n.º 13.467/2017. 5.1 Jornada de trabalho. 5.2 Local de trabalho. 5.3 Contrato de trabalho. 5.4 Incentivo a capacitação. 5.5 Normas regulamentadores do Ministério do Trabalho e Emprego (NR's). 5.6 Negociação coletiva. 6 Considerações finais. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Indústria 4.0 é atualmente um dos assuntos mais discutidos no setor industrial mundial. Contudo, os impactos gerados por tais mudanças nas esferas política, econômica e social, ainda são controversos.

Para entender melhor o futuro do trabalho e do próprio Direito Trabalhista, necessário se faz analisar o passado. Isso porque, o mundo do trabalho tem passado por diversas mudanças ao longo dos anos. Exemplo disso, é a Revolução Industrial (séculos XVIII e XIX) que foi de extrema importância, haja vista que, com o crescimento da industrialização aliado a exploração irresponsável da mão de obra, as condições de trabalho eram péssimas, levando a classe operária a reivindicar por

** Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (2016). Pós-graduada em Processo e Direito do Trabalho pela Universidade de Caxias do Sul (2018) Advogada inscrita na OAB/RS sob o número 109.693.

melhorias no sistema. Tais reflexos sociais influenciaram o surgimento do Direito do Trabalho como alternativa ao Direito Civil.

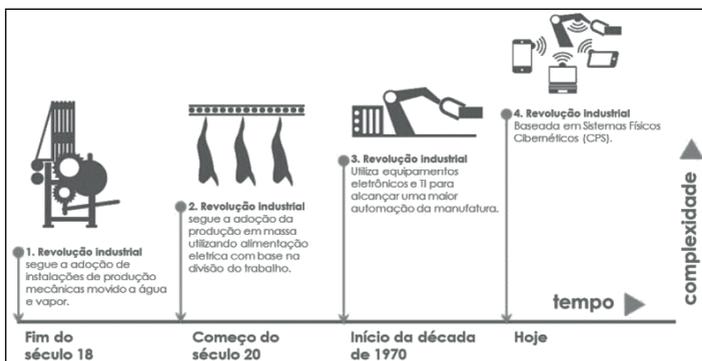
Seguindo, as mudanças nas relações de trabalho avançaram com a Revolução Tecnológica (século XX), a qual fez com que empregadores, empregados e a própria legislação trabalhista se moldassem à nova realidade laboral.

Atualmente estamos diante da chamada 4ª Revolução Industrial, impulsionada pelo conceito ligado à Indústria 4.0, a qual introduz um novo modelo de produção, onde máquinas, ferramentas e processos produtivos estão interligados entre si através de inteligência artificial e pelo uso de internet, visando ganhos substanciais na cadeia produtiva.

Conforme nos ensina Klaus Schwab (2016, p. 1) “estamos no início de uma revolução que está mudando fundamentalmente a forma como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos um com o outro”. Contudo esta Revolução se difere das anteriores, fundamentalmente pela velocidade das transformações e pelas grandes variações inerentes ao mundo do trabalho. Ainda, é de se destacar que as demais revoluções apenas foram batizadas com esse nome, após sua incorporação ao tecido industrial, diferentemente da Indústria 4.0 que já é chamada de 4ª Revolução Industrial.

Abaixo, imagem ilustrativa das mudanças introduzidas por cada uma das revoluções industriais (FIGURA 1):

FIGURA 1 – Os Quatro Estágios da Revolução Industrial



Desde 2011 se iniciou um novo campo de pesquisa multidisciplinar, envolvendo diversas áreas da ciência, bem como governos, empresas, universidades e pesquisadores, com uma vasta gama de possibilidades. Entretanto, apesar do entusiasmo da indústria com os avanços proporcionados pela Indústria 4.0, o que se

percebe é a ausência de pesquisas e discussões acerca dos impactos sociais causados por tais mudanças.

Pesquisas que se preocupam com os efeitos da Indústria 4.0 sobre a relação entre homem e trabalho ainda são escassas. Porém, sendo a matéria-prima do Direito, por excelência, a pessoa humana livre, não necessitada, o Direito do Trabalho é a mais importante e atual das suas manifestações e, por conta disso, deve obrigatoriamente se preocupar com possíveis impactos positivos ou negativos, visando evitar que, assim como nas demais revoluções, o trabalhador seja renegado a condição de mero coadjuvante em meio a uma imensidade de inovações e mudanças, capazes de afetar sobremaneira sua via social.

Com isso, se justifica a importância da presente pesquisa, a qual tem por objetivo apresentar as características, desafios e potenciais da Indústria 4.0, bem como, os principais impactos jurídicos e sua relação com as alterações promovidas na Legislação Trabalhista Brasileira pela Lei n.º 13.467/2017, popularmente conhecida como Reforma Trabalhista.

2 CONTEXTO HISTÓRICO

Desde o ano de 2006 o governo da Alemanha buscava estratégias tecnológicas de pesquisa e inovação com o objetivo de tornar seu país competitivamente forte em relação as demais potências mundiais. Essa iniciativa foi batizada de *High-Tech Strategy 2020 for Germany*, focando primordialmente em cinco áreas: clima e energia; saúde e alimentação; mobilidade; segurança e comunicação. (CNI, 2016).

Segundo Hermann et al. (2016), o termo Indústria 4.0 surgiu no ano de 2011, durante a Feira Anual de Hannover na Alemanha, através da iniciativa denominada “Indústria 4.0 – uma associação de representações de negócios, políticas e acadêmicas”, defendendo a aproximação da força de competitividade da Indústria de Manufatura Alemã. Tal iniciativa ganhou o apoio do governo, e passou a integrar o *High-Tech Strategy 2020 for Germany* com o objetivo de liderar a inovação tecnológica, através do *Industrie 4.0 Working Group*, responsável por desenvolver as primeiras recomendações para a efetiva implementação que foram publicadas em abril de 2013 (Kagermann et al., 2013)

No futuro, as empresas estabelecerão redes globais que incorporem suas máquinas, sistemas de armazenagem e instalações de produção em forma de sistemas ciberfísicos (CPS). No ambiente de fabricação, esses sistemas ciberfísicos compreendem máquinas inteligentes, sistemas de armazenamento e instalações de produção capazes de trocar informações de forma autônoma, desencadear ações e controlar-se independentemente.

Isso facilita melhorias fundamentais nos processos industriais envolvidos na fabricação, engenharia, uso de materiais e cadeia de suprimentos e gerenciamento do ciclo de vida. As fábricas inteligentes que já começaram a aparecer empregam uma abordagem completamente nova para a produção. Produtos inteligentes são exclusivamente identificáveis, podem estar localizados em todos os momentos e conhecer sua própria história, status atual e rotas alternativas para alcançar seu estado alvo. Os sistemas de fabricação embutidos são conectados verticalmente com processos de negócios dentro de fábricas e empresas e conectados horizontalmente a redes de valores dispersas que podem ser gerenciadas em tempo real - desde o momento em que uma ordem é colocada diretamente até a logística de saída. Além disso, eles habilitam e exigem engenharia de ponta a ponta em toda a cadeia de valor. (Kagermann et al., 2013, p. 5).

O modelo e conceito implementados pela Indústria 4.0 tem se espalhado para as demais potências mundiais. Dentre esses, os Estados Unidos da América, criaram em 2011 a *Advanced Manufacturing Partnership (AMP)* como objetivo de unir o meio acadêmico às indústrias e ao governo para promover investimentos e pesquisas em tecnologias em ascensão no país. Em 2014, através do programa *Accelerating US Advanced Manufacturing (AMP 2.0)* foi apresentada uma série de ações a serem adotadas para impulsionar a capacidade de manufatura avançada dos Estados Unidos da América. (CNI, 2016).

Oportuno mencionar as ações em andamento na China através do programa *Made in China 2025* implementado em 2015, estabelecendo diversas metas para os anos de 2020 e 2025 visando atualizar os processos indústrias do país, assim como a Coreia do Sul com o projeto *Korea Advanced Manufacturing System (KAMS)*, com a finalidade de desenvolver processos e tecnologias para o gerenciamento e integração dos sistemas produtivos (CNI, 2016).

No Brasil, em junho de 2017 foi instituído pelo Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (MDIC) o *Grupo de Trabalho para a Indústria 4.0 (GTI 4.0)*, com o objetivo de elaborar uma agenda nacional de implementação da Indústria 4.0 no país.

O GTI 4.0 conta com mais de 50 (cinquenta) instituições representativas, dentre elas o próprio governo, empresas e sociedade civil organizada, que contribuem sob diferentes perspectivas e ações para a efetiva implementação da Indústria 4.0 no Brasil.

Alguns temas são prioritários. Por exemplo, o aumento da competitividade das empresas brasileiras, mudanças na estrutura das cadeias produtivas, o novo mercado de trabalho, fábricas do futuro, massificação do uso de tecnologias digitais, *startups*, *testbeds*, dentre outros.

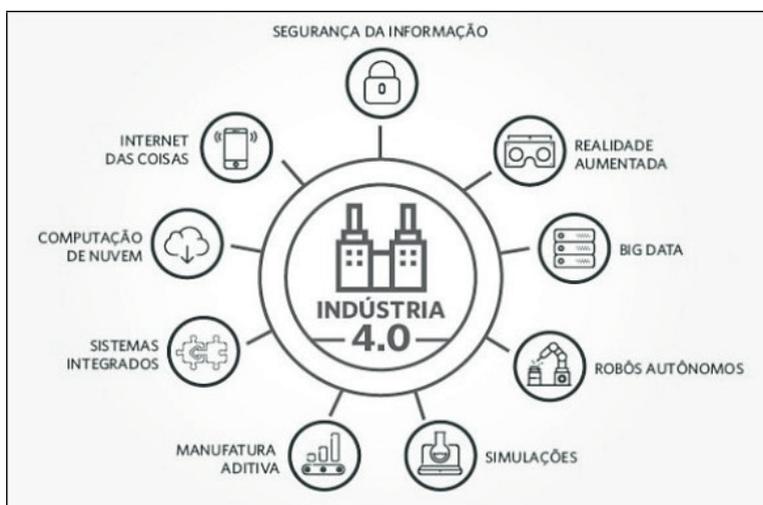
3 PRINCÍPIOS BÁSICOS DA INDÚSTRIA 4.0

A Indústria 4.0 se baseia na combinação de tecnologias aplicadas ao processo produtivo criando as *Smart Factories*. Os princípios básicos do conceito de Indústria 4.0 são os *Cyber-Physical Systems (CPS)*, a *Internet of Things (IoT)*, a *Internet of Services (IoS)*, robótica avançada, inteligência artificial, Big Data, nanomateriais e nanosensores (SCHWAB, 2016; CNI, 2016; BCG, 2015a).

Ou seja, nas fábricas inteligentes as máquinas, insumos e mão de obra estão totalmente integrados ao longo do processo de produção, o que agrega flexibilidade ao processo produtivo que passa a ocorrer de forma autônoma.

Veja-se a integração entre os processos de fabricação e os sistemas envolvidos, na Figura 2:

Figura 2 – Sistemas integrados no modelo de indústria 4.0



Fonte: Endeavor (2018)

Mesmo que não seja o tema central da presente pesquisa, fez-se necessário compreender sucintamente o conceito dos principais componentes-chave da 4ª Revolução Industrial.

Os CPS (*Cyber-Physical Systems*) são uma série de sistemas colaborativos incorporados a capacidade cibernética, encontrados no ambiente industrial nas máquinas inteligentes, sistemas de armazenamento e facilidades de produção capazes de trocar informações, desencadear ações e controlar um ao outro de forma autônoma, promovendo melhorias nos processos industriais e no gerenciamento do ciclo de vida dos produtos e da cadeia de suprimentos (KAGERMANN; WAHLSTER; HELBIG, 2013).

Porém, os CPS estão diretamente ligados e dependentes à IoT (*Internet of Things*) e à IoS (*Internet of Services*), que são o futuro da internet como conhecemos hoje. Isso porque, a IoT e a IoS possibilitarão que quaisquer objetos do cotidiano estejam conectados a rede mundial de computadores.

Tal integração afetará radicalmente os sistemas de manufatura, uma vez que as máquinas poderão tomar decisões de forma autônoma, bem como, seu controle poderá ser feito remotamente, proporcionando maior flexibilidade, confiabilidade e eficiência às operações, além da redução de custos (ROBLEK; MESKO; KRAPEZ, 2016).

Já a IoS irá agregar considerável valor à cadeia de suprimentos, haja vista que, permitirá que serviços, principalmente os logísticos, sejam fornecidos de forma integrada a vários canais e participantes (KAGERMANN et al. 2013; HERMANN; et al. 2015).

Assim, percebe-se que onde existir a possibilidade de implementação do conceito da Indústria 4.0, mudanças e obstáculos terão de ser enfrentados, motivo pelo qual, deve ser encarada não como uma revolução tecnológica, mas sim, uma revolução econômica, política e social.

4 IMPACTOS SOCIAIS PERCEBIDOS

Como visto até aqui, com a implementação das novas tecnologias e do conceito de Indústria 4.0 os empregos passarão por grandes mudanças. Tais mudanças serão responsáveis pela extinção de tradicionais postos de trabalho, mas também, pela criação de novas oportunidades.

Seria correto afirmar que a Indústria 4.0 será responsável por uma crise de desemprego mundial? Conforme Frey e Osborne (ABRAMOVAY, 2017)

estão em risco 47% dos postos de trabalho nos EUA, 57% na média dos países desenvolvidos, (da OCDE — Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), 69% na Índia, 77% na China e 85% na Etiópia. A destruição tende a ser maior onde a estrutura ocupacional é mais distante da economia do conhecimento*.

Em pesquisa realizada pelo CNI – Confederação Nacional das Indústrias no ano de 2016 com 2.225 empresas, sendo 910 de pequeno porte, 815 médias e 500 grandes, a principal dificuldade para implementação da Indústria 4.0 no Brasil é a ausência de trabalhadores qualificados.

Com isso, pode-se concluir que não é o mais forte nem o mais inteligente que irá sobreviver no mercado. Mas sim, quem se adaptar mais rapidamente às grandes mudanças que virão no mundo laboral.

Nesse sentido, estudos realizados na Alemanha, local onde a Indústria 4.0 está mais avançada, pelo *Boston Consulting Group* (BCG), tendo como parâmetro o ano de 2025 e pelo *Institute for Employment Research*, objetivando o ano de 2030, concluíram que o cenário mais provável será o aumento de 350 mil empregos, contudo, o *Institute for Employment Research* alerta para a extinção de 60 mil postos de trabalho no país.

Buscando entender como as mudanças tecnológicas e sociodemográficas afetariam o mundo do trabalho até o ano de 2020, o *World Economic Forum* realizou em 2015 uma pesquisa global, entrevistando CEO's (*Chief Executiver Officer*), CHRH's (*Chief Human Resources Officer*) e outros executivos de alto escalação de 371 empresas, em nove setores industriais, espalhadas nos 15 países mais desenvolvidos e emergentes.

Os resultados da pesquisa foram divulgados no ano de 2016 e concluíram que, com a adoção do conceito da Indústria 4.0, 7,1 milhões de empregos serão extintos, enquanto que, apenas 2 milhões serão criados, demonstrando um impacto negativo de 5,1 milhões de postos de trabalho. Ainda, a pesquisa concluiu que, apenas no setor de manufatura e produção mais de 1.6 milhões de empregos direitos serão substituídos por novas tecnologias. Veja-se na figura a baixo:

Figura 3 – Resultados da pesquisa



Fonte: WORD ECONOMIC FORUM, 2016, Análise ADVISIA OC&C StrategyConsultants

Contudo, ainda que haja grande controvérsia quanto aos números, uma coisa é consenso, os novos postos de trabalho se concentrarão nos níveis gerenciais e nas áreas que exijam maior qualificação, como por exemplo, ciências exatas, computação, engenharia e arquitetura. Já o maior declínio será percebido nas tarefas simples e rotineiras, suscetíveis a automação.

E como já demonstrado, a necessidade de aperfeiçoamento de competências e habilidades por parte dos trabalhadores é consequência lógica ao aumento do número de postos de trabalho. Edwards e Ramirez (2016) definem esse movimento como uma “reciclagem” do trabalhador, exigindo do mesmo que se adapte as mudanças e novas tecnologias para manter sua condição de empregabilidade e competitividade no mercado.

Outro ponto de consenso, é que cada uma das novas tecnologias inseridas pela indústria 4.0 produz efeitos específicos na dinâmica do trabalho, podendo ser agrupados em seis categorias, sendo elas, deslocamento de mão de obra entre setores e funções específicas; flexibilização do regime de trabalho; alterações nos requisitos de capacitação; melhora na segurança no trabalho e disseminação de novas plataformas de relacionamento entre trabalhador e empregador (CNI, 2016).

E nesse ponto se chega a discussão central do presente artigo, ou seja, a necessidade de modernização e adequação da legislação trabalhista brasileira as novas perspectivas do mundo do trabalho.

5 PRINCIPAIS IMPACTOS JURÍDICOS DA INDÚSTRIA 4.0 NO BRASIL E SUA RELAÇÃO COM A LEI N.º 13.467/2017

O início do trabalho livre e assalariado no Brasil deu-se após a abolição da escravidão no ano de 1888, com a chegada dos imigrantes europeus ao País. Contudo, as condições do meio ambiente de trabalho eram péssimas, iniciando-se as primeiras discussões sobre leis trabalhistas.

Foi apenas no século XIX através da edição do Decreto nº 1.313/1891, que regulamentava o trabalho dos menores de 12 a 18 anos, que as primeiras normas trabalhistas surgiram no Brasil.

Em 1912 foi fundada a Confederação Brasileira do Trabalho, durante o 4º Congresso Operário Brasileiro, com o objetivo de reunir as reivindicações sobre jornada de trabalho de oito horas, fixação do salário mínimo, indenização para acidentes, contratos coletivos, dentre muitos outros.

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira a tratar de Direito do Trabalho, assegurando dentre outros, liberdade sindical, salário mínimo, jornada de oito horas,

repouso semanal, férias anuais remuneradas, proteção do trabalho feminino e infantil e isonomia salarial.

Em 1943, com a necessidade de reunir as normas trabalhistas em um único código nasce a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Com o fim da ditadura em 1985, e a promulgação da Constituição federal de 1988, as conquistas dos trabalhadores foram restabelecidas. (GOVERNO DO BRASIL, 2017)

Após muitos anos de discussão e estagnação legislativa, foi aprovada, sob duras críticas sociais, no ano de 2017 a Lei nº 13.467 popularmente chamada de “Reforma Trabalhista”, alterando grande parte dos dispositivos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho e buscando adequar a legislação trabalhista a nova realidade das relações de trabalho.

Com o avanço das mudanças introduzidas pela Indústria 4.0 no Brasil, diversos dispositivos legais existentes na legislação trabalhista vigente, permaneceram, ou se tornaram obsoletos, gerando a necessidade de revisão e atualização.

