

2º ENCONTRO CIENTÍFICO DE ALUNOS E EGRESSOS



 **PPGCJ**

Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciências
Jurídicas - Nível Doutorado e Mestrado - Unicesumar

GT 3 - Ciências Criminais e Direitos da Personalidade

Coordenadores

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila.

Prof. Dr. Alexander Rodrigues de Castro.

Doutoranda Débora Alécio.

Mestranda Gabriela Decurcio.

SUMÁRIO:

ARTIGOS;

EM BUSCA DE UMA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS ALTERNATIVA – GARANTISMO E ABOLICIONISMO PENAL COMO FUNDAMENTO TEÓRICO A PARTIR DA GENEALOGIA DAS DROGAS NO BRASIL E GOVERNAMENTALIDADE4

ENCARCERAMENTO FEMININO: DESIGUALDADES E DEFICIÊNCIAS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO33

OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL: A EFETIVAÇÃO DO DIREITO PERSONALÍSSIMO À LIBERDADE POR INTERMÉDIO DO ACESSO À JUSTIÇA..... 48

RESUMOS EXPANDIDOS;

A DISSEMINAÇÃO DO STALKING: O QUE MUDOU COM O ARTIGO 147-A DO CÓDIGO PENAL E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....63

DA RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E OS FATORES QUE RATIFICAM A CONDUTA DELITUOSA DO INDIVÍDUO68

FALSAS MEMÓRIAS NAS OITIVAS DE TESTEMUNHAS NO PROCESSO PENAL: DA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....72

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DAS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA77

JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA A VIOLÊNCIA DE GÊNERO?.....82

O RECUPERANDO MODELO E O DIREITO PERSONALÍSSIMO À IDENTIDADE NO MÉTODO APAC86

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO ADOLESCENTE AUTOR DE ATO INFRAACIONAL COM TRANSTORNO MENTAL90

REFLEXÕES AO CÓDIGO DE MENORES DE 1927 E SUAS IMPLICAÇÕES AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI A PARTIR DA LEITURA DE *CAPITÃES DA AREIA*, DE JORGE AMADO.....94

EM BUSCA DE UMA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS ALTERNATIVA – GARANTISMO E ABOLICIONISMO PENAL COMO FUNDAMENTO TEÓRICO A PARTIR DA GENEALOGIA DAS DROGAS NO BRASIL E GOVERNAMENTALIDADE

M.e Silvio Toledo Neto¹

¹Mestre em Ciências Jurídicas pela UniCesumar. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pelo IDCC – Maringá/PR. Graduado em Direito pela PUC – Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus Maringá/PR. Advogado.

RESUMO

O presente artigo visa trabalhar o complexo tema das drogas em nossa sociedade, mormente em busca de uma política criminal alternativa à atual, marcada pelo proibicionismo e a guerra total aos entorpecentes. Frisa-se a complexidade do tema e, para tanto, desenvolveu-se estudo acerca da genealogia das drogas no Brasil e a governamentalidade, demonstrando assim a utilização do medo às drogas como instrumento de repressão, bem como as várias fases e formas que a sociedade brasileira lidou com as substâncias entorpecentes hoje proibidas. Almejou-se através dos estudos sobre o garantismo penal, bem como através dos fundamentos do abolicionismo penal, denotar o estado de inconstitucionalidade da atual Lei de Drogas e, com isso, avançar em busca de uma política criminal alternativa dispensada às drogas, considerando, para tanto, resguardar os direitos da personalidade daqueles que, inevitavelmente, fazem uso de drogas.

PALAVRAS-CHAVE: Política Criminal de Drogas; Genealogia das Drogas e a Governamentalidade; Garantismo Penal. Abolicionismo Penal; Inconstitucionalidade. Direitos da Personalidade.

1. INTRODUÇÃO

Ocupar-se da questão das drogas é trazer à pauta um tema complexo a ser perquirido. Da perspectiva individual aos métodos científicos, cada qual pode emergir com seu entendimento e razão, baseados em experiências individuais ou realidades testemunhadas, porém, é impossível negar os fatos, principalmente, a violência gerada pelas drogas, “além disso, muito têm-se produzido a respeito da temática nos anos recentes, dada a expansão da preocupação social, política e

econômica sobre o tema”¹. Esta violência gerada pelas drogas é o resultado da política criminal adotada, o que nos obriga a estudá-la buscando os melhores diálogos com fundamentos teóricos de bases garantistas e abolicionistas, com especial enfoque na Constituição Federal. Neste diapasão, este artigo busca compreender a temática deste trabalho sem que se estabeleça supostas verdades sobre a problemática das drogas que, pela complexidade inerente da questão, nos impede de declarar “trânsito em julgado” da pesquisa pela conclusão que se formar.