Na legislação trabalhista vigente no Brasil, os aspectos que mais foram impactados pela Indústria 4.0 até o momento são, jornada de trabalho; local de trabalho; contratação; incentivos à capacitação; Normas Regulamentadoras e negociações coletivas, sendo percebidas com mais clareza através da figura 4 abaixo.

Figura 4 – Consequências à legislação trabalhista

Consequências à legislação trabalhista brasileira	Impactos na Dinâmica de Trabalho				
	1 Deslocamento da mão de obra	2 Flexibilização	3 Capacitação	4 Segurança no trabalho	5 Plataformas
A Jornada de trabalho					
B Local de trabalho					
C Contratação					
D Incentivos à capacitação					
E Normas Regulamentadoras					
F Negociações coletivas					

Relação muito relevante
 Relação relevante
 Relação pouco relevante

Fonte: Análise ADVISIA OC&C StrategyConsultants

A lei nº 13.467/17 ao modificar pontos fundamentais das relações de trabalho, promoveu alterações que vão ao encontro das exigências do novo cenário

competitivo do mercado mundial, exigindo ajustes rápidos em razão do grande dinamismo tecnológico.

Certo é que a modernização legislativa, foi passo fundamental para que o país diminua o abismo existente entre os novos modelos de mercado e as leis trabalhistas. Contudo, o avanço e adequação devem ser contínuos, sempre primando pelo bem-estar e garantias ao trabalhador, com o objetivo de aumentar a competitividade brasileira no mercado mundial.

Assim, necessário que se faça uma análise quanto aos principais aspectos trabalhistas afetados pela Indústria 4.0, bem como, quais medidas ainda são necessárias para a adequação às novas tecnologias.

5.1 JORNADA DE TRABALHO

Como já demonstrado, a Indústria 4.0 possibilita que os trabalhadores deixem de exercer funções repetitivas durante a jornada de trabalho, uma vez que as novas tecnologias automatizam as funções clássicas.

Assim, havendo automação das atividades predominantemente repetitivas, o trabalhador poderá desempenhar tarefas pontuais, como por exemplo, a inserção dos parâmetros junto ao maquinário no início da linha de produção e o acompanhamento da evolução do trabalho junto a máquina, não necessitando estar fisicamente presente durante as tradicionais oito horas de trabalho diárias. Tal flexibilização, implica que o funcionário esteja disponível em diversos períodos de um mesmo dia de trabalho, conforme demanda de sua função, otimizando o trabalho realizado.

O uso de plataformas digitais também influencia de forma geral a jornada de trabalho. Isso porque, o trabalhador, sabendo das tarefas e do prazo em que necessitam ser realizadas, tem liberdade sobre sua jornada de trabalho.

Salienta-se que, a adequação da legislação acerca da jornada de trabalho é fator decisivo para a implementação das tecnologias inseridas pela Indústria 4.0 no Brasil, uma vez que o processo de automação implica, necessariamente, em flexibilização dos horários em que o trabalhador tem de estar fisicamente junto a empresa.

Outro ponto importante é que, com jornadas de trabalho adequadas à sua função, o trabalhador tem a liberdade de conciliar suas atividades profissionais e pessoais, gerando maior comodidade ao mesmo, que se sentirá mais valorizado, disposto e conseqüentemente será mais produtivo.

A lei nº 13.467/17 promoveu significativas alterações quanto a jornada de trabalho, autorizando por exemplo, que o sistema de compensação de jornada de trabalho seja pactuado através de acordo individual. Ainda, flexibilizou o intervalo intrajornada, o qual pode ser alvo de negociação coletiva, sempre respeitado o limite mínimo de 30 minutos.

Outra mudança significativa quanto a jornada de trabalho, é a possibilidade de acordo individual para jornada 12x36, não necessitando de licença prévia. O trabalho em regime parcial também foi adequado, passando a ser entendido como aquele que não exceda a 30 horas semanais, bem como, a instituição de contrato de trabalho intermitente.

5.2 LOCAL DE TRABALHO

É certo que, em havendo flexibilização e adequação da jornada de trabalho, necessariamente, o local de trabalho também sofrerá mudanças.

A presença física do trabalhador novamente é mitigada, uma vez que, com o *Big Data* e as tecnologias em tempo real, é possível que o mesmo esteja conectado às máquinas, realizando diagnósticos do trabalho feito e do estado em que o equipamento se encontra. Nesse caso a presença física do trabalhador seria necessária apenas em caso de falhas ou para a programação do equipamento.

Segundo pesquisa do CNI 81% dos trabalhadores se interessam pela flexibilização do local de trabalho. Na Alemanha, estudos apontam para a adoção de medidas através da “*Lei das alternativas de jornadas de trabalho*” que, além de favorecer jornadas com horários flexíveis, também incentiva a flexibilização do local de trabalho (BMAS, 2016).

Contudo, tendo em vista que a legislação brasileira anda a passos lentos para a modernização, é necessário que se redobre o cuidado ao rever as questões atinentes a flexibilização de jornada e local de trabalho, sob pena de prejudicar o trabalhador. Salienta-se que todas as mudanças devem respeitar o limite de horário máximo para jornada de trabalho.

Nesse aspecto a principal alteração promovida pela lei nº 13.467/17 diz respeito a possibilidade de realização de teletrabalho ou *home office*, entendido como aquele em que o trabalhador presta seus serviços fora das dependências da empresa, utilizando-se de novas tecnologias de comunicação e informação.

5.3 CONTRATO DE TRABALHO

Com o avanço das novas tecnologias da Indústria 4.0 algumas atividades industriais são drasticamente impactadas. Isso porque, a utilização de sistemas mais complexos e modernos implica na contratação de mão de obra especializada. Algumas dessas plataformas, possibilitam a contratação de profissionais autônomos habilitados a operá-las.

Vale salientar que muitas empresas brasileiras já terceirizam certas atividades, como tecnologia da informação, limpeza, desenvolvimento de software, contabilidade e assessoria jurídica. A realização de parcerias produtivas entre empresas, com a terceirização de certas atividades gera impactos positivos para ambas as partes.

Com isso a terceirização se torna uma estratégia de negócio inerente ao dia a dia das empresas brasileiras, visando aumentar a competitividade junto ao mercado mundial, pois alia as diversas técnicas de produção à grande eficiência e expertise de profissionais específicos.

Nesse sentido, o Brasil evoluiu positivamente com a entrada em vigor das leis nº 13.429/17 e 13.467/17, prevendo expressamente a possibilidade de terceirização de quaisquer atividades, inclusive a atividade principal da empresa. Cumpre salientar, que os dispositivos legais se preocuparam com os direitos dos trabalhadores terceirizados, dispondo expressamente sobre as garantias asseguradas.

Tais alterações ainda instituíram a possibilidade de contratação de trabalhador autônomo, mesmo que com exclusividade e de forma contínua, sem caracterizar a condição de empregado, desde que cumpridas todas as formalidades legais.

5.4 INCENTIVO À CAPACITAÇÃO

Conforme já demonstrado, a falta de mão de obra qualificada já é apontada como um dos principais obstáculos a adoção da Indústria 4.0 no Brasil. Assim, a capacitação de profissionais é imprescindível para evitar a escassez de mão de obra

qualificada para lidar com as inovações tecnológicas, bem como, reduzir o número de “desemprego digital”.

Com relação ao incentivo a capacitação, a reforma trabalhista inovou ao excluir das verbas salariais os valores gastos pelo empregador com educação e qualificação do empregado¹.

Contudo, algumas medidas ainda se mostram necessárias para a efetiva implementação da Indústria 4.0 no Brasil, como o monitoramento das demandas de trabalho e habilidade necessárias, permitindo investimentos na capacitação específica dos trabalhadores para uma realocação eficiente e a existência de cursos de capacitação em horário diverso a jornada de trabalho, dentre outras.

5.5 NORMAS REGULAMENTADORAS DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO (NR's)

As Normas Regulamentadoras (NR) são disposições complementares à legislação trabalhista, que consistem em obrigações, direitos e deveres a serem cumpridos tanto por empregadores como trabalhadores, visando garantir um trabalho seguro e sadio, prevenindo a ocorrência de doenças e acidentes de trabalho.

A elaboração das NR é realizada pelo Ministério do Trabalho e Emprego adotando o sistema tripartite paritário por meio de comissões compostas por representantes do governo, de empregadores e de empregados.

Ocorre que, com o avanço da tecnologia através da robótica, tarefas maçantes e difíceis, capazes de gerar danos ao trabalhador ou acidentes de trabalho, passam a ser realizadas por robôs, excluindo o trabalhador de tais riscos.

Dentre as Normas Regulamentadoras vigentes, podemos citar como as mais impactadas pela Indústria 4.0 a NR12 e NR17. A NR12 dispõe sobre referências técnicas, princípios fundamentais e medidas de proteção para garantir a saúde e segurança física dos trabalhadores, estabelecendo requisitos mínimos para a prevenção de acidentes, nas fases de projeto e de utilização de máquinas e equipamentos.

¹ Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

§ 2o As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).

Já a NR17 dispõe sobre a ergonomia no trabalho, ou seja, estabelece parâmetros que permitam a adaptação das condições de trabalho às características psicofisiológicas dos trabalhadores, de modo a proporcionar um máximo de conforto, segurança e desempenho eficiente.

Porém, ainda que as NR visem a proteção dos trabalhadores, atualmente acabam impedindo que novas tecnologias sejam implementadas junto ao parque fabril. Como exemplo citamos os robôs colaborativos, projetados para interagirem com o trabalhador, dividindo o mesmo espaço físico, possuindo sensores para cessar seus movimentos caso haja risco ao trabalhador. Estas disposições dificultam a adoção de novas tecnologias e acabam impactando de forma negativa os resultados e a produtividade da empresa. (CNI, 2016).

Assim, para que haja harmonia entre a utilização de novas tecnologias e a segurança dos trabalhadores, a legislação brasileira deve ser atualizada, elaborando-se um texto normativo que contemple a interação homem-máquina.

5.6 NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Segundo nos ensina Teixeira Filho (2000), negociações coletivas são modalidades de autocomposição de conflitos trabalhistas, ou seja, as partes envolvidas entram em consenso para resolver o impasse. Tais negociações podem se dar através de acordos ou convenções coletivas.

Por serem ferramentas de negociação entre um grupo de trabalhadores e seus empregadores, sofrem influência de todos os aspectos trabalhistas impactados pelas mudanças proporcionadas pela Indústria 4.0, e se mostram como um instrumento eficaz e útil a adequação das condições de trabalho às novas tecnologias.

Afinal, são os empregados e empregadores que conhecem a sua realidade e tem capacidade para promover adequações benéficas para ambas as partes. Foi-se o tempo da antiga ideologia de que o empregado estava totalmente submetido aos mandos e desmandos do empregador sob pena de perder seu emprego.

Atualmente, os trabalhadores são vistos pelas empresas como colaboradores para um objetivo final, por que cada vez mais os trabalhadores e empregadores estão conscientes de seus direitos e deveres dentro do mundo do trabalho.

Nada mais justo, do que permitir as partes envolvidas que disponham sobre as condições de trabalho dentro das suas necessidades e realidade, desde que cumpridas todas as formalidades legais.

Nesse sentido, o Brasil evoluiu positivamente ao alterar as disposições da CLT através da lei nº 13.467/17, prevendo a prevalência dos acordos e convenções

coletivas, sobre matérias específicas, salvaguardando as questões mais complexas envolvendo por exemplo, o salário mínimo, remuneração do trabalho noturno, dentre outros.

Assim, a valorização das negociações coletivas são ferramenta hábeis e necessárias para a implementação da Indústria 4.0 do Brasil. Através do fortalecimento da relação de confiança entre trabalhadores e empregadores, será possível adequar as condições de trabalho as suas necessidades e realidade de forma harmoniosa e benéfica, sendo fundamental que as negociações coletivas assumam a importância a elas conferida pela Constituição federal da República.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme apresentado até aqui, as pesquisas e estudos acadêmicos, governamentais e industriais acerca do tema Indústria 4.0 ainda estão no início. Ainda não se tem notícia de nenhuma empresa com a total integração sugerida pela Indústria 4.0, mas sim, diversas iniciativas e planos espalhados pelo mundo, a fim de compreender aplicar as mudanças sugeridas.

Apesar da contradição quanto aos números relacionados aos impactos positivos ou negativos gerados pela quarta revolução industrial, há consenso quanto a diferença de efeitos de acordo com cada setor da indústria e atividade profissional.

Certo é que, novos postos de trabalho e profissões serão criados, contudo para evitar o tão temido desemprego digital a qualificação e deslocamento da mão de obra serão imprescindíveis à eficácia das novas tecnologias introduzidas.

As mudanças afetarão diretamente a dinâmica do trabalho e, para que o Brasil esteja preparado para passar por essa transição sem maiores prejuízos, necessário se faz o aprofundamento nas pesquisas e estudos sobre os impactos produzidos e suas possíveis consequências e soluções.

Com isso, é necessário que a legislação trabalhista brasileira seja atualizada, tendo em vista seu histórico de defasagem, primando pelos direitos dos trabalhadores, porém, sem impedir a implementação das tecnologias pelas empresas, afinal, não existe empregado sem empregador.

As adequações e atualizações devem defende-se, em um primeiro momento, se concentrar nos pontos abordados no presente artigo, quais sejam, flexibilização da jornada de trabalho e do local de trabalho, novos meios de contratação, incentivos à capacitação dos trabalhadores, normas regulamentadoras e negociações coletivas.

Apenas através das adequações legislativas, capazes de gerar segurança jurídica tanto para empregados como empregadores, o Brasil terá condições de desfrutar do potencial sugerido pela Indústria 4.0 com resultados líquidos positivos.

Não restam dúvidas de que o avanço tecnológico é o futuro do mundo do trabalho e está diretamente ligado ao crescimento da produtividade e consequentemente da economia, possibilitando que, de forma cautelosa e adequada, todos passem pela quarta revolução industrial de forma positiva.

7 REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Ricardo. “**Inteligência artificial pode trazer desemprego e fim da privacidade.**” *Folha de São Paulo*. Matéria de 2.4.2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/04/1871569-inteligencia-artificial-pode-trazer-desemprego-e-fim-da-privacidade.shtml>>. Acesso em 20 mar. 2019.

Agenda brasileira para a Indústria 4.0. Disponível em <<http://www.industria40.gov.br/>>. Acesso em 20 de mar de 2019.

BOSTON CONSULTING GROUP. **Industry 4.0: The future of productivity and growth in manufacturing industries. BCG Perspectives, 2015a.** Disponível em: <https://www.bcgperspectives.com/content/articles/engineered_products_project_bu_siness_industry_40_future_productivity_growth_manufacturing_industries/>. Acesso em 20 mar. 2019.

CNI – Confederação Nacional da Indústria. **Relações trabalhistas no contexto da indústria 4.0.** – Brasília: CNI, 2017.

CNI. **Desafios para a Indústria 4.0 no Brasil.** Brasília: CNI, 2016a.

Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 20 mar de 2019.

EDWARDS, Paul; RAMIREZ, Paulina. When should workers embrace or resist new technology? **New technology, work and employment**, v. 31, n. 2, p. 99-113, 2016. Disponível em <<https://doi.org/10.1111/ntwe.12067>>. Acesso em 20 mar 2019.

Evolução das relações trabalhistas. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2011/04/evolucao-das-relacoes-trabalhistas>>. Acesso em 20 mar de 2019.

FREY, C. B.; OSBORNE, M. A. **The future of employment: how susceptible are jobs to computerization?** Disponível em: <http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf>. Acesso em 20 mar de 2019.

HERMANN, Mario; PENTEK, Tobias; OTTO, Boris. **Design principles for Industrie 4.0 scenarios. In: System Sciences (HICSS)**, 2016 49th Hawaii International Conference on. IEEE, 2016. p. 3928-3937.

KAGERMANN, Henning et al. **Recommendations for implementing the strategic initiative INDUSTRIE 4.0. Final report of the Industrie 4.0 Working Group.** Forschungsunion, 2013.

Normas Regulamentadoras. Disponível em <<http://trabalho.gov.br/seguranca-e-saude-no-trabalho/normatizacao/normas-regulamentadoras>>. Acesso em 20 de mar de 2019.

ROBLEK, Vasja; MESKO, Maja; KRAPEZ, Alojz. **A complex view of industry 4.0.** **SAGE Open**, v. 6, n. 2, p. 1-11, 2016. Disponível em <<https://doi.org/10.1177/2158244016653987>>. Acesso em 20 mar de 2019.

SCHWAB, Klaus. **The Fourth Industrial Revolution.** Genebra: World Economic Forum, 2016.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima et al. **Instituições de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2000, v. 2, p. 1164.

TESSARINI, Geraldo; SALTORATO, Patrícia. **Impactos da Indústria 4.0 na Organização do Trabalho: Uma Revisão Sistemática da Literatura.** Disponível em <<https://doi.org/10.14488/1676-1901.v18i2.2967>>. Acesso em 20 mar de 2019.

WORD ECONOMIC FORUM. **The future of jobs: employment, skills and work for strategy for the fourth industrial revolution.** [S.l.]: World Economic Forum, 2016.

PUBLICAÇÕES INSTITUCIONAIS

O STALKING E A PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO NA VIOLÊNCIA DE GÊNERO FEMININO¹

João Batista Oliveira de Moura²

1 Artigo apresentado na etapa letiva do Curso de Direito da Universidade de Lisboa (2016-2017).

2 Defensor Público Estadual na Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Especialista em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ex-analista e assessor de Juiz Federal na área criminal; ex-advogado concursado e gerente jurídico da Companhia Riograndense de Telecomunicações. Autor das obras A inquirição da vítima como objeto da prova (Juruá Editora); coautor na obra Lei Antiterrorismo – Lei 13260/2016 Editora Juspodvim); coordenador do livro Dolo, culpa e culpabilidade à luz do Direito Penal Brasileiro e Português (Juruá Editora). Escreveu artigos é conselheiro da Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

Resumo: A compreensão do psiquismo humano talvez seja uma das mais árduas tarefas existentes em sociedade. O *Stalking*, como forma de agressão, destaca-se nesse contexto como um fenômeno há muito existente, consistente em alguém invadir a privacidade de outra pessoa através de mecanismos de perseguição, com o envio de mensagens por telemóvel, e-mails, postagens em redes sociais, cartas ou bilhetes, presença repentina no local de trabalho ou locais públicos, entrega de flores, presentes etc. Esses atos são tendentes a constranger a vítima, causar-lhe inquietação, sofrimento psíquico, medo, baixa da estima e limitação à liberdade de locomoção. O presente estudo busca compreender no âmbito do Direito português se a tipificação da perseguição no art. 154º - A do Código Penal densificou a proteção do bem jurídico tutelado, especialmente em relação ao gênero feminino, ou se somente produziu efeitos simbólicos.

Palavras-chave: *Stalking*. Perseguição. Criminalização. Bem jurídico. Medidas de Coerção

Siglas e abreviaturas

abr.	-	abril
APAV	-	Associação Portuguesa de Apoio à Vítima
CEJ	-	Centro de Estudos Judiciários
cf.	-	confira, confronto
coord.	-	coordenação
CP	-	Código Penal
CRP	-	Constituição da República Portuguesa
dez.	-	dezembro
ed.	-	edição
<i>ibid.</i>	-	mesma obra
IGFEJ	-	Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça
<i>in</i>	-	em
jan.	-	janeiro
jul.	-	julho
jun.	-	junho
mar.	-	março
n.º	-	número
nov.	-	novembro
<i>op. cit.</i>	-	obra citada
out.	-	outubro
p., pp.	-	página, páginas
<i>ratio</i>	-	razão
set.	-	setembro
StGB	-	Strafgesetzbuch (Código Penal)
t.	-	tomo
vol.	-	volume
<i>versus</i>	-	contra

Índice

Introdução	185
1. O <i>Stalking</i> no ordenamento jurídico.....	190
1.1. O crime de <i>Stalking</i> na Convenção de Istambul.....	190
1.2. O crime de <i>Stalking</i> na Legislação Estrangeira.....	191
1.2.1. Estados Unidos da América.....	192
1.2.2. Alemanha.....	194
1.2.3. Áustria.....	194
1.2.4. Itália.....	195
1.2.5. Espanha.....	196
1.2.6. Brasil.....	197
2. A proteção do bem jurídico no crime de <i>Stalking</i> no Direito português.....	199
3. Os elementos constitutivos do <i>Stalking</i>	203
3.1. O Tipo objetivo.....	203
3.2. O tipo subjetivo.....	206
3.3. Da tentativa.....	210
4. A tipificação do <i>Stalking</i> como instrumento de prevenção geral e especialidade.....	212
4.1. O <i>Stalking</i> no âmbito dos crimes de violência doméstica.....	212
4.2. Do procedimento da queixa no crime de <i>Stalking</i>	214
5. A evolução jurisprudencial do <i>Stalking</i> nos Tribunais da Relação de Portugal... 218	
5.1. Acórdãos da Relação de Lisboa.....	218
5.2. Acórdãos da Relação de Coimbra.....	218
5.3. Acórdãos da Relação do Porto.....	219
5.4. Acórdãos da Relação de Guimarães.....	221
5.5. Acórdão da Relação de Évora.....	223
Conclusões.....	225
Bibliografia.....	227

Introdução

A evolução científica que impulsionou o homem a explorar outros planetas, ambicionando habitá-los, contrasta fortemente com involuções socioculturais que até hoje permeiam o pensamento humano em sociedade, pois há uma contradição constante em si mesmo a todo momento. A explicação disso talvez se encontre no fato de a racionalidade e de seu desenvolvimento moral processarem-se em escalas ou etapas, e não de forma linear. Ao mesmo tempo em que evolui a inteligência, calcado em teorias e concepções altamente complexas, vê-se prisioneiro de concepções sociais herdadas de geração a geração, sem critérios de avaliação de elevada consciência, seguindo processos ritualísticos e circulares, automatizados por meio de condutas que não correspondem a de um homem de fato socializado e evoluído.

Esse fenômeno pode ser identificado claramente no contexto relacional, familiar e social da mulher, que por décadas foi subjugada, na maioria das culturas do mundo, como uma componente subsidiária ou subserviente, num processo que remonta ao declínio das sociedades matriarcais³, onde prevaleceu o domínio do homem, cuja opressão à mulher tornou-se fundamento da convivência social, também expressada na subjugação do sexo feminino como objeto.

Dessa relação desigual, surgiram movimentos feministas que, historicamente, têm sua origem reconhecida na Revolução Francesa, com base nas ideias iluministas, como ocorreu no evento da “marcha das mulheres do mercado”, em 5 de outubro de 1789, quando ao lado dos homens dirigiram-se ao Palácio de Versalhes propugnando postulações ao rei⁴.

As ideias iluministas da Revolução de 1789 espalharam-se pelo mundo, contagiando mulheres de diversos países. O dia 08 de março de 1857 passou a ser reverenciado como o dia em que as trabalhadoras da indústria têxtil de Nova Iorque lutaram por melhores condições de trabalho, exigindo redução da jornada de labor e

3 LARA, R. Introdução aos complexos categoriais do ser social. **Em Pauta**, Rio de Janeiro, vol. 13, n.º 36, pp. 269-292, out. 2015.

4 NETO, Renato Drummond Tapioca. **A trajetória do movimento feminista**. Rainha Trágicas. 2012. Disponível em: <<https://rainhastragicas.com/2012/12/18/a-trajetoria-do-movimento-feminista/>> Acesso em: 07 jan. 2018. Vide também: MOLLÈS, Dévrig. Transferencias y luchas culturales transatlánticas: feminismo, librepensamiento y redes masonicas entre Europa y América (1860 – 1910). **Revista de Estudios Históricos de la Masonería Latinoamericana y Caribeña**, Costa Rica, vol. 4, n.º 2, p. 94, dez. 2012.

melhores salários. Apesar de reprimidas pela polícia, suas reivindicações voltaram a ser objeto de luta em 08 de março de 1908, quando novas trabalhadoras inspiradas no movimento também rebelaram-se contra a exploração⁵.

Vários ideais encontram-se acesos e mais sólidos na atualidade. Parte deles são fruto de um processo lento de assimilação social e jurídica que demanda alteração de padrões coletivos. Essa transformação pode ser percebida no Direito Penal quando passa a tipificar condutas que então eram pouco imagináveis de serem individualizadas, mas que impulsionadas pelo pensamento jurídico consolidam-se em normas penais.

Comportamentos do passado, outrora considerados românticos ao senso comum, que legitimavam condutas persistentes na conquista de um afeto não correspondido foram até romantizadas em obras clássicas de Shakespeare. No entanto, determinadas ações, não obstante possam até conotar gestos de lisonja, por vezes, acabam por ultrapassar a tênue linha que separa os “afetos culturalmente aceite e, do outro, o assédio e a perseguição de caráter intrusivo”⁶.

Nesse cenário, surge o *Stalking* como fenômeno socialmente reconhecido por várias áreas das ciências, a médica, psicológica, psiquiátrica e a jurídica, e que tem ganho atenção redobrada por vários especialistas em face dos contornos de riscos que as condutas que o integram envolvem à vítima, como prenúncio, às vezes, de um final trágico que evoluiu num contexto relacional de dominação, controle e poder, que comumente é verificado na violência de gênero⁷.

O termo *Stalking* não encontra correspondente linguístico no português, tendo origem, no entanto, na língua inglesa no verbo *Stalk*, ou seja, o ato de “perseguir ou aproximar-se furtivamente”⁸. Cabe de já referir, que ao longo desta investigação empregar-se-á o termo *Stalking* em sintonia ao crime de perseguição esculpido no artigo 154º-A do Código Penal português.

O *Stalking* consiste em forma de violência através da qual o indivíduo invade a esfera de privacidade da vítima por meio de insistentes táticas de

5 MOLLÉS, 2012, p. 94.

6 GRANGEIA, Helena; MATOS, Marlene. Da invisibilidade ao reconhecimento do stalking. In: SANI, Ana Isabel Martins (coord.). **Temas em vitimologia**: realidades emergentes na vitimização e respostas sociais. Coimbra: Almedina, 2011, p. 64.

7 WHITE, Jaquelyn (et al.). An Integrative Contextual Developmental Model of Male Stalking. In: DAVIS, K. E.; FRIEZE, I. H.; MAIURO, R.D. (eds.). **Stalking**: perspectives on victims and perpetrators. New York: Springer Publishing, 2002, pp. 163-185.

8 Cf. Oxford Dictionary. OXFORD DICTIONARY. Disponível em: <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/stalk>> Acesso em: 08 jan. 2018.

perseguição, cujos meios são variados, como o envio de mensagens por telemóvel, *e-mails*, postagens em redes sociais⁹, cartas ou bilhetes, presença repentina no local de trabalho, perseguição em locais públicos, entrega de flores, presentes etc. Esses atos são tendentes a constranger a vítima, causar-lhe inquietação, sofrimento psíquico, medo, baixa da estima e limitação à liberdade de livre locomoção¹⁰.

Geralmente associado ao término de uma relação, as vítimas connexionam as condutas do *stalker* a uma tentativa de reaproximação, reconciliação, “vingança, possessividade, ciúme, intimidação, manobras para ver os filhos”, bem como fruto resultante de doença psíquica. A “teoria da vinculação” seria outra explicação para o comportamento *stalker*, cuja dependência emocional do agressor representa, dentre outros, um fator de dificuldade para o término da relação¹¹.

Um caso de *Stalking* conhecido internacionalmente na literatura e na mídia é o da tentativa de assassinato do Presidente Reagan por John Hinckley Jr., na tarde de 30 de março de 1981, em Washington, em que foram disparados seis projetis contra o Presidente, os quais atingiram apenas seu secretário de imprensa James Brady, que veio sofrer lesões cerebrais. A tentativa de assassinato do Presidente foi o ápice de um processo obsessivo da parte de Hinckley que se iniciou ao assistir ao filme “Taxi Driver” de 1976, onde a atriz Judie Foster interpretava uma criança prostituta, quando a partir de então passou a persegui-la¹².

Hinckley foi levado a julgamento, mas foi absolvido por insanidade mental¹³. Em face dessa decisão, instauraram-se protestos públicos, tendo o Congresso norte-americano promulgado o “Ato de Reforma da Defesa de

9 Cf. Matos e Felipa, cujo estudo singular revela que 62% dos adolescentes em Portugal relataram ter sido vítimas de cyberstalking, sendo 53,5% do sexo feminino. PEREIRA, Felipa. Cyber-Stalking Victimization: What Predicts Fear Among Portuguese Adolescents? **European Journal on Criminal Policy and Research**, vol. 22, n.º 2, pp 253–270, jun. 2016. Disponível em: < <https://link.springer.com/article/10.1007/s10610-015-9285-7> > Acesso em: 01 jul. 2018.

10 Sobre a definição de *Stalking*, cf.: COELHO, Cláudia; GONÇALVES, Rui Abrunhosa. Stalking: uma dimensão da violência conjugal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano17, n.º 2, pp. 271-274, abr./jun. 2007.

11 *Ibid.*, p. 285.

12 ALTMAN, Sheryl. The brilliance of Jodie Foster, **Biography**, vol. 3, n.º 11, p. 46, nov. 1999.

13 Cf. STOREY, HART e MELOY, cujo estudo concluiu inexistir uma relação direta do comportamento *stalker* com a psicopatia. STOREY, Jennifer E.; HART, Stephen D.; MELOY, J. Reid. Psychopathy and Stalking. **Law and Human Behavior**, vol. 33, n.º 3, pp. 237-246, jun. 2009.

Insanidade” em 1984, que tinha por efeito deslocar o ônus da prova do “impulso irresistível” da acusação para a defesa¹⁴.

Outro caso de *Stalking* famoso foi o do assassinato da atriz Rebecca Scheffer, ocorrido em julho de 1989, morta a tiros na portaria do prédio onde morava por Robert John Bardo, o qual a perseguia desde 1986¹⁵.

Uma das características das condutas de *Stalking* é o fato de serem intencionais e dirigidas a uma pessoa determinada. No geral, são praticadas em mais de uma oportunidade, mas sua duração pode variar. Além disso, possuem a aptidão de causar um “sentimento de permanente inquietação e medo”, seja em relação a própria vítima ou a terceiros, o que acaba por limitar sua liberdade pessoal, sexual ou patrimonial¹⁶.

Antes da tipificação do crime do *Stalking*, através da Lei nº 83, de 05 de agosto de 2015, vários atos de perseguição praticados em um contexto de violência doméstica somente eram reconhecidos pelos Tribunais com base em tipos penais autônomos, deixando-se impunes outras condutas que, no seu conjunto, eram tão ou mais danosas à integridade física ou psíquica das vítimas.

O objeto da presente investigação terá por foco justamente interpretar o antes e o depois da criminalização, ou seja, se tipificação do crime de *Stalking* teve o condão de densificar a proteção do bem jurídico tutelado pela norma, a integridade física e psíquica no âmbito da violência de gênero feminino, ou se tão somente produziu efeitos simbólicos, propugnando-se nesta última hipótese soluções.

Cabe referir, que se justifica a escolha pelo gênero feminino, tendo em conta as estatísticas demonstrarem que apenas em 2014 a Associação Portuguesa de Assistência à Vítima (APAV) registrou 341 queixas por *Stalking*, no geral 82 % são mulheres e 17% homens¹⁷. Além desse fator estatístico, estudo realizado em

14 ALTMAN, *op. cit.*, p. 46.

15 GARGIULLO, Bruno Carmine; DAMIANI, Rosaria. **Lo stalker, ovvero il persecutore in agguato: classificazioni, assessment i profili psicocomportamentali**. Milano: Franco Angeli, 2016, pp. 7-10. Segundo Schlesinger, matar o objeto de afeto é algo paradoxal, embora não seja incomum. Cinquenta por cento das vítimas de homicídio são conhecidas, amigos ou parentes do *stalker*, e 1/3 (um terço) são praticados por maridos ou namorados. Noutras situações, vítima e agressor sequer se conheciam, como no caso de Schaeffer. SCHLESINGER, Louis B. *Stalking, Homicide, and Cathartic Process: a case study*. **International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology**, vol. 46, n.º 1, p. 69, 2002. Disponível em: <<http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0306624X02461005>> Acesso em: 29 jun. 2018.

16 SANTOS, Bárbara Fernandes Rito. **Stalking: parâmetros de tipificação e o bem jurídico da integridade psíquica**. Coimbra: Editora, 2017, pp. 19-20.

17 LEITE, Inês Ferreira. **Stalking: a propósito da violência no contexto da intimidade**. Disponível em: <https://prezi.com/hc5o0j4wkvue/stalking/?utm_campaign=share&utm_medium=copy> Acesso em: 09 mar. 2018. Cf. dados estatísticos também em: PORTUGAL. **Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV)**.

2015 revelou que as vítimas do sexo feminino apresentam impacto sobre sua saúde mental superior às vítimas masculinas¹⁸. Em 2016 foram 412 registros, sendo 90% do sexo feminino¹⁹. Em 2017 foram 422 registros por *Stalking*, cuja prevalência foi de 88,9 % em relação ao sexo feminino²⁰.

Justificada a opção pelo gênero feminino, cabe referir que será contextualizado o crime de *Stalking* desde a Convenção de Istambul até sua integração e tipificação no ordenamento jurídico Português, analisando-se os reflexos relacionados à pena em abstrato ao *Stalking* frente a pena cominada ao crime de violência doméstica. No mesmo contexto, buscar-se-á identificar quanto ao tipo objetivo e subjetivo qual a interpretação dos Tribunais no tocante à comprovação dos elementos objetivos e subjetivos do tipo.

A metodologia no desenvolvimento do trabalho a ser utilizada será a análise jurídico-doutrinária e interdisciplinar ao Direito, nacional e estrangeira, e o estudo de Acórdãos dos Tribunais da Relação de Portugal, sobre a base de dados do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça I.P. (IGFEJ), através da pesquisa livre pelas palavras “perseguição” e “stalking”, do ano de 2015 (inclusive) até 2018. A opção pelo ano de 2015 é decorrente do aditamento do artigo 154º-A do Código Penal, pela Lei 83/2015 de agosto, ao artigo 154º.

Disponível em: < https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_Relatorio_Anual_2014.pdf> Acesso em: 26 jun. 2018.

18 MATOS, Marlene. **Stalking**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários (CEJ), dez. 2016, p. 42. Disponível em <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_Penal_ProcessualPenal.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2018.

19 O termo “sexo feminino” é correspondente ao utilizado pela APAV.

20 PORTUGAL. **Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV)**. Disponível em:< https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_Relatorio_Anual_2014.pdf> Acesso em: 26 jun. 2018. Cf. Matos (et. al), cujo estudo destaca que na literatura internacional associa-se o maior risco de vitimação ao sexo, estado civil e idade. Assim, mulheres jovens, solteiras, separadas ou divorciadas integram-se em número maior os potenciais vítimas de *Stalking*. MATOS, Marlene (et. al). **Inquérito de Vitimização por Stalking**: relatório de investigação. Minho: Universidade do Minho, 2011, p. 48. Disponível em:< <http://www.stalking-sp.com> > Acesso em: 29 jun. 2018.

1 – O *Stalking* no ordenamento jurídico

1.1. O crime de *Stalking* na Convenção de Istambul

A Convenção do Conselho da Europa para Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres²¹ entrou em vigor em 1º de agosto de 2014, sendo o primeiro instrumento normativo que vinculou os Estados signatários a adotarem medidas de prevenção e combate à violência doméstica da Europa, propondo que além da proteção das vítimas que seus autores fossem processados criminalmente e julgados²².

Vários fatores de valor social e histórico foram objeto de debate e análise na elaboração do documento. Entre eles podem ser referidos a necessidade de reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres como instrumento de prevenção à violência contra as mulheres e as históricas relações de poder desiguais entre homens e mulheres, geradoras de dominação, discriminação, subordinação e violência física e sexual a que as mulheres estão expostas, seja no âmbito doméstico, social ou de conflitos armados.

Segundo Sottomayor²³, a Convenção do Conselho da Europa refletiu um avanço “ideológico e simbólico na teorização da violência contra as mulheres”, ultrapassando a neutralidade da linguagem de gênero no âmbito da legislação nacional, impotente no reconhecimento de que as mulheres são o principal foco da violência em família. O fato de reconhecer que os homens também são vítimas de violência acabou por reforçar a enorme desproporção em relação à violência de gênero feminina.

Esse paradigma pode de ser observado nitidamente quanto ao crime de perseguição, para o qual a Convenção trouxe previsão específica no artigo 34º, com referência expressa ao ato de “ameaçar repetidamente outra pessoa, fazendo-a temer pela sua segurança”. Destaca-se que não tendo o dispositivo feito referência

21 CONSELHO DA EUROPA. **Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres**. Istambul, 2011. Disponível em <<https://rm.coe.int/168046253d>> Acesso em: 09 jan. 2018.

22 SANTOS, 2017, pp. 35-36.

23 SOTTOMAYOR, Maria Clara. A convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de gênero. **Ex aequo**, Lisboa, n.º 31, p. 106, jun. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-55602015000100009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 12 mar. 2018.

quanto ao gênero da vítima do *Stalking* poderá figurar como seu sujeito passivo tanto o homem ou a mulher.

Intimamente relacionado ao artigo 34º está o artigo 49º da Convenção de Istambul. Intitulado de “obrigações gerais”, a norma prevê que os signatários adotem dispositivos internos, em conformidade com os direitos fundamentais, dirigidos à operacionalização investigatória, processual e de proteção às vítimas de violência doméstica. A referência à observância dos direitos fundamentais importa que, entre outros aspectos, também se observem as garantias ao direito de defesa, como substrato do devido processo legal.