2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA UMA POLÍTICA CRIMINAL ALTERNATIVA

Utiliza-se, para tanto, de fundamentos teóricos de políticas criminais alternativas, a partir do garantismo e do abolicionismo, especialmente considerando a política criminal dispensada às drogas com base na repressão, com sujeição do usuário e traficante às penas instituídas por lei, bem como a consequência trágica do encarceramento em massa e a não satisfação da ressocialização do indivíduo envolvido com drogas, contrapondo, inclusive, com a outorga do poder do tráfico pela criminalização. No garantismo, objetivando “o máximo grau de racionalidade e a confiabilidade do juízo e, para tanto, a limitação do poder punitivo e a tutela da pessoa contra arbitrariedades”², almeja-se racionalizar a razão de ser da criminalização na questão das drogas, se é que ainda há fundamento para que se invoque o poder punitivo estabelecido no regramento penal no que condiz tanto ao uso quanto ao tráfico de drogas. Por outro lado, no abolicionismo, caminha-se no sentido

¹ JUNIOR, Flávio Bortolozzi. *Resistir para re-existir: criminologia (d)e resistência e a (necro)política brasileira de drogas*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 174.

² ÁVILA, Gustavo Noronha. *O debate entre luigi ferrajoli e os abolicionistas: entre a sedução pelo discurso do medo e as práticas libertárias*. Revista Jurídica Unicesumar, Maringá, 2016, v. 16, n. 2, p. 543-561.

de se reconhecer essencialmente que “a regra é o fato de as condutas não serem criminalizadas, não o contrário.”³

É preciso antes de adentrar aos estudos das políticas criminais alternativas, realizar um panorama da questão das drogas, especialmente no Brasil. Contudo, diferentemente do que já se fez no início deste trabalho, não se trata de relatar as mudanças legislativas ao longo do tempo, mas “de uma perspectiva genealógica, identificar como se construiu no Brasil o problema da droga culminando no recurso à criminalização do uso e circulação, e como isso serviu/serve enquanto tecnologia de governo”⁴. Trata-se nesta questão da arte de governar, da qual se utiliza dos dispositivos das drogas como técnica de governo, a governamentalidade pela instituição da criminalização ao passo que se considera que foi “justamente esta saída do Estado de seus domínios formais para os corpos dos cidadãos que permitiu a sobrevivência da abstração estatal.”⁵ A partir desta ótica, é possível identificar as “diferentes configurações das formas de governo, das relações de saber e poder que se projetam sobre este objeto (drogas), constituindo efeitos, significações, dispositivos, subjetividades de forma distinta.”⁶

3. GENEALOGIA DAS DROGAS NO BRASIL E A GOVERNAMENTALIDADE

Essa epistemologia das drogas é necessário na medida que se constata que as substâncias psicoativas sempre estiveram presentes nas

³ ÁVILA, Gustavo Noronha. *O debate entre luigi ferrajoli e os abolicionistas: entre a sedução pelo discurso do medo e as práticas libertárias*. Maringá: Revista Jurídica Unicesumar, 2016, v. 16, n. 2, p. 543-561.

⁴ JUNIOR, Flávio Bortolozzi. *Resistir para re-existir: criminologia (d)e resistência e a (necro)política brasileira de drogas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 179.

⁵ ÁVILA, Gustavo Noronha de; e GUILHERME, Vera Maria. *Abolicionismos Penais*. Rio de Janeiro-RJ: Editora Lumen Juris, 2015, p.43.

⁶ JUNIOR, Flávio Bortolozzi. *Resistir para re-existir: criminologia (d)e resistência e a (necro)política brasileira de drogas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 179.

mais diversas sociedades, o que nos impõe tecer um olhar crítico à questão da drogadição desvinculando-se da política do medo, que subsidia discursos de repressão às drogas a todo e qualquer custo, mesmo em detrimento da vida, da integridade física e psíquica, da honra, da imagem, da privacidade e da intimidade, dentre outros direitos da pessoa. Ademais, é justamente pela política do medo que se deflagram enormes gastos do erário. Em sentido