A efetiva e integral proteção às vítimas exige o implemento de medidas prévias ao processo criminal. Antevendo essa necessidade o artigo 50º recomenda que os Estados adotem em suas legislações medidas de cunho processual cautelar, de prevenção e de recolha de provas, de maneira a garantir a efetividade final do processo criminal.

Nesse contexto, foi de suma importância a previsão contida no artigo 51º da Convenção, ou seja, a “avaliação e gestão de riscos” como instrumento preventivo aos crimes de *Stalking* e violência doméstica. É notório e reconhecido que, na maioria das vezes, fatores de ordem psíquica afetam os agressores, e que se não acompanhados por profissionais habilitados, da área da saúde e das polícias, manterão as vítimas em constante temor mental, ante a recidiva da agressão²⁴.

1.2. O crime de *Stalking* na legislação estrangeira

Apesar de o crime de *Stalking* ter um eixo comum de condutas, sofre variações nas legislações dos diversos países que o tipificam, fator que se liga a questões de ordem multicultural que afetam a forma como cada legislador o trata. Assim, sem a pretensão de um estudo de Direito comparado, que demandaria a análise do fenômeno além do ponto de vista normativo, mas também sociológico e cultural, far-se-á uma abordagem meramente descritiva relativamente aos Estados Unidos da América, Alemanha, Áustria, Itália, Espanha e Brasil.

24 Cf. Johnson, Ollus e Nevala, para os quais as vítimas de *Stalking* necessitam proteção adicional (especial) ante a possibilidade de recidiva da agressão, diferenciando-as de outros tipos de vitimização. JOHNSON, H.; OLLUS, Natalia; NEVALA, Sami. **Violence against women: an international perspective**. New York: Springer, 2008, pp. 167-182.

Justifica-se a escolha dos cinco primeiros por se destacarem, do ponto de vista normativo, no tratamento do tipo *Stalking* antes de Portugal, cujas experiências poderão revelar aspectos de relevo ao presente estudo a serem considerados quanto aos efeitos da tipificação. Quanto ao Brasil, o aspecto seletivo liga-se à relevância pontual no tratamento das medidas de coerção nos procedimentos cautelares já previstos na Lei Maria da Penha e antevistos à vindoura tipificação do crime de perseguição, conforme será esposado mais adiante.

1.2.1. Estados Unidos da América

O Estado da Califórnia em 1991 foi o primeiro a criar uma lei *antistalking* em seu ordenamento jurídico-penal. Até 1993 os demais Estados americanos acabaram por introduzir seus próprios dispositivos sobre o tema. No entanto, no intuito de tornar o regramento uniforme aprovou-se um Código *Antistalking*, que foi altamente criticado, tendo em vista os termos utilizados nas elementares do tipo serem considerados imprecisos e extremamente subjetivos²⁵.

Analisando-se a estrutura normativa estadunidense, observa-se que não há descrição de uma ação típica, indicando ser necessário que se realize um “curso de conduta”, definido como mais de uma conduta a ser executada em, pelo menos, duas ocasiões, podendo consistir em ameaças verbais. Além disso, o tipo não exige que os incidentes sejam de natureza ilegal ou configurem em si crimes, devendo estarem inseridos num conjunto de ações, circunstância que a nosso ver revela-se de maior eficácia na medida em que o bem juridicamente tutelado recebe uma blindagem extra em face da multiplicidade de condutas que podem afetar a esfera psíquica das vítimas. Por sinal, antes da introdução da lei, um dos principais problemas enfrentados pela acusação era que a intervenção judicial só era possível se o perseguidor cometesse uma conduta prevista como crime²⁶.

Quanto ao tipo subjetivo, o legislador americano entendeu por bem abranger tanto o dolo direto como o eventual. Assim, o agressor deve agir sabendo ou podendo saber que sua conduta causará um “temor razoável”, lesão ou morte contra a vítima, o que difere em parte da legislação portuguesa, como adiante será

25 BALLESTEROS, Patricia Tapia. *El nuevo delito de acoso o Stalking*. Barcelona: Wolters Kluwer, 2016, pp. 52-53.

26 FINCH, Emily. *Stalking the Perfect Stalking Law: An Evaluation of the Efficacy of the Protection from Harassment Act 1997*. *The Criminal Law Review*, set. 2002, pp. 703-718.

visto, deixando margens de dúvida quanto à figura do dolo eventual. De qualquer forma, destaca-se um intento de parte do legislador estadunidense no sentido de uma maior proteção às vítimas de *Stalking*, impondo um dever de cuidado que, não se olvida, traz complexidades quanto à matéria probatória.

Relativamente ao polo passivo do bem jurídico protegido, o Tribunal de Apelação firmou posição no sentido de que o curso de conduta do agressor deverá causar medo real à vítima e não hipotético ou generalizado. Trata-se de um vetor de interpretação que exigia na prática, por parte do agressor, compreensão quanto à capacidade individual da vítima de enfrentamento às condutas de perseguição.

Essa vagueza conduziu a uma subjetividade que foi fortemente criticada. No intento de criar-se balizas objetivas de interpretação, tem-se buscado uma concepção de temor da vítima baseada na ideia de um padrão espelhado na figura do homem médio, estabelecendo-se, assim, um *standard* mínimo valorativo. No entanto, o problema ainda reside em como identificar o temor sob o ponto de vista subjetivo da vítima, na medida que se trata de um estado psíquico, ou seja, de elementos internos de difícil aferição²⁷.

Em 2007, o Centro Nacional de Vítimas do Crime estadunidense criou o *The Model Stalking Code Revisited: responding to the new realities of stalking*, que foi elaborado a partir de estudos criminológicos baseados em mais de dez anos da vigência do *Model Code*²⁸. Trata-se de documento destinado a ser usado pelos Estados americanos como um guia de interpretação à legislação, bem como a eventuais mudanças na própria legislação interna de cada Estado²⁹. Pelo documento propõe-se uma definição jurídica objetiva da conduta no *Stalking*, ou seja, como a realização intencional e consciente de uma conduta, dirigida a uma pessoa específica, poderá causar-lhe *razoável medo* ou o acometimento de uma *angústia emocional*³⁰.

O documento revela-se na verdade de um modelo de imputação subjetiva dolosa de difícil assimilação por países que adotam um sistema penal com base no

27 FINCH, 2002, p. 54.

28 BALLESTEROS, 2016, p. 54.

29 UNITED STATES OF AMERICA. **The Model Stalking Code Revisited**. Disponível em: <<https://victimsofcrime.org/docs/default-source/src/model-stalking-code.pdf?sfvrsn=12>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

30 BALLESTEROS, *op. cit.*, p. 54.

Direito Greco-românico, onde a culpa jurídico-penal exige a comprovação penal do elemento subjetivo que liga a ação ao resultado.

1.2.2. Alemanha

O *Nachstellung* foi tipificado no ordenamento germânico em 2007, no § 238 do Capítulo 18 do Código Penal Alemão, na parte dedicada aos crimes contra a liberdade pessoal. Trata-se de crime cuja ação penal é de natureza privada, salvo quando a autoridade judicial considere a predominância do interesse público, hipótese em que a ação será instaurada independente de iniciativa da vítima³¹.

O ponto de crítica ao modelo alemão reside na ausência de concretude quanto aos atos que integram a ação criminosa, tendo em vista que apenas enumera exemplificativamente as condutas que podem configurar a perseguição, tais como “buscar proximidade espacial, intentar estabelecer contato através de meios de comunicação ou de um terceiro”³².

Quanto à modalidade de execução exige-se para configuração do tipo que haja *ausência de autorização* pelo ofendido à proximidade e que os atos se operem de *modo insistente*. Dessa forma, o consentimento por parte do sujeito passivo é causa de atipicidade da conduta³³. O parágrafo 238 ainda exige que da conduta resulte uma alteração no cotidiano de vida da vítima, a tal ponto que esta não “possa viver como antes”. Assim, a consumação do delito dependerá do sujeito passivo, ou seja, da capacidade mental e física de enfrentamento aos atos de perseguição³⁴.

1.2.3. Áustria

O Código austríaco tipifica a conduta do *Stalking* como a perseguição perseverante e tenaz. Por perseverança deve ser entendida a prática de determinados atos, por significativo tempo, tais como manter proximidade física, contatos por meios de telecomunicação variados, entre outros. Aspecto importante

31 BALLESTEROS, 2016, p. 55.

32 *Ibid.*, p. 55.

33 ESTIARTE, Carolina Villacampa. **Stalking y Derecho Penal**: relevância jurídico-penal de una nueva forma de acoso. Madrid: Iustiel, 2009, p. 176.

34 BALLESTEROS, *op. cit.*, p. 56.

do sistema austríaco reside no fato de que as hipóteses fáticas do tipo são *numerus clausus*, não admitindo outras formas de interpretação.

A esse respeito deve ser considerado que uma certa margem de elasticidade na interpretação do tipo se faz necessária, ante as multiplicidades das circunstâncias fáticas no mundo real, bem como da evolução dos próprios meios de comunicação aptos a causar constrangimento à liberdade de autodeterminação das vítimas de *Stalking*. Por sinal, o legislador português imprimiu essa característica na formatação legislativa por ocasião de criminalização do *Stalking*, por entender não se tratar de um tipo de resultado, mas de mera conduta.

Portanto, no modelo austríaco haverá incidência típica quando a ação persecutória seja apta a prejudicar ou alterar o modo cotidiano de vida da vítima, sem que efetivamente isso tenha ocorrido³⁵.

1.2.4. Itália

O Código Penal Italiano prevê o crime de perseguição no artigo 612 *bis*, no Capítulo III do Título XII do Livro II. A ação típica tem como elementares a “realização reiterada de ameaças ou condutas de assédio” capazes de causar um estado duradouro de “ansiedade”, “medo” ou risco de afetação da integridade física da vítima ou de outrem ligado a ela por relações de afeto, alterando seu costume ou modo de vida. A descrição típica é de relativa indeterminação, pois emprega o termo assédio de forma genérica, sem uma definição concreta de seu significado, limitando-se à descrição do resultado que poderá advir da conduta³⁶.

O artigo 612 *bis* prevê, ainda, um sancionamento penal maior quando o agente ativo seja “cônjuge legalmente separado ou divorciado ou uma pessoa que estivesse ligada por relação afetiva ao ofendido”³⁷. Além de um agravamento da pena quando se trate de vítima menor, mulher grávida ou incapaz³⁸.

Estudos realizados no âmbito do Direito italiano concluíram que houve um aumento significativo, após a criminalização em 2009, da proteção às vítimas, bem

35 BALLESTEROS, 2016, p. 56.

36 *Ibid.*, p. 58.

37 TIGANO, Simona. Atti persecutori e maltrattamenti nei confronti degli ex: dall'introduzione del delitto di stalking alla recente legge n. 172 del 2012. *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Milano, vol. 42, n.º 1, pp. 350-375, jan./mar. 2013.

38 BALLESTEROS, *op. cit.*, p. 58.

como das pesquisas sobre o tema, além de uma maior conscientização da polícia, magistrados, associações e meios acadêmicos. Além disso, serviu como instrumento de “limitação da interferência ilícita na privacidade das pessoas”³⁹.

1.2.5. Espanha

O Código Penal Espanhol⁴⁰ possui modalidades de assédio (acoso) que não devem ser confundidas com o *Stalking*. O artigo 183, “bis” e “ter.”, traz as hipóteses típicas do Ciberassédio sexual contra menores (online child grooming), destinando-se à proteção dos menores em âmbito digital. O Assédio Sexual (acoso sexual), por sua vez, está previsto no artigo 184 do Código Penal, na parte que trata dos Crimes contra a Liberdade Sexual.

Destaca-se que o legislador Espanhol, consciente da necessidade de uma resposta às condutas que configuram o *Stalking*, acresceu ao artigo 172 do Código Penal o inciso nº 3. Nesse tocante, releva observar da Exposição de Motivos do Anteprojeto de Lei, que fica claro que a tipificação do delito tinha em mente fornecer uma resposta a condutas graves que anteriormente não podiam ser “qualificadas como coações ou ameaças”⁴¹.

Assim, o tipo que visa a proteção do bem jurídico *liberdade* abarca condutas que, mesmo não havendo a intenção de causar danos ou a intenção de, por meio da violência direta, restringir a liberdade da vítima, são capazes pela reiteração de restringir a liberdade ou sentimento de segurança da vítima⁴².

Portanto, a extensão da proteção do bem jurídico que passou a ser adotado pelo legislador italiano é significativamente ampla, pois tem como elemento

39 DE FAZIO, L. Criminalization of stalking in Italy: One of the last among the current European member states' anti-stalking laws. **Behavioral Sciences & the Law**, vol. 29, n.º 2, pp. 321-324, mar./abr. 2011. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/bsl.983>> Acesso em: 30 jun. 2018. Cf. Maran, revelando em pesquisa que no âmbito italiano 25,5% dos estudantes universitários foram vítimas de *Stalking* em algum momento, sendo a maioria entre eles mulheres. MARAN, Daniela Acquadro (et al). Stalking Victimization among Italian University Students. **Gender & Behaviour**, vol. 12, n.º 3, pp. 6070-6079, jun. 2014. Disponível em: <search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=a9h&AN=97094849&lang=pt-br&site=eds-live> Acesso em: 01 jul. 2018.

40 ESPANHA. **Código Penal Espanhol**. Disponível em: <<http://www.boe.es/legislacion/codigos/>>. Acesso em: 23 fev. 2018.

41 BALLESTEROS, 2016. pp. 124-128.

42 *Ibid.*, pp. 124-128.

do tipo uma conduta apta a afetar a integridade psíquica da vítima, circunstância que acarreta problemas de interpretação no âmbito probatório, haja vista o grau de subjetividade que remanesce ao julgador. Não obstante, a inovação legislativa trouxe como aspecto positivo o fato de passar a abranger condutas que não estavam enquadradas num contexto relacional em que a vítima fosse esposa, tivesse alguma espécie de relacionamento afetivo, com ou sem convivência, conforme se extrai do inciso nº 3.

1.2.6. Brasil

No Brasil o *Stalking* não é considerado crime e sim contravenção penal prevista no artigo 65 do Decreto-lei n.º 3.688/41, cujo tipo consiste em “Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável: Pena prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa”.

Atualmente tramita o Projeto de Lei nº 5419/2009⁴³ na Câmara dos Deputados para acrescentar o artigo nº 146-A ao Código Penal da figura da “perseguição insidiosa”, cuja conduta típica consiste em “Perseguir alguém de maneira insidiosa, causando danos à integridade material ou moral da vítima e restringindo a sua locomoção ou forma de vida”. A pena prevista é de um a quatro anos de reclusão, além da imposição de ordem de manter distância da vítima, caso necessário, ou multa. O bem jurídico tutelado é a privacidade e a tranquilidade da vítima.

O Projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça em 23 de março de 2010, encontrando-se pronto para votação em plenário. Diferentemente do Direito português, é possível no Direito brasileiro que, antes mesmo do término da ação penal, sejam impostas medidas de coação para fins de afastamento do arguido da vítima. Esse o teor do artigo 319, inciso III, do Código de Processo Penal⁴⁴, possibilitando ao magistrado a imposição de medidas cautelares de tal natureza, que se descumpridas poderão acarretar a prisão do agressor.

43 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5419/2009**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=438638>> Acesso em: 11 mar. 2018.

44 BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm> Acesso em: 11 mar. 2018.

No modelo brasileiro, a imposição de medidas cautelares já vem prevista nos crimes de violência doméstica, tratado pela chamada Lei Maria da Penha⁴⁵, sendo instrumento processual relevante na proteção da integridade física e psíquica da vítima, tendo em conta a delonga da investigação e processamento do arguido, que não raras vezes reitera os atos de agressão.

O legislador português, diferente do brasileiro, obrou em equívoco ao deixar de antever essas medidas ao *Stalking*, circunstância que representa um dos maiores problemas a serem destacados a partir da criminalização das condutas de perseguição pelo Código Penal lusitano, o que será abordado em seguida com maior detalhamento.

Portanto, o que se pode inferir da tipificação do *Stalking* nos países suprarreferidos é que os modelos não diferem tanto entre si, mas têm em comum problemas similares quanto às elementares típicas objetivas e subjetivas, especialmente quanto ao aspecto volitivo do sujeito ativo (dolo), em tratar-se ou não de um crime de mera conduta, e quanto ao resultado da conduta. Não obstante, somente um estudo de Direito comparado, apto a verificar estatisticamente os resultados após sua tipificação naqueles países é que poderia revelar os efeitos reais no âmbito social no que tange a maior ou menor proteção ao bem jurídico tutelado, em síntese: a integridade física e psíquica da mulher, maior vulnerável nesse contexto⁴⁶.

45 BRASIL. Lei 11.340/06. (Lei Maria da Penha). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm> Acesso em: 23 jun. 2018.

46 Cf. Matos (et al.), para quem o gênero, como mecanismo social, associa-se à ideia de fragilidade, delicadeza e indefesa, enquanto a masculinidade pressupõe a “bravura, força e moderação nas manifestações emocionais. Tais circunstâncias, a seu ver, contribuem para a construção de experiências diferenciadas do medo para homens e mulheres, tornando o *Stalking* um fenômeno mais percebido por estas últimas. MATOS, Marlene (et. al.). Vitimização por Stalking: preditores do medo, **Análise Psicológica**, Lisboa, vol. 30, n.º 1-2, p. 171, 2012.

2. A proteção do bem jurídico no crime de *Stalking* no Direito português

Após a criminalização do *Stalking* no artigo 154º-A do Código Penal, pela Lei nº 83/2015, de 05 de agosto, nasce o questionamento, ao nível criminológico, se o tipo perseguição, nos moldes em que foram estruturados seus elementos típicos, teve o efeito de densificar a proteção ao bem jurídico tutelado ou produziu efeitos meramente simbólicos.

Na presente investigação, conforme previamente anunciado, o estudo terá por foco o gênero feminino, em face do qual o grau de afetação é proporcionalmente superior ao gênero masculino. Para tanto é preciso compreendermos o sentido de bem jurídico, a forma como o *Stalking* era tratado antes e depois de sua criminalização pelos Tribunais, bem como os níveis estatísticos de recorrência social. Respostas relevantes no plano da prevenção geral positiva e negativa⁴⁷.

A complexidade das relações humanas, o desvirtuamento ético e moral do homem em sociedade e a intolerância somadas a aspectos de ordem psicológica, psiquiátrica e neurológica talvez sejam os principais vértices de incremento da violência em coletividade. A necessidade de o Direito percorrer caminhos que alcançam conhecimentos interdisciplinares é uma realidade da qual o operador jurídico não pode mais adiar. Nesse contexto, o *Stalking* aparece como uma tipologia de crime que exige para sua compreensão, por parte do jurista, conexionar-se com variadas áreas do conhecimento.

Estabelecer uma fronteira entre os bens que devem ou não serem criminalizados é uma tarefa hercúlea ao legislador. Para o Direito Penal a definição de bem jurídico tem pouso certo na identificação de seu núcleo essencial, ou seja, o bem da vida cuja integridade interessa ao indivíduo e à coletividade como um todo,

47 Nesse sentido o Acórdão nº 1452/09.9PCCBR,C1, de 10 março 2010, do Tribunal da Relação de Coimbra: “Pela prevenção geral (positiva) faz-se apelo à consciencialização geral da importância social do bem jurídico tutelado e pelo outro no restabelecimento ou revigoramento da confiança da comunidade na efectiva tutela penal dos bens tutelados; pela prevenção especial pretende-se a ressocialização do delincente (prevenção especial positiva) e a dissuasão da prática de futuros crimes (prevenção especial negativa)”. PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão nº 1452/09.9PCCBR,C1, de 10 março 2010. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 23 fev. 2018.

“objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como bem valioso”⁴⁸.

Uma das primeiras concepções de bem jurídico, de matiz individualista, com substratos de cunho eminentemente liberais, passou a identificar bem jurídico com os “interesses primordiais do indivíduo, nomeadamente a sua vida, o seu corpo, a sua liberdade e o seu patrimônio”. Não tardou para a doutrina identificar, a partir da segunda metade deste século, o bem jurídico com base em um **conceito metodológico**, de raiz “exasperadamente normativista”. Por esta concepção os bens jurídicos são encarados como “fórmulas interpretativas dos tipos legais de crime”, ou seja, a compreensão do sentido e fim das normas são “abreviaturas do pensamento teleológico”⁴⁹.

Figueiredo Dias⁵⁰ considerava que por esta compreensão a interpretação da norma perdia a ligação teleológico político-criminal, “deixando de ser um padrão crítico de aferição da legitimidade de criminalização”. Uma concepção de bem jurídico puramente hermenêutica, representa um “esvaziamento de conteúdo e a sua transformação num conceito legal-formal” sem utilidade à “interpretação teleológica da norma”. Por sua vez, nas palavras de Farias da Costa⁵¹, “O bem jurídico é um pedaço da realidade, olhado sempre como relação, com densidade axiológica a que a ordem jurídico-penal atribui dignidade penal”.

Consideradas essas premissas, a concepção de bem jurídico que ora se apoiará este trabalho fundar-se-á na “concepção teleológico-funcional e racional do bem jurídico”⁵², ou seja, a exteriorização de interesse de um indivíduo ou comunidade, diretamente ligado à integridade do Estado, cujo bem tutelado é socialmente relevante e por isso digno de proteção.

Disso decorre que o bem jurídico passível de proteção pressupõe esteio na ordem constitucional, cujos parâmetros se sobrepõem às normas infraconstitucionais, autorizando definir determinadas condutas como crime⁵³. Logo,

48 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. t. 1, p. 114.

49 DIAS, J.F., pp. 115-116.

50 *Ibid.* p. 116.

51 COSTA, José Faria. *Noções Fundamentais do Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora. 3ª ed., 2012, p. 164.

52 DIAS, J.F., 2011, pp. 116, 118 e 154.

53 Cf. Palma, para quem a incriminação de uma conduta “<...> tem de ser indispensável para promover a defesa de bens jurídicos essenciais (princípio da necessidade), a conduta incriminada deve possuir ressonância ética negativa (princípio da culpa) e a criminalização,

o bem jurídico passível de merecimento de proteção pela ordem jurídica deve estar no seio da ordem constitucional, além de ter relevância social, ou seja, deve ser fundamental tanto ao indivíduo como à sociedade (art. 18º, nº 2, CRP)⁵⁴.

Dessa forma, dois critérios são essenciais na consideração de um bem jurídico-penal: ser constituído de *dignidade* e *necessidade penal* de sua proteção. Na primeira dimensão seus valores são acolhidos pela consciência ético-social como fundamentais e essenciais à realização pessoal de cada membro da sociedade. Na segunda dimensão, além da existência da dignidade penal, é essencial que haja *indispensabilidade de intervenção* do Direito Penal, e que essa proteção do bem jurídico pelo sistema de reprovação jurídico-penal seja efetivamente o meio *adequado*⁵⁵.

O artigo 25º da CRP, ao tratar no preâmbulo do “Direito à integridade pessoal”, dispôs no nº 1 que “A integridade moral e física das pessoas é inviolável”. Após certo debate doutrinário e jurisprudencial em Portugal, a integridade psíquica passou a ser entendida no âmbito da integridade pessoal, como decorrente da tutela de dignidade da pessoa humana⁵⁶. Com base nessa compreensão é que o artigo 154º-A do Código Penal português recepcionou a *liberdade psíquica* e a *liberdade de determinação* no crime de *Stalking* como eixos da tutela jurídico-penal.

No crime de *Stalking* a vítima é exposta a situações de medo e *stress*⁵⁷ em decorrência da prática reiterada de condutas que afetam sua *integridade psíquica* consistentes em vários mecanismos de perseguição, tais como “ligações telefônicas, envio de mensagens, espera nos locais de maior frequência”. Esse conjunto de comportamentos podem resultar danos significativos à saúde psíquica da vítima, traumas crônicos, “depressão, ideias suicidas, ansiedade, perturbação e

sempre resultante de lei formal, deve reunir o consenso da comunidade (princípio da legalidade). PALMA, Maria Fernanda **Conceito material de crime, direitos fundamentais e reforma penal**. 2012, p. 7. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tqb_ma_22910.pdf> Acesso em: 29 jun. 2018.

54 SANTOS, 2017, p. 65.

55 SANTOS, 2017, p. 69-70.

56 *Ibid.*, pp. 76, 99.

57 Cf. KNIGHT, para quem os estressores psicológicos da vítimas de *Stalking* são singulares, haja vista o prolongamento no tempo em que mesmas são expostas, resultado de perseguições passadas e de potenciais incidentes futuros. KNIGHT, M. A. Stalking and cyberstalking in the United States and rural South Dakota: twenty-four years after the first legislation. **South Dakota Law Review**, vol. 59, n.º 2, p. 7, jun. 2014.

stress pós-traumático – medo, tensão, nervosismo, raiva, agressividade, confusão, desconfiança, paranoia, cansaço, fraqueza”⁵⁸.

Por outro lado, ao tratar-se no *Stalking* da tutela da *liberdade de determinação* da vítima tem-se por escopo a proteção da sua liberdade individual, mas que em função dos atos praticados pelo *stalker* alteraram seu cotidiano de vida. Assim, em decorrência dos atos de perseguição a vítima altera locais onde antes livremente frequentava, muda percursos de trânsito e ausenta-se de redes sociais, ocultando suas atividades e relações interpessoais, ou seja, altera sua rotina pessoal por meio de ações destinadas a autoprotoger-se do agressor, evitando confrontar-se com o mesmo.

O *Stalking* abrange um número amplo de ofensas, em níveis diversos, podendo, no entanto, atingir bens jurídicos específicos. Sua esfera de afetação ultrapassa a simples perturbação da vida, não fosse assim bastaria o mero enquadramento de determinadas condutas em tipos já previstos no Código Penal.

A tutela penal do artigo 190º que visa proteger a “vida privada, a paz e o sossego” do indivíduo, ao inibir a conduta do agente que telefona para a casa ou telemóvel da pessoa visada, em muitas ocasiões insere-se num contexto de *Stalking* apenas como um dos atos componentes de um conjunto de ações que pretendem antes de tudo afetar a liberdade psíquica e o cotidiano do ofendido. O intento propriamente não é a perturbação da vida privada, mas sim sua paz e tranquilidade enquanto indivíduo livre. Assim, vários outros tipos poderão ser integrantes do *Stalking* por afetarem bens jurídicos como a integridade física, a vida, a honra etc⁵⁹.

Expostas algumas linhas básicas da tutela do bem jurídico no crime de *Stalking*, importa analisar seus elementos típicos, dimensionando-os no plano dogmático ao nível sistêmico-normativo no Código Penal, de forma a responder quanto à indagação central que se liga à densificação da proteção do bem jurídico relativamente ao gênero feminino.

58 SANTOS, *op. cit.*, p. 77-78.

59 SANTOS, 2016, pp. 90-92.

3. Os elementos constitutivos do *Stalking*

A descrição de um fato como crime pressupõe sua valoração tendo em conta a realidade que descreve. Essa descrição se opera através de *elementos descritivos* e *normativos*⁶⁰ do tipo, cuja distinção vem esculpida no artigo 16º, n.º 1, do Código Penal. Dessa forma, os descritivos identificam-se com os *elementos do fato* e os normativos com os *elementos de direito*⁶¹. Pode-se afirmar, assim, diante dessa sistemática que o tipo de ilícito se divide doutrinariamente em tipo objetivo de ilícito e tipo subjetivo de ilícito.

3.1. O tipo objetivo

Pelo tipo objetivo observam-se fatores de ordem que são independentes da vontade da pessoa, tais como “as características do próprio sujeito, o objeto da ação, as modalidades de execução do fato, o processo causal e o resultado”⁶². Portanto, toda a previsão normativa que constitui o tipo objetivo deverá estar objetivada ou concretizada no mundo exterior.

O autor do crime de *Stalking* pode ser qualquer pessoa individual e, por tratar-se de crime comum, não há óbice à comparticipação. Logo, um terceiro poderá agir dolosamente em coautoria no intento de perseguir a vítima ou em cumplicidade (art. 26º e 27º, CP). No que tange à relação do autor com a vítima, nada obsta a que o crime de *Stalking* ocorra no âmbito de uma relação doméstica (artigo 152º, CP), como de fato comumente ocorria anteriormente à tipificação no Direito português, punindo-se condutas que tinham um enquadramento fático criminal próprio no Código Penal.

60 Segundo Figueiredo Dias: “Dizem-se descritivos os elementos que são apreensíveis através de uma actividade sensorial, isto é, os elementos que referem aquelas realidades materiais que fazem parte do mundo exterior e por isso podem ser reconhecidas, captadas de forma imediata, sem necessidade de uma valoração”. Já os normativos são “aqueles que só podem ser representados e pensados sob a lógica pressuposição de uma norma ou de um valor, sejam especificamente jurídicos ou simplesmente culturais, legais ou supralégais, determinados ou a determinar; elementos que assim não são sensorialmente perceptíveis, mas só podem ser espiritualmente compreensíveis ou avaliáveis” (DIAS, J. F., 2011, p. 288).

61 FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Lições de Direito Penal**: Parte Geral I, A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982. Parte Geral II, penas e medidas de segurança. Coimbra: Almedina, 2010, pp.134-135.

62 PALMA, Maria Fernanda. **Direito Penal**: parte geral, a teoria geral da infração como teoria da decisão penal. 3ª ed. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 103.

Por outro lado, o tipo não exige a existência de alguma forma de vínculo sentimental prévio entre o *stalker* e a vítima, que poderá ser tanto do gênero feminino ou masculino, conforme já referido. Assim, a motivação que conduz aos atos de perseguição pouco ou quase nada importará na consideração do tipo subjetivo, cuja origem, desde a simples admiração até alguma espécie de distúrbio psíquico, poderá ter relevância sob o ponto de vista preventivo e de tratamento da saúde mental a fim de evitar-se recidivas contra a vítima. Trata-se de uma opção acertada pelo legislador abrangendo hipóteses fáticas de comportamento que ficariam à mercê da proteção do Estado se fosse exigido prova de vínculo relacional prévio entre autor e vítima como elemento constitutivo do crime.

Perseguir ou assediar outra pessoa de modo reiterado, ou seja, em mais de uma oportunidade, constitui o núcleo básico do tipo do artigo 154º-A do CP. O legislador português entendeu por bem adotar estrutura normativa com relativa indeterminabilidade quanto aos contornos comportamentais que o configuram.

Nesse contexto, entendemos que o Legislador, em que pese a relevância da tipificação da conduta, deveria ser descritivo, em termos exemplificativos, quanto aos comportamentos que podem constituir o crime de *Stalking*. Tal procedimento reforçaria a função comunicacional da norma, além de trazer maior segurança jurídica ao impor limites à subjetividade do intérprete no caso concreto.

Por sinal, não nos parece adequada a postura normativa adotada pelo legislador austríaco, que embora descreva as condutas que compõem o crime, acaba por enumerá-las de forma taxativa, diferentemente do legislador alemão, consoante bem nos aponta Ballesteros⁶³, vez que um nível de indeterminabilidade se faz necessário de forma a abranger todas as hipóteses de incidência penal⁶⁴.

Importante distinção, diz respeito à qualificação do crime de *Stalking* quanto ao modo de afetação do bem jurídico, ou seja, se crime de dano ou de perigo. Segundo Figueiredo Dias⁶⁵, “Nos crimes de dano a realização do tipo incriminador tem como consequência uma *lesão* efectiva do bem jurídico”. O mesmo não sucede quanto aos crimes de perigo, onde a lesão ao bem jurídico não é pressuposto à realização do tipo, bastando apenas que o mesmo seja colocado em risco.

63 BALLESTEROS, 2016, p. 56-57

64 SANTOS, B.F., 2017, p. 62.

65 DIAS, J.F., 2011, pp. 308-311.

Em relação ao crime de perigo pode ser classificado em *crime de perigo concreto* e *crime de perigo abstrato*. No primeiro o tipo se completa se o bem jurídico for colocado efetivamente em perigo, a exemplo do artigo 138º do Código Penal. No segundo, o perigo não é elementar do tipo, mas é de tal forma relevante que motiva a proibição, ou seja, ele é tipificado em nome de uma “perigosidade típica”, sem exigir-se sua comprovação. Dessa forma, o agente será punido “independentemente de ter criado ou não um perigo efetivo para o bem jurídico”⁶⁶.

Relativamente ao crime de *Stalking*, não há divergências quanto à natureza classificatória como crime de perigo. Contudo, não há uma estabilização de interpretação quanto a ser crime de perigo abstrato ou concreto, circunstância relevante na verificação da incidência sobre o suporte fático criminoso. Paulo Pinto de Albuquerque⁶⁷ posiciona-se no sentido de o *Stalking* ser um crime de perigo *abstrato-concreto*, ou seja, a ação deve ser suficientemente apta, idônea ou adequada a lesionar ou colocar em perigo concreto um bem jurídico⁶⁸. Bárbara Fernandes Rito dos Santos⁶⁹, por outro lado, posiciona-se como crime de perigo abstrato. Posicionamo-nos com Albuquerque, pois parece ser o real sentido da norma, ao referir que a conduta praticada se configure “de forma adequada a provocar-lhe medo ou inquietação ou prejudicar a sua liberdade de determinação” (art. 154º, CP).

Dessa forma, a conduta praticada pelo *stalker* deve ser potencialmente capaz de gerar o resultado, não se exigindo que tenha de fato ocorrido, seja para instauração da investigação e persecução penal, seja para aplicação de eventuais medidas protetivas. Interpretação oposta conduziria a um esvaziamento do próprio sentido da previsão legal e da proteção do bem jurídico⁷⁰, pois estaria a exigir da vítima uma prova prévia de difícil demonstração, embora não impossível, da afetação a sua saúde psíquica e liberdade de determinação.

66 DIAS, J.F., 2011, pp. 308-309.

67 ALBUQUERQUE, p. 93.

68 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2013, p. 90.

69 SANTOS, B.F., p. 67.

70 Cf. Schunemann, para quem a antecipação da proteção legal nos crimes de perigo concreto justifica-se na medida que representa uma melhoria na proteção do bem jurídico. SCHÜNEMANN, Bernd. **El Derecho Penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos!** Sobre los límites inviolables del Derecho Penal en un Estado liberal de derecho. Tradução Ângela de la Torre Benitez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 60-61.

3.2. O tipo subjetivo

A doutrina em termos gerais define o dolo como o conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo do ilícito. O Código Penal português, no art. 14º, limitou-se a delinear as formas como sua incidência se opera (direto, necessário, eventual)⁷¹, atribuindo-lhe uma carga de desvalor jurídico diferente dos tipos negligentes. Assim, o dolo compõe-se de dois elementos que o caracterizam, o *intelectual* e o *volitivo*. Logo, em curta síntese, o que diferencia o *tipo doloso* do *tipo negligente* é, essencialmente, a vontade de realização do tipo, já que a consciência do ilícito também é elemento comum na culpa consciente⁷².

A doutrina revela consenso quanto à admissão da prática do crime de *Stalking* apenas na forma do dolo (direto, necessário e eventual – art. 14º, CP). Contudo, não há a exigência de um dolo específico. A expressão no tipo “forma adequada a provocar-lhe” não está a referir-se ao aspecto anímico do agente, ou seja, se sua “intenção” é boa ou má, mas sob o ponto de vista do resultado. Assim, se tem consciência de que tal conduta poderá causar afetação ao bem jurídico, pratica o crime⁷³.

De fato, pretender-se à configuração do tipo prova da intenção do agente configuraria um enfraquecimento à proteção do bem jurídico, primeiro pela dificuldade de provar-se circunstâncias que ocorrem, por vezes, de forma não explícita, segundo por tratar-se de fator subjetivo intrínseco ao psiquismo do agressor e, terceiro, em face da dinâmica com que o crime de *Stalking* ocorre, cuja evolução dos atos que o compõem são imprevisíveis podendo causar danos irreversíveis.

A “culpa dolosa” tem na consciência do tipo objetivo a base intelectual à punição do agente. Se esta representação é ausente ou deficiente o tipo não se completa. Não se exige aqui que o indivíduo tenha conhecimento dos elementos normativos do tipo ao nível do jurista, mas a apreensão de um sentido valorativo ao

71 PALMA, M. F. **Direito Penal**: Parte Geral... 2017, pp. 135-159.

72 DIAS, J. F., 2011, pp. 349-350.

73 FERREIRA MONTE, Mário. Mutilação Genital, Perseguição (Stalking) e Casamento Forçado: novos tempos, novos crimes... Comentários à margem da Lei 83/2015, de 5 de agosto. **Revista Julgar**, n. 28, pp. 75-78, jan./abr. 2016.

nível do leigo. Em suma, o aspecto volitivo liga-se ao tipo subjetivo do ilícito doloso caracterizando-se pela vontade de realização do tipo⁷⁴.

Nesse contexto, de significativa relevância ao *Stalking* é a discussão de há muito travada pela doutrina quanto aos elementos ou critérios de identificação entre *dolo eventual* e *negligência consciente*, em face da tênue linha que a ambos separa. Da mesma forma que o dolo direto e necessário, o legislador português não define no artigo 14º, nº 3, do Código Penal o conceito de dolo eventual, mas caracteriza-o quando o agente tem a representação da possível ocorrência de um fato típico decorrente de uma conduta a qual assim mesma a executa, “conformando-se com sua realização”. A negligência consciente, por sua vez, consiste na prática de um ato pelo agente, que tendo a representação da possível ocorrência de um fato criminoso, bem como a obrigação do cuidado objetivo, atua sem se conformar com sua realização (art. 15º, a, CP)⁷⁵. Assim, o elemento comum entre o dolo eventual e a culpa consciente está na representação do fato como possível⁷⁶.

Exposta essa brevíssima síntese, àquilo que importa ao crime de *Stalking*, sob o ponto de vista do resultado, pouco importará à vítima se uma conduta foi praticada por dolo eventual ou culpa consciente, se as ações foram capazes de atingir sua saúde psíquica ou sua liberdade de determinação. O agente que pratica uma série de atos, tais como enviar mensagens, cartões, flores, aparecer repentinamente em locais públicos ou privados diante da vítima com o intuito de conquistá-la afetivamente, quando de sua parte há negativas de proximidade, deve (ou deveria) saber que sua conduta poderá afetar sua integridade mental ou liberdade de determinação.

Desse contexto fático-hipotético emerge o questionamento quanto à possibilidade de punição do *stalker* ao nível de culpa consciente. Observe-se que na atual estrutura do Código Português, diferentemente do dolo, a negligência só é

74 Segundo Palma, “No dolo necessário, a realização do facto típico é prevista como consequência necessária da ação, sendo, por isso secundário averiguar qual a posição afetiva relativamente à realização do facto típico (mesmo que não o deseje o agente decide-se pela realização do facto típico).” (PALMA, M. F. **Direito Penal**: Parte Geral... 2017, p. 136).

75 Cf. Palma, para quem a questão do dolo eventual deveria “ser discutida no plano da culpa, como problema de capacidade efectiva de ponderação do risco do resultado perante o contexto motivacional”. PALMA, Maria Fernanda. Dolo eventual e culpa em Direito Penal. *In*: VALDÁGUA, M.C. (Coord.). **Problemas fundamentais de Direito Penal**: Colóquio Internacional de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, 2002, Lisboa: Universidade Lusíada Editora, p. 61.

76 DIAS, J.F., 2011, p. 360.

punível quando haja previsão legal (art. 13º, Código Penal). A negligência consiste no descumprimento do dever de cuidado objetivo a que o agente está obrigado diante do bem jurídico tutelado nas circunstâncias do fato, cujo tipo é capaz de representar como possível de acontecimento, sem se conformar com essa situação, ou sequer chegar a representá-lo como possível de realização (art. 15ª, “a”, “b”, Código Penal).

Nessa construção positivista, que teve origem em Engisch⁷⁷, a negligência deve ser caracterizada inicialmente de forma negativa, e apenas num segundo momento de forma positiva. Significa dizer que somente é possível punir-se a negligência quando inexistentes os pressupostos de um crime doloso. Assim, da mesma forma que a caracterização do dolo não reside apenas na identificação de se o sujeito quis o resultado, aprovou ou aderiu a sua realização, a culpa não será identificada apenas no fato de o sujeito não querer ou não aprovar a realização do tipo, mas também na ausência de sua parte de cautela, empenho e atenção⁷⁸.

Segundo Figueiredo Dias⁷⁹, no atual Código Penal Português, a violação de cuidado objetivo na negligência está relacionada não com o resultado, mas sim com a “realização de um facto que preenche um tipo de crime”. Assim, “a norma de ilicitude é mais que uma norma destinada a evitar resultados, uma norma de cuidado no relacionamento interpessoal”. Dessa forma, nos crimes negligentes de mera conduta a “violação de um dever de cuidado de previsão e evitação do resultado” ganha autonomia teórico-dogmática⁸⁰.

Villacampa Estiarte⁸¹, ao analisar o *Stalking* no Código Penal Californiano, destaca que o legislador ao considerar o elemento subjetivo como a intenção (dolo) de colocar a vítima em estado de medo ou pôr em risco sua integridade ou de sua família acaba por desproteger o bem jurídico, pois muitos *stalkers* não têm a intenção de causar danos às suas vítimas, já que em várias situações de *Stalking* afetivo a intenção está dirigida, bem ou mal, a reatar a relação com a vítima⁸².

77 ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Aalen: Scientia, 1964, p. 241.

78 *Ibid.*, p. 267.

79 DIAS, J. F., 2012, pp. 869-870.

80 Figueiredo Dias rechaça a ideia de Engisch no sentido de ser comum aos tipos dolosos e negligentes a violação do dever de cuidado, pois quando se trata destes últimos o que se quer designar é a ausência de cuidado objetivo nas condutas não dolosas que devem ser evitadas (DIAS, J.F., 2011, pp. 869-870).

81 ESTIARTE, 2009, p. 120.

82 Cf. Holmes acerca dos vários tipos de Stalkers. HOLMES, Ronald M. *Criminal Stalking: an analysis of the various typologies of stalkers*. In: DAVIS, A. Joseph; CHIPMAN,

Na Irlanda, o legislador incluiu no *Non-Fatal Offences Against the Person Act* 1997, o artigo 10.2, que previu expressamente ambos tipos subjetivos ao crime *Stalking*, ou seja, a atuação de forma intencional ou negligente capaz de afetar a paz ou a intimidade da vítima, e de causar-lhe dano ou angústia e que, sendo suscetíveis de provocar os referidos efeitos, possam ser deduzidos por uma pessoa razoável⁸³. Assim, o *Non-Fatal* estabelece um padrão médio cognitivo por parte do agente na aferição da conduta negligente⁸⁴, em síntese, na aferição subjetiva do risco sob o qual o bem jurídico é colocado em face de sua conduta.

Não obstante tais tendências, posicionamo-nos no sentido de que a integral proteção ao bem jurídico no ordenamento português – e mesmo no estrangeiro – prescinde da previsão normativa do *Stalking* negligente, tanto na forma consciente como na inconsciente (artigo 15º, “a” e “b”, ambos do Código Penal português). Admitir-se tal leque de incidência criminal significaria um antagonismo a ideia de um Direito Penal mínimo, cuja interferência é esperada apenas em relação àquelas condutas que sejam estritamente necessárias e relevantes à sociedade.

Por outro lado, o argumento de que o *Stalking* negligente aumentaria a proteção do bem jurídico por abranger um número muito maior de fatos potencialmente lesivos, por si só é falacioso, pois não há qualquer estatística que demonstre até o presente momento que uma interferência maior do Estado punitivo inibiu tais condutas.

Ademais, se as dificuldades da comprovação do dolo, em quaisquer de suas modalidades, por vezes, é uma realidade interpretativa de difícil solução no mundo jurídico, já há muito enfrentado pelos operadores do Direito, inegavelmente o será em maior proporção na negligência inconsciente. Ainda que se admita o argumento de que é da natureza do Direito o enfrentamento da compreensão das complexidades fático-jurídicas, um princípio de intervenção mínima do Estado deve ponderar os riscos de um efeito negativo em sociedade no exercício do poder

Marcella A. **Stalkers and Other Obsessional Types**: a review and forensic psychological typology of those who Stalk. New York: CRC Press, 2001, pp. 19-29.

83 ESTIARTE, *op. cit.*, p. 153.

84 Para Roxin, a capacidade do indivíduo abaixo da média não pode conduzir à atipicidade da conduta negligente. ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997, pp. 1013-1018. Essa posição é aderida por Figueiredo Dias, ao afirmar que “outra solução significaria um inadmissível esvaziamento do relevo da negligência a nível da culpa” (DIAS, J. F., 2011, p. 873). Concordamos com tal posição, na medida em que de fato a força comunicacional e preventiva da norma perderia sua relevância e eficácia. No entanto, aceitamos que no plano da culpa seja possível sua consideração.

preventivo, ou seja, de fomentar-se insegurança jurídica, na medida em que o ato de aproximação é da natureza das relações afetivas.

3.3. Da tentativa

Torna-se de difícil compreensão a previsão normativa do *Stalking* tentado no artigo 154º-A, nº 2, do Código Penal, se considerada a posição dominante na doutrina⁸⁵ de que o tipo se trata de crime de mera conduta e não de resultado. A tentativa pressupõe que o agente decida praticar um crime ingressando no núcleo do tipo penal, por meio da prática de um ou mais atos do *iter criminis* (art. 22º, CP). Além disso, tratando-se de crime material, os atos praticados devem ser suficientemente idôneos a causar o resultado (art. 22º, 2, b, CP). Por esta linha de raciocínio, nos crimes formais o crime se consuma com a prática por si só do ato.

No entanto, parte da doutrina, a exemplo de Cavaleiro de Ferreira⁸⁶, admite a tentativa em crimes formais ou de mera conduta. Figueiredo Dias⁸⁷⁻⁸⁸, com ressalva, também a admite em tais hipóteses “sempre que a consumação se não verifica logo através da própria atividade, mas exige ainda um certo lapso de tempo”, a exemplo de um falso testemunho que se tenha iniciado, mas não terminou (art. 360º, 3, CP).

No caso do *Stalking*, admitindo-se, em tese, a posição de Figueiredo Dias, é difícil em termos práticos antever-se a tentativa, pois a incidência no tipo dá-se pela “reiteração” de condutas, ou seja, a realização de, pelo menos, duas condutas. Dessa forma, a prática de uma conduta tratar-se-á ou de um crime

85 Não é pacífica na doutrina italiana a possibilidade da tentativa no crime de *Stalking*. Monte admite a tentativa, por exemplo, na hipótese da interceptação de uma carta com conteúdo de ameaçador ante que chegue ao conhecimento da vítima. MONTE, Elio lo. Una nuova figura criminosa: lo stalking (art. 612-bis c.p.). Ovvero L'ennesimo, inutile, guazzabuglio normativo”. **L'indice penale**, Padova, Nuova serie, ano13, n.º 2, pp. 496-497, jun./dez. 2010.

86 Cf. Cavaleiro Ferreira, para quem “na tentativa não se pode falar sempre de causalidade, com referência a um evento material, pois a tentativa também tem lugar nos crimes formais (FERREIRA, M.C.F., 2010, p. 409)”.

87 DIAS, J. F., 2011, pp. 724-725.

88 Cf. Pinto Albuquerque, admitindo a tentativa nos crimes de mera conduta, desde que se trate da tentativa inacabada. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código Penal**: à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 2ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 2010, p. 41.

preparatório, não punível⁸⁹, salvo disposição em contrário (art. 21º, CP), ou se tratará de um crime típico em si, que não o *Stalking*.

Cabe referir que a tentativa no *Stalking* foi admitida no caso *People versus Aponte*⁹⁰, em que o Tribunal da Geórgia entendeu que um telefonema ou um e-mail, desde que idôneo a causar medo na vítima, mas que por algum motivo não chegou até a mesma pode ser enquadrado na forma tentada.

Sustentamos o entendimento do descabimento da tentativa no crime de *Stalking*, pois sendo ele integrado por um conjunto de ações que, por esta natureza, tornam-se aptas a afetar a integridade mental e a liberdade de determinação da vítima, torna-se inviável um fracionamento do *iter criminis*⁹¹.

89 Segundo Bárbara Santos, um dos princípios fundamentais do Direito Penal é o da última *ratio*. Logo, os atos preparatórios estão longe da lesão do bem jurídico-penal, sendo descabida sua punição, pois não lhe cabe a formação das pessoas, mas sim a proteção dos bens jurídicos (SANTOS, B. F. R., 2017, p. 118).

90 *Ibid.*, p. 122.

91 SANTOS, B. F. R., 2017, pp. 120-121.

4. A tipificação do *Stalking* como instrumento de prevenção geral e especial

Uma vez compreendido o *Stalking* sob o ponto de vista de seus elementos típicos, impõe-se analisá-lo sob as óticas da Prevenção Geral e Especial, de forma a considerar, diante do diminuto lapso de tempo desde sua tipificação até o presente momento, o grau de recorrência no tipo em relação ao gênero feminino, bem como quais as características dos fundamentos e interpretações dos seus elementos normativos pelos Tribunais da Relação.

Entende-se por Prevenção Geral a imposição e utilização da pena como instrumento político-criminal destinado aos membros da sociedade no sentido de afastá-los do crime por conta da ameaça que esta exerce. Essa atuação apresenta-se sob duas faces, a da prevenção geral positiva e a negativa. Pela primeira, a pena apresenta-se como instrumento que visa “reforçar a confiança da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos e, assim, no ordenamento jurídico-penal”. Pela segunda, a pena exerce um papel de intimação sobre o sujeito, a fim de que este não pratique crimes. Igualmente fala-se em doutrinas da prevenção especial, que se dividem em prevenção especial positiva, pela qual se busca a ressocialização do criminoso; e a prevenção especial negativa, pela qual se intenta dissuadi-lo da prática de novos crimes⁹².

4.1. O *Stalking* no âmbito dos crimes de violência doméstica

Antes da criminalização do *Stalking*, em 2015, comportamentos que hoje se inserem no contexto do crime de perseguição eram punidos com base em tipos autônomos, tais como a ameaça (art. 153º, CP), a importunação sexual (art. 170º, CP), a difamação (art. 180º, CP), a injúria (art. 181º, CP), a perturbação da vida privada (art. 190º, CP), a devassa da vida privada (art. 192º, CP), a devassa por meio de informática (art. 193º, CP) etc. No entanto, ao praticarem-se comportamentos típicos, outros considerados atípicos não eram punidos, embora praticados com idêntico potencial de afetação à integridade psíquica da vítima.

92 DIAS, J. F., pp. 49-57.

Assim, o fato de o *stalker* aparecer no local de trabalho da vítima ou em locais públicos inesperadamente, mandar bilhetes, flores ou presentes eram desconsiderados, deixando de sofrer incidência penal. Várias condutas do crime de *Stalking*, comumente, são praticadas no âmbito do crime de violência doméstica (art. 152º, CP)⁹³, que tutela a integridade física e psíquica da vítima. Em Portugal, uma das formas mais assentes de perseguição é a do *stalker* rejeitado, ou seja, alguém que teve uma relação afetiva com a vítima, mas que buscando uma reaproximação ou tentativa de reconciliação transmuta sua conduta à perseguição.

Ocorre que, com a tipificação do *Stalking*, o legislador passou a prever uma pena de até três anos, menor àquela aplicada à violência doméstica, que é de um a cinco anos. Consciente de que o *Stalking* pode se operar no âmbito da violência doméstica, fez por bem introduzir na parte final do nº 1 do artigo 154º-A do Código Penal o concurso de normas, que se opera quando há uma relação de “especialidade, de subsidiariedade ou consunção”. Isso significa que quando a matéria de fato sofre a incidência de duas normas simultaneamente, sem que possa valorar ambas ao mesmo tempo, prevalecerá apenas uma qualificação jurídico-penal⁹⁴.

No caso do nº 1 o tipo de concurso que ocorre é o da *subsidiariedade*, que corresponde àquelas hipóteses em que o campo de aplicação de uma das normas concorrentes interfere sobre a outra, sendo impossível a aplicação das duas por ofensa ao princípio do *non bis in idem*⁹⁵. Na hipótese do artigo 154º-A, o próprio legislador indica expressamente qual norma no caso concreto aplicar-se-á.

No que tange às penas acessórias observa-se que o legislador dispôs no número 3 a possibilidade de proibição de contato com a vítima por 6 meses a 3 anos, bem como a frequência a programas de prevenção à perseguição, o que representa um aspecto de significativa importância, ainda que somente na fase de sentença. Comumente, comportamentos de perseguição estão associados a

93 Cf. Walker e Meloy, diagnosticando o *Stalking* integrado num ciclo de violência doméstica que se inicia na fase de construção da tensão, passando pela fase da explosão, ataques verbais, físicos e sexuais até a fase da “lua-de-mel/reconciliação”. WALTER, L.; MELOY, J. *Stalking and domestica violence*. In: MELOY, J. (Ed.) **The psychology of Stalking: clinical and forensic perspectivs**. San Diego: Ademic Press, 1988, pp. 139-161.

94 FERREIRA, M. C., 2010, p. 529.

95 *Ibid.*, pp. 530-531.

distúrbios psiquiátricos que, se não monitorados os riscos⁹⁶, podem evoluir da mera perseguição a graus de agressividade maiores, tais como lesões físicas e homicídios.

O número 4 do artigo 154º-A do Código Penal prevê a pena acessória de afastamento do agressor da residência e local de trabalho da vítima, cuja fiscalização estará sujeita a monitoramento por meio técnico ou eletrônico, tal como a pulseira eletrônica (artigo 35º da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro e na Lei n.º 33/2010, de 2 de setembro).

Essa pena acessória reflete naquelas já contidas aos crimes de violência doméstica, especificamente nos números 4 e 5 do artigo 152º. Curiosamente, não se compreende que ao *Stalking* não tenha havido simetria quanto à imposição de restrição ao uso e porte de armas, analogamente ao nº 4º do art. 152º do Código Penal, já que a possibilidade da prática de um crime com sua utilização é plenamente possível em ambos contextos típicos.

De qualquer forma, não há impeditivo, em havendo suspeitas ou ameaças de uma agressão maior por meio de arma, que por meio de decisão judicial proceda-se *revista e busca* nos termos do artigo 174º do Código de Processo Penal, números 5, “a”, em havendo “fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou integridade de qualquer pessoa”, que podem ser ordenadas pelo Ministério Público ou órgão de polícia criminal, nos termos do artigo 177º, nº 3, “a”, do Código de Processo Penal.

4.2. Do procedimento da queixa no crime de *Stalking*

A instauração do procedimento criminal no crime de *Stalking* é semipública e dependerá de queixa da vítima, consoante nº 5 do artigo 154º-A do Código Penal. Dessa forma, caberá à vítima no caso concreto avaliar a conveniência e oportunidade quanto à queixa. Essa opção legislativa parece-nos acertada, na medida em que muito embora possa mesmo ter ocorrido uma

96 Cf. Story e Hart, quanto à relevância do estudo do fatores de risco contra o *Stalking*. STORY, Jennifer E.; HART, Stephen D. How Do Police Respond to Stalking? An Examination of the Risk Management Strategies and Tactics Used in a Specialized Anti-Stalking Law Enforcement Unit. **Journal of Police and Criminal Psychology**, vol. 26, n.º 2, pp. 128–142, out. 2011. Disponível em: < <https://link.springer.com/article/10.1007/s11896-010-9081-8> > Acesso em: 01 jul. 2018.

sequência de fatos que configure o *Stalking*, nem sempre a intervenção penal, como última *ratio*, será a mais efetiva⁹⁷.

Em alguns Estados americanos, a queixa da vítima também é um requisito de procedibilidade da ação penal. No entanto, em determinadas hipóteses, respeitadas algumas restrições legais, é possível que a queixa seja retirada, não restando alternativa ao Ministério Público senão o arquivamento. Sistema similar é adotado por países como Bélgica, Luxemburgo, Hungria, Polônia e Países Baixos⁹⁸.

Em tal contexto, a nosso ver, o legislador português ficou-se inerte ao não prever a modalidade pública à ação no crime de *Stalking* para um catálogo de pessoas em situação de vulnerabilidade, em razão da idade, deficiência, doença ou gravidez, como previsto na violência doméstica (nº 1, “d”, do artigo 152º), já que o crime de *Stalking* pode dar-se fora do âmbito das relações domésticas⁹⁹.

Apesar de o legislador ter avançado com a tipificação do *Stalking*, restaram deficientes questões de ordem de Direito Processual Penal, a exemplo das de natureza cautelar que instrumentalizem a tutela do bem jurídico antes da decisão final. A proteção à vítima de *Stalking* está umbilicalmente ligada às medidas de coação. Para se obstar as ações do agressor são necessários mecanismos jurídicos que antes mesmo do término do processo sejam aptos a coagi-lo, sem o que o bem protegido pela norma situar-se-á em um campo completamente minado¹⁰⁰.

Conforme Inês Ferreira Leite¹⁰¹, “os casos de perseguição não se resolvem com um julgamento penal (o julgamento vai ser apenas a comprovação da censura penal)”. Após apresentação da queixa-crime ao Ministério Público pela prática lesiva do *Stalking*, caso o agressor seja constituído arguido não poderá sofrer restrição de liberdade, ou seja, ser preso preventivamente ou submetido à prisão domiciliar¹⁰², nem mesmo compelido a afastar-se da vítima na dependência do processo. O problema central situa-se em que para a imposição das penas

97 Em determinados casos, o acompanhamento interdisciplinar por parte de órgãos de apoio às vítimas, como a APAV em Portugal, revela-se altamente relevante na avaliação da execução de planos de intervenção contra os atos de *Stalking*.

98 AA, Suzan Van der; RÖMKENS, Renée. The state of the art in stalking legislation: reflections on European developments. **European Criminal Law Review (EuCLR)**, vol. 3, p. 240, 2013.

99 Sobre o caráter público da ação penal no crime de *Stalking* nas modalidades agravadas em atenção à condição da vítima, cf.: BALLESTEROS, 2016, pp. 205-206.

100 RIBEIRO, Arthur Guimarães. **Stalking: medidas de coação e de punição e tutela da vítima**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2016, pp. 22-26. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_Penal_ProcessualPenal.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2018.

101 LEITE, Inês Ferreira. Crimes novos, lei nova, **Capazes**, Lisboa, jul. 2015. Disponível em: <<https://capazes.pt/cronicas/crimes-novos-lei-nova-por-ines-ferreira-leite/view-all/>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

acessórias elas dependerão da tramitação processual e de uma decisão definitiva de culpa.

No entanto, considerando a fase instrutória, bem como os recursos, inclusive para o Supremo Tribunal de Justiça e Constitucional, o tempo até uma decisão final poderá delongar-se até 5 (cinco) ou mais anos, quando só então as medidas de proibição de contato com a vítima e o monitoramento eletrônico serão obrigatórias. O fato é que, independente do resultado do processo, os atos de perseguição poderão continuar a ser perpetrados durante todo esse tempo, com o risco da possibilidade de agravamento do estado psíquico do agressor e de danos irreversíveis à vítima, inclusive seu óbito¹⁰³.

A solução para o problema passa pela imposição das *restraining orders*, já com previsões em vários estados americanos¹⁰⁴. Segundo Pathé¹⁰⁵, as *restraining orders* não são reconhecidas universalmente como eficazes. Consoante estudos de Tjaden e Thoennes, 81% dos homens e 69% das vítimas femininas que obtiveram a medida protetiva tiveram o direito violado em momento posterior. As ordens de restrição não se revelariam eficazes a todos os tipos de perseguidores. Para os narcísicos, por exemplo, a humilhação de ser rejeitado publicamente em decorrência de uma ordem judicial poderia acarretar reações violentas.

Não acompanhamos o pensamento dos autores antes referidos. Um sistema de avaliação de riscos prévio às ordens de restrição é essencial, a fim de evitar-se um dano maior à integridade da vítima. A avaliação do risco nos casos de *Stalking* serve como parâmetro às diferentes soluções a serem adotadas pelos profissionais de apoio às vítimas juntos aos *stalkers*. O risco integra percepções de imprevisibilidade, possibilidade e incerteza de futuros atos. Dimensioná-lo significa antever a ocorrência de um evento que, no caso do *Stalking*, poderá ser irreversível.

102 Cf. ESTIARTE, 2009, p. 182, aduzindo que “a lei que introduziu a *Nachstellung* no StGB” permite a prisão provisória.

103 LEITE, I. F. *op. cit.*, 2015,

104 UNITED STATES OF AMERICA. The National Center for Victims of Crime. **Stalking Orders of Protection.** Disponível em <<http://victimsofcrime.org/our-programs/stalking-resource-center/stalking-laws/stalking-orders-of-protection>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

105 PATHÉ, Michele; MULLEN, Paul E.; PURCELL, Rosemary. Management of victims of stalking. **Advances in Psychiatric Treatment**, vol. 7, ed. 6, p. 402, nov. 2001. Disponível em: < https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/5024852423481D0EB0AA59BD675C9546/S1355514600010105a.pdf/management_of_victims_of_stalking.pdf > Acesso em: 28 jun. 2018.

O uso abusivo do álcool, por exemplo, embora não seja determinante, aumenta as chances de agressão. Noutros casos, o *Stalking* associa-se na sua dinâmica a outras formas de violência, tais como a física e a sexual, sendo o feminicídio de notória relevância especialmente quando precedido de violência relacional prévia¹⁰⁶.

No Direito português, em que pese o artigo 200 do Código de Processo Penal ter previsão específica para “proibição e imposição de condutas”, as mesmas são restritas às penas máximas superiores a 3 (três) anos, o que acaba por fragmentar a proteção do bem jurídico quando a pena máxima for de até 3 anos¹⁰⁷.

No entanto, caso o *Stalking* perpetre-se no contexto da violência doméstica (art. 152º, Código Penal) ou na forma agravada do artigo 155º, nº 1, do Código Penal (1 a 5 anos), as penas acessórias serão plenamente aplicáveis, já que a pena máxima abstratamente prevista no artigo 152º do Código Penal é superior a cinco anos.

Por derradeiro, cabe destacar a proposta de Salat Paisal¹⁰⁸, quanto à possibilidade de criação de mecanismos de proteção dirigidos às vítimas de *Stalking* que considerem desnecessária a instauração de um Processo Penal persecutório e com uma possível condenação do *stalker*, o que viabilizaria solver vários casos de perseguição sem a necessidade de intervenção do Direito Penal. Aqui antevemos medidas de afastamento de ordem civil, mesmo que fora do âmbito doméstico, especialmente àqueles casos onde fossem constados menor gravidade.

106 GRANGEIA, H; MATOS, MARLENE. Riscos associados ao stalking: violência, persistência e reincidência. **Revista Psiquiatria, Psicologia e Justiça**, n.º 5, pp. 29-48, 2012. Disponível em: <http://www.spppj.com/uploads/psiquiatria_psicologia_e_justica_2..2.pdf> Acesso em: 13 mar. 2018.

107 RIBEIRO, 2016, p. 27.

108 PAISAL, Marc Salat. Sanciones aplicables a manifestaciones contemporáneas de violencia de género de escassa gravedad: el caso de *stalking*. **Revista para Análises del Derecho**, Lleida, 2018, p. 17. Disponível em: <www.indret.com> Acesso em: 28 jun. 2018.

5. A evolução jurisprudencial do *Stalking* nos Tribunais da Relação de Portugal

Compreendido o *Stalking* no âmbito sistêmico do ordenamento jurídico português, com breves referências descritivas ao Direito estrangeiro, relevante neste ponto analisarmos sua dinâmica ao nível das interpretações dos Tribunais da Relação de Portugal, a partir de sua vigência normativa por meio da Lei 83/2015, de 05-08.

O método utilizado no estudo dos acórdãos consistiu na interpretação dos fundamentos das decisões proferidas nos Tribunais da Relação de Portugal, selecionados a partir de busca eletrônica pelas palavras “*Stalking*” e “perseguição”, compreendidos entre os anos de 2015 até 2018. O período escolhido deve-se à circunstância desses julgamentos abordarem fatos ocorridos na periferia temporal da tipificação, de onde se presume uma maior evolução do pensamento jurídico sobre o tema.

Foram estudados um total de 7 (sete) acórdãos que reconheceram o *Stalking* no contexto de uma relação doméstica e fora dela. Além disso, traçamos uma linha de conexão com a investigação feita por Marchesini¹⁰⁹, no âmbito da Universidade de Coimbra, relativamente a acórdãos anteriores à tipificação no ordenamento português.

5.1. Acórdãos da Relação de Lisboa

Foi encontrado um acórdão entre os períodos de 2015 a 2018, que trata de violência doméstica e não de *Stalking*.

5.2. Acórdãos da Relação de Coimbra

Acórdão n° 60/13.4PCLRA.C1, de 21 de janeiro de 2015¹¹⁰. Este acórdão considerou que “As mensagens denominadas SMS não integram o conceito de

109 MARCHESINI, Sephora. O *Stalking* nos acórdãos da Relação de Portugal: a compreensão do fenómeno antes da tipificação. **Revista de Sociologia Configurações**, n.º 16, pp. 55-74, 2015.

110 PORTUGAL. **Acórdão n° 60/13.4PCLRA.C1**, de 21 jan. 2015. Tribunal da Relação de Coimbra. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>> Acesso em: 20 mar. 2018.

telefonema do artigo 190.º n.º 2 do Código Penal, uma vez que o legislador podia tê-las integrado e optou por não o fazer”. No entanto, conforme poderá ser extraído dos acórdãos da Relação do Porto, proferidos a partir da Lei 83/2015, de maio de 2008, o entendimento é pela admissão das SMS no conceito de telefonema, o que pode ter sido impulsionado em face da expressão “de forma adequada” a provocar medo, inquietação ou prejuízo à liberdade de determinação contido no tipo *Stalking* (154-A, CP).

Portanto, consolida-se o entendimento de que as mensagens de SMS inserem-se no conceito de telefonema na jurisprudência. Circunstância em relação a qual se torna insustentável entendimento diverso, seja pelo conteúdo da lei, seja por se tratar meio plenamente apto à comunicação e manifestação de ofensas ou ameaças.

5.3. Acórdãos da Relação do Porto

Acórdão nº 18/15.9GAPRD.P1¹¹¹, de 07 de julho de 2016. No caso houve uma relação de namoro entre arguido e vítima de 3 anos, com término em 2014, ou seja, anterior à introdução do artigo 154º-A, do Código Penal. Os atos de perseguição iniciaram-se em 09 de março de 2015, através de ameaças, insultos, chamadas telefônicas, mensagens escritas, transmitidas por *SMS*. Apesar de o arguido estar consciente de que a vítima não mais desejava o relacionamento, assim mesmo persistia.

O Tribunal reconheceu que a conduta do arguido se configura como *Stalking*, fundamentando que “a relação extraconjugal também se inclui nas relações análogas de afetividade, pelo que a relação adúltera tem reflexos no domínio da valoração criminal, designadamente para efeitos de violência doméstica”.

Por outro lado, reafirma o entendimento, já externado no Acórdão da Relação do Porto nº 765/08.1PRPRT.P2, de 07/11/2012, de que a perturbação da vida privada pode dar-se através de mensagens escritas (sms), pois estas se incluem no ato de “telefonar”, previsto no tipo¹¹². Entendimento similar foi proferido

111 PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. **Acórdão nº 18/15.9GAPRD.P1**. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>> Acesso em: 06 mar. 2018.

112 MARCHESINI, 2015, p. 65.

no Acórdão n.º 956/10.5JPRT.P1 da mesma Relação, em outubro de 2014, pelo então Relator Moreira Ramos¹¹³.

Acórdão n. 173/14.5GBAND.P1¹¹⁴, de 09.11.2016. Arguido e vítima mantiveram uma vida em convivência a partir de 2012. Passados 3 a 4 meses o arguido desencadeou comportamento de ciúmes doentio, pelo que passou a proferir ofensas à ofendida de que “andava metida com outros homens, tinha relações sexuais dentro das viaturas, olhava para os homens nas ruas, e que era uma *puta*”. A ofendida pôs termo definitivo à relação em 2013, solicitando que deixasse a casa. No entanto, mesmo assim, continuou a perseguir-la ainda durante o ano de 2014.

O arguido restou condenado como incurso nos termos do artigo 152º, nº 1, alínea “b”, e nº 2, do Código Penal, na pena de prisão de 2 anos e 3 meses, e nas penas acessórias de proibição de contato com a vítima, uso e porte de arma pelo mesmo período referido.

O Tribunal da Relação do Porto ratificou o entendimento de que mesmo que os maus tratos psíquicos, configuradores do *Stalking*, tenham sido praticados antes da sua tipificação, podem ser enquadrados no âmbito do crime de violência doméstica, a teor dos acórdãos da Relação do Porto, nº 956/10.5JPRT.P1, de 08/10/2014 e da Relação de Évora, processos nº 741/06.9TAABF.E1, de 18/03/2010, e nº 113/10.0TAVVC.E1, de 08/01/2013.

Acórdão 1184/14.6PIPRT.P2¹¹⁵, de 12/07/2017. Trata-se de recurso interposto pelo Ministério Público contra decisão de absolvição pelo juízo *a quo* em que a magistrada absolveu o arguido do crime de violência doméstica, por não se encontrar provado o elemento típico dos “maus-tratos psicológicos” (art. 152º, CP). Por outro lado, reconheceu provado o *Stalking* (envio de múltiplas mensagens, presentes, flores etc., por mais de 5 meses), deixando de condená-lo porque as condutas foram praticadas anteriormente à introdução do artigo 154-A do Código Penal.

Para o Tribunal, uma inquietação que perdurou cinco meses não preenche o elemento típico dos “maus-tratos psicológicos”. Excessivas declarações de amor não correspondido, mesmo quando indesejadas e repetidas, provocam um

113 *Ibid.*, p. 66.

114 PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. **Acórdão n. 173/14.5GBAND.P1**, de 09 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>> Acesso em: 20 mar. 2018.

115 PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. **Acórdão n° 1184/14.6PIPRT.P**. Disponível em <<http://www.trp.pt/d>> Acesso em 05 mar. 2018.

desassossego ou inquietação, mas não configuram os “maus-tratos psíquicos” previstos no tipo legal.

Essa decisão demanda uma interpretação empírica dos fatos, pois não se olvida que em determinadas hipóteses, excessivas tentativas de aproximação ou declarações de afeto causem constrangimento e desassossego, abalando a integridade psíquica da pessoa visada e alterando seu cotidiano de vida. Logo, somente o caso concreto, sob o ponto de vista da vítima é que poderá traduzir o significado da conduta do *stalker* que, mesmo não tendo más intenções, é capaz de ultrapassar a linha limítrofe entre o tolerável e o intolerável.

Curiosamente, do entendimento proferido no Acórdão nº 91/14.7, de 11/03/2015¹¹⁶, pelo próprio Tribunal da Relação do Porto, observa-se ter reconhecido o *Stalking* como uma perseguição prolongada no tempo causadora de “angústia e temor”¹¹⁷. Em suma, o acórdão parece contraditório já que desconsidera que a angústia e o temor, ainda que prolongadas no tempo, sejam meios hábeis a causar “maus-tratos psíquicos.

5.4. Acórdãos Relação de Guimarães

Acórdão n.º 332/16.6PBVCT.G1, de 05/06/2017. Arguido e ofendida foram casados desde outubro de 1981. Em 7 de Julho de 2011, a ofendida abandonou definitivamente o lar conjugal. Há cerca de dois anos, a partir de 2015, o arguido voltou a procurá-la dirigindo-se ao seu trabalho, entregando-lhe cartas e embrulhos na portaria, vigiando-a em sua residência, porta do prédio ou garagem, colocando bilhetes no para-brisas do carro. A ofendida deixou de fazer refeições fora e andar sozinha na rua, por ânsia de se encontrar com o mesmo, mudando sua rotina de vida.

116 Segundo Acórdão nº 91/14.7/2015, “Pode enquadrar-se no crime de *Violência doméstica* a conduta que se reveste das notas características do chamado *stalking*, isto é, uma perseguição prolongada no tempo, insistente e obsessiva, causadora de angústia e temor, com frequência motivada pela recusa em aceitar o fim de um relacionamento”. PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão nº 91/14.7PCMTS.P1. Disponível em <<http://www.dgsi.pt>> Acesso em: 05 mar. 2018.

117 O fato do Acórdão 91/74.7/2015, consiste, em síntese, num relacionamento entre o arguido e a ofendida que durou cerca de oito meses, sem coabitação. As agressões verbais e físicas iniciaram-se durante a relação, prolongando-se depois de seu fim. Segundo o Acórdão, o arguido agiu consciente e deliberadamente, causando “na ofendida dores físicas, vergonha, humilhação e medo, fazendo-a temer pela sua segurança e bem-estar, pelo facto de ter decidido pôr fim à relação que mantinham”. PORTUGAL. Acórdão nº 91/14.7PCMTS.P1. *Ibid.*

O Tribunal reafirmou posição dominante na doutrina e jurisprudência, de que o elemento subjetivo do *Stalking* é o dolo, em qualquer das suas modalidades, tendo ficado provado – no caso – o dolo direto, deduzido com base nos comportamentos do arguido e da vítima. O arguido ligou diversas vezes, em horários diversos, à vítima, inclusive procurava-a no emprego e residência, perturbando-lhe o sossego. Por outro lado, foram claras as condutas da ofendida no sentido de não desejar manter contato com o arguido, que assim mesmo insistia em persegui-la. A condenação da sentença *a quo* foi mantida, como autor material de um crime de perseguição, com fulcro no art.154º-A, nº 1 do Código Penal, na pena de 1 ano e 3 meses de prisão.

Acórdão nº 214/16.1pbgmr.g1¹¹⁸, de 04 de dezembro de 2017. Arguido e ofendida foram casados por 27 anos, vindo a se separar e divorciar em novembro de 2015. O arguido, motivado por ciúmes, começou a praticar atos de perseguição à vítima, injuriando-a de “puta” e “vaca”, difamando-a através do envio de mensagens aos familiares, dizendo “a tua tia é uma puta”. Esses comportamentos duraram quatro meses, sem que houvesse agressões físicas. No entanto, foram suficientes a causar humilhação, tristeza e vergonha na ofendida, além da perturbação de seu estado psíquico, tendo em vista o receio de sofrer agressão mais grave.

O Tribunal admitiu serem “socialmente toleráveis” discussões mais agitadas e injúrias, puníveis pelo artigo 181º do Código Penal. No entanto, quando repetidas caracterizam “maus tratos”, que afetam a saúde e bem-estar dos ofendidos, hipótese dos autos. Além disso, reconheceu que o *Stalking* se caracteriza como uma perseguição prolongada no tempo causadora de angústia e temor, enquadrável no crime de violência doméstica onde o bem jurídico protegido é a saúde física, mental e psíquica da vítima.

Dessa forma, o primeiro ponto a ser destacado de ambas decisões é o fato de o dolo figurar, em qualquer de suas modalidades, como elemento do tipo no *Stalking*, o que representa um aspecto de maior proteção ao bem jurídico, pois exige do agente um dever de atenção quanto à sua conduta inerente ao dolo eventual. No mais, destaca-se o fundamento do fator da reiteração de atos no tempo, sob o ponto de vista de análise da situação real, ou seja, não será qualquer reiteração de atos, mas sim aquela que ultrapasse o limite do tolerável.

118 PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães. **Acórdão nº 214/16.1pbgmr.g1**. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>> Acesso em: 06 mar. 2018.

5.5. Acórdão da Relação de Évora

Acórdão nº 518/14.8PCSTB.E1, de 26 de setembro de 2017. Arguido e ofendida tiveram uma relação de namoro, sem coabitação, que durou 5 anos até maio de 2012, rompendo-se por iniciativa da ofendida. Em outubro de 2012, a ofendida começou a relacionar-se com outra pessoa. Tal fato ao chegar ao conhecimento do arguido, fez com que passasse a ligar inúmeras vezes ao longo do dia, inclusive à noite, exercendo comportamento persecutório. Entre 02 de dezembro de 2013 e 27 de abril de 2014 há o registro de 82 chamadas telefônicas, de voz e MSN, para o telemóvel da ofendida. Algumas das ofensas dirigidas a ela consistiam em chamá-la de “puta”, “vaca” e que “faz o serviço sexual completo”.

O Tribunal reconheceu o *Stalking* no âmbito da violência doméstica, através de vários atos de perseguição. Por outro lado, afastou a tese da defesa no sentido de que é pressuposto da violência doméstica uma relação de “subordinação existencial” entre arguido e ofendida, pois em que pese constituir uma realidade social ela não é elemento do tipo.

Assim, restou condenado a uma pena de 1 ano e 11 meses de prisão, pelo art. 152º, n. 1, “b”, do Código Penal, além das penas acessórias de afastamento (500 m) da residência, local de trabalho, e fiscalização, com base na Lei nº 112/2009, de 16.09 e 152º, nº 5 do Código Penal.

Destaca-se que das pesquisas junto à Relação de Évora, identificou-se o acórdão nº 179/14.4GBRMZ.E1, de 07 de março de 2017, que trata de um escasso caso de *Stalking* cujo arguido é do sexo feminino.

O Tribunal da Relação de Évora foi um dos primeiros a referenciar o termo *Stalking* no ano de 2010 no Acórdão nº 741/06.9TAABF.E1, caracterizado pelas condutas de “perseguir, telefonar, enviar cartas, observar e vigiar, rondar as proximidades do local de trabalho ou residência da pessoa”. Além disso, chamou atenção quanto à discussão doutrinária e jurisprudencial no tocante à componente “medo” no tipo, que não é exigida em países como “Estados Unidos, Malta, Holanda e Austrália”, inversamente do que ocorre na Alemanha e Áustria. As condutas do acórdão nº 741/06 foram enquadradas como um crime de perturbação da vida

privada (art. 190.º n.º1 e 2 do Código Penal), e injúria (art. 180.º n.º1, Código Penal)¹¹⁹.

Por fim, cabe referir quanto ao Acórdão n.º 518/14.8PCSTB.E1, que afasta qualquer possibilidade de êxito da tese da “subordinação existencial da vítima em relação ao agressor”, que quando muito poderia encontrar frágil apoio antes da tipificação do *Stalking*.

119 MARCHESINI, 2015, pp. 64-65.

Conclusões

1. Os dados estatísticos disponibilizados pela APAV antes e depois da criminalização do *Stalking* não permitem, pelo curto espaço de tempo desde a tipificação até a presente data, inferir da real recorrência do tipo em sociedade e nem se seus índices tiveram um retrocesso, sendo natural a elevação do número de registros em face da publicização da criminalização do fato como crime, promovendo-se a busca por direitos. Sugere-se uma nova investigação estatística de no mínimo 5 (cinco) anos desde a tipificação;

2. Os Acórdãos proferidos pelos Tribunais da Relação de Lisboa são escassos, não se podendo afirmar que haja um pensamento jurídico consolidado e linear sobre o *Stalking* após sua tipificação, ressalvadas questões estritamente pontuais;

3. Algumas decisões ratificam julgados anteriores à tipificação quanto ao reconhecimento do dolo, em qualquer de suas modalidades, como elemento do tipo *Stalking*, o que a nosso ver revela-se suficiente sob o ponto de vista normativo à proteção do bem jurídico, não se exigindo uma tipificação do *Stalking* culposo;

4. É possível identificar no âmbito da doutrina e jurisprudência quanto ao crime de *Stalking* consenso em relação ao fato de tratar-se de um crime de perigo “adequado” a “provocar” medo, inquietação ou prejudicar a liberdade de autodeterminação da vítima, circunstância que se coaduna com a ideia de um Direito Penal mínimo;

5. Os acórdãos, na sua maioria, reafirmam que as repetidas mensagens de *MSN*, por telemóvel, são meios aptos a gerar perturbação da vida privada. Assim, não remanesce qualquer margem de dúvida quanto a isso após a tipificação do *Stalking*. O acórdão nº 1184/14.6PIPRT.P2, de 12/07/2017, embora destoe dessa interpretação levou em conta o fato de as mensagens terem sido enviadas anteriormente à tipificação;

6. Carece o ordenamento jurídico português da modalidade pública à ação no crime de *Stalking* para um catálogo de pessoas em situação de vulnerabilidade, em razão da idade, deficiência, doença ou gravidez, conforme previsto na violência doméstica;

7. Entendemos ser tecnicamente inapropriada a forma tentada ao crime de *Stalking*, pois sendo o tipo composto e caracterizado por um conjunto de ações, aptas a afetar a integridade mental e a liberdade de determinação da vítima, torna-se inviável fracionamento do *iter criminis*;

8. Por fim, a ausência das *restraining orders* no crime de *Stalking* configura-se o maior problema na proteção do bem jurídico, ao ponto de poder-se afirmar que a tipificação produziu efeitos meramente simbólicos. É impositiva e urgente revisão legislativa para inclusão das medidas de restrição, tendo em vista a suscetibilidade de novas agressões a que a vítima está sujeita até uma sentença final.

Bibliografia

AA, Suzan Van Der; RÖMKENS, Renée. The state of the art in stalking legislation. Reflecons on European developments. **European Criminal Law Review (EuCLR)**, Munich, vol. 3, pp. 121-270, 2013.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código Penal**: à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 2ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 2010.

ALTMAN, Sheryl. The brilliance of Jodie Foster. **Biography**, vol. 3, n.º 11, p. 46, nov. 1999.

BALLESTEROS, Patrícia Tapia. **El nuevo delito de acoso o Stalking**. Barcelona: Wolters Kluwer, 2016.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2013, p. 90.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5419/2009**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=438638>> Acesso em: 11 mar. 2018.

_____. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 11 mar. 2018.

COELHO, Cláudia; GONÇALVES, Rui Abrunhosa. Stalking: uma dimensão da violência conjugal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano17, n.º 2, pp. 269-302, abr./jun. 2007.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres**. Istambul, 2011. Disponível em <<https://rm.coe.int/168046253d>> Acesso em: 09 jan. 2018.

COSTA, José Faria. **Noções Fundamentais do Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 3ª ed., 2012.

DE FAZIO, L. Criminalization of stalking in Italy: One of the last among the current European member states' anti-stalking laws. **Behavioral Sciences & the Law**, vol. 29, n.º 2, pp. 317-323, mar./abr. 2011. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/bsl.983>> Acesso em: 30 jun. 2018.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. t. 1.

ENGISCH, Karl. **Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht**. Aalen: Scientia, 1964.

ESPAÑA. **Código Penal Español**. Disponível em: <<http://www.boe.es/legislacion/codigos/>>. Acesso em: 23 fev. 2018.

ESTIARTE, Carolina Villacampa. **Stalking y Derecho Penal**: relevância jurídico-penal de una nueva forma de acoso. Madrid: Iustiel, 2009.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Lições de Direito Penal**: Parte Geral I, A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982. Parte Geral II, Penas e medidas de segurança. Coimbra: Almedina, 2010.

FERREIRA MONTE, Mário. Mutilação Genital, Perseguição (Stalking) e Casamento Forçado: novos tempos, novos crimes... Comentários à margem da Lei 83/2015, de 5 de agosto. **Revista Julgar**, Lisboa, n.º 28, pp. 75-78, jan./abr. 2016.

FINCH, Emily. Stalking the Perfect Stalking Law: An Evaluation of the Efficacy of the Protection from Harassment Act 1997. **The Criminal Law Review**, London, September, pp. 703-718, 2000.

GARGIULLO, Bruno Carmine; DAMIANI, Rosaria. **Lo stalker, ovvero il persecutore in agguato**: classificazioni, assessment i profili psicocomportamentali. Milano: Franco Angeli, 2016.

GRANGEIA, Helena; MATOS, Marlene. Da invisibilidade ao reconhecimento do stalking. In: SANI, Ana Isabel Martins. **Temas em vitimologia**: realidades emergentes na vitimização e respostas sociais. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. Riscos associados ao *stalking*: violência, persistência e reincidência. **Revista Psiquiatria, Psicologia e Justiça**, n.º 5, pp. 29-48, 2012. Disponível em: <http://www.spppj.com/uploads/psiquiatria_psicologia_e_justica_2..2.pdf> Acesso em: 13 mar. 2018.

HOLMES, Ronald M. Criminal Stalking: an analysis of the various typologies of stalkers. In: DAVIS, A. Joseph; CHIPMAN, Marcella A. **Stalkers and Other Obsessional Types**: a review and forensic psychological typology of those who Stalk. New York: CRC Press, 2001, pp. 19-29.

JOHNSON, H.; NATALIA Ollus; NEVALA, Sami. **Violence against women**: an international perspective. New York: Springer, 2008.

LARA, R. Introdução aos complexos categoriais do ser social. **Em Pauta**, Rio de Janeiro, vol. 13, n.º 36, pp. 269-292, out. 2015.

LEITE, Inês Ferreira. Crimes novos, lei nova. **Capazes**, Lisboa, jul. 2015. Disponível em: <<https://capazes.pt/cronicas/crimes-novos-lei-nova-por-ines-ferreira-leite/view-all/>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

_____. **Stalking**: a propósito da violência no contexto da intimidade. n.p. Disponível em: <https://prezi.com/hc5ooj4wkvue/stalking/?utm_campaign=share&utm_medium=copy> Acesso em: 09 mar. 2018.

KNIGHT, M. A. Stalking and cyberstalking in the United States and rural South Dakota: twenty-four years after the first legislation. **South Dakota Law Review**, vol. 59, n.º 2, pp. 1-43, jun. 2014.

MARAN, Daniela Acquadro (et al.). Stalking Victimization among Italian University Students. **Gender & Behaviour**, vol. 12, n.º 3, pp. 6070-6079, jun. 2014. Disponível em: < search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=a9h&AN=97094849&lang=pt-br&site=eds-live > Acesso em: 01 jul. 2018.

MARCHESINI, Sephora. **O Stalking nos acórdãos da Relação de Portugal: a compreensão do fenómeno antes da tipificação.** Revista de Sociologia Configurações, n.º 16, pp. 55-74, 2015.

MATOS, Marlene (et al.). Vitimização por Stalking: preditores do medo. **Análise Psicológica**, Lisboa, vol. 30, n.º 1-2, pp. 171-176, jan. 2012.

_____. **Inquérito de Vitimização por Stalking:** relatório de investigação. Minho: Universidade do Minho, 2011. Disponível em:< <http://www.stalking-gisp.com> > Acesso em: 29 jun. 2018.

_____. **Stalking.** Lisboa: Centro de Estudos Judiciários (CEJ), dez. 2016, pp. 29-52. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_Penal_ProcessualPenal.pdf. Acesso em: 09 mar. 2018.

_____; PEREIRA, Felipa. Cyber-Stalking Victimization: What Predicts Fear Among Portuguese Adolescents? **European Journal on Criminal Policy and Research**, vol. 22, n.º 2, pp. 253-270, jun. 2016. Disponível em: < <https://link.springer.com/article/10.1007/s10610-015-9285-7> > Acesso em: 01 jul. 2018.

MOLLÉS, Dévrig. Transferencias y luchas culturales transatlánticas: feminismo, librepensamiento y redes masonicas entre Europa y América (1860 – 1910). **Revista de Estudios Históricos de la Masonería Latinoamericana y Caribeña**, Costa Rica, vol. 4, n.º 2, pp. 89-112, dez. 2012. Disponível em: < <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=369537602006> > Acesso em: 26 jun. 2018.

MONTE, Elio lo. Una nuova figura criminosa: lo stalking (art. 612-bis c.p.). Ovvero L'ennesimo, inutile, guazzabuglio normativo". **L'indice penale**, Padova, Nuova serie, ano13, n.º 2, pp. 479-508, jun./dez. 2010.

NETO, Renato Drummond Tapioca. **A trajetória do movimento feminista.** Rainha Trágicas. 2012. Disponível em: <<https://rainhastragicas.com/2012/12/18/a-trajetoria-do-movimento-feminista/>> Acesso em: 07 jan. 2018.

OXFORD DICTIONARY. Disponível em: <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/stalk>> Acesso em: 08 jan. 2018.

PAISAL, Marc Salat. Sanciones aplicables a manifestaciones contemporáneas de violência de género de escassa gravedad: el caso de *stalking*. **Revista para Análises del Derecho**, Lleida, p. 17, 2018. Disponível em: <www.indret.com > Acesso em: 28 jun. 2018

PALMA, Maria Fernanda. Dolo eventual e culpa em Direito Penal. In: VALDÁGUA, M.C. (Coord.). **Problemas fundamentais de Direito Penal**: Colóquio Internacional de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2002, pp. 45-68.

_____. **Direito Penal**: parte geral, a teoria geral da infração como teoria da decisão penal. 3ª ed. Lisboa: AAFDL, 2017.

_____. **Conceito material de crime, direitos fundamentais e reforma penal**. 2012, pp. 1-12. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tqb_ma_22910.pdf > Acesso em: 29 jun. 2018.

PATHÉ, Michele; MULLEN, Paul E.; PURCELL, Rosemary. Management of victims of stalking. **Advances in Psychiatric Treatment**, Cambridge, vol. 7, ed. 6, pp. 399-406, nov. 2001. Disponível em: < https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/5024852423481D0EB0AA59BD675C9546/S1355514600010105a.pdf/management_of_victims_of_stalking.pdf > Acesso em: 28 jun. 2018.

PORTUGAL. **Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV)**. Disponível em: <https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_Relatorio_Anual_2014.pdf> Acesso em: 17 mar. 2018.

_____. Tribunal da Relação de Coimbra. **Acórdão nº 60/13.4PCLRA.C1, de 21 jan. 2015**. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>> Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. Tribunal da Relação do Porto. **Acórdão nº 1452/09.9PCCBR.C1**, de 10 março 2010. Disponível em: < <http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 23 fev. 2018.

_____. Tribunal da Relação do Porto. **Acórdão nº 18/15.9GAPRD.P1**. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>> Acesso em: 06 mar. 2018.

_____. Tribunal da Relação do Porto. **Acórdão nº 1184/14.6PIPRT.P**. Disponível em: <<http://www.trp.pt/d>> Acesso em 05 mar. 2018.

_____. Tribunal da Relação do Porto. **Acórdão nº 91/14.7PCMTS.P1**. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>> Acesso em: 05 mar. 2018.

_____. Tribunal da Relação de Guimarães. **Acórdão nº 214/16.1pbgmr.g1**. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>> Acesso em: 06 mar. 2018.

_____. Tribunal da Relação do Porto. **Acórdão n. 173/14.5GBAND.P1**, de 09 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>> Acesso em: 20 mar. 2018.

RIBEIRO, Arthur Guimarães. **Stalking**: medidas de coação e de punição e tutela da vítima. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários (CEJ), 2016, pp. 09-28. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_Penal_ProcessualPenal.pdf>. Acesso em: 09 mar.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997.
SANTOS, Bárbara Fernandes Rito. **Stalking**: parâmetros de tipificação e o bem jurídico da integridade psíquica. Coimbra: Coimbra Editora, 2017.

SCHLESINGER, Louis B. Stalking, Homicide, and Catathymic Process: a case study. **International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology**, vol. 46, n.º 1, pp. 64-74, 2002. Disponível em: <<http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0306624X02461005>> Acesso em: 29 jun. 2018.

SCHÜNEMANN, Bernd. **El Derecho Penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos!** Sobre los limites inviolables del Derecho Penal en un Estado liberal de derecho. Tradução Ângela de la Torre Benitez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. A convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de gênero. **Ex aequo**, Lisboa, n.º 31, pp. 105-121, jun. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-55602015000100009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 12 mar. 2018.

STOREY, Jennifer E.; HART, Stephen D.; MELOY, J. Reid. Psychopathy and Stalking. **Law and Human Behavior**, vol. 33, n.º 3, pp. 237-246, jun. 2009.

STORY, Jennifer E.; HART, Stephen D. How Do Police Respond to Stalking? An Examination of the Risk Management Strategies and Tactics Used in a Specialized Anti-Stalking Law Enforcement Unit. **Journal of Police and Criminal Psychology**, vol. 26, n.º 2, pp. 128-142, out. 2011. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s11896-010-9081-8>> Acesso em: 01 jul. 2018.

TIGANO, Simona. Atti persecutori e maltrattamenti nei confronti degli ex: dall'introduzione del delitto di stalking alla recente legge n.º 172 del 2012. **Il Diritto di Famiglia e delle Persone**, Milano, vol. 42, n.º 1, pp. 350-375, jan./mar. 2013.

UNITED STATES OF AMERICA. **The Model Stalking Code Revisited**. Disponível em: <<https://victimsofcrime.org/docs/default-source/src/model-stalking-code.pdf?sfvrsn=12>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

_____. The National Center for Victims of Crime. **Stalking Orders of Protection**. Disponível em <<http://victimsofcrime.org/our-programs/stalking-resource-center/stalking-laws/stalking-orders-of-protection>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

WALTER, L.; MELOY, J. Stalking and domestica violence. In: MELOY, J. (Ed.) **The psychology of Stalking**: clinical and forensic perspectivs. San Diego: Ademica Press, 1988, pp. 139-161.

WHITE, Jaquelyn; KOWALSKI, Robin. M.; LYNDON, Amy; VALENTINE, Sherri. An Integrative Contextual Developmental Model of Male Stalking. *In*: DAVIS, K. E.;

FRIEZE, I. H.; MAIURO, R.D. (eds.). **Stalking**: perspectives on victims and perpetrators. New York: Springer Publishing Company, 2002, pp. 163-185.



DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

SIGA-NOS





DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Rua Sete de Setembro, 666 - Centro - Porto Alegre / RS - Brasil - CEP 90010-190

Telefone: (51)32 11-2233 - www.defensoria.rs.def.br

 [facebook/defensoriars](https://www.facebook.com/defensoriars)

 [@_defensoriars](https://twitter.com/_defensoriars)



DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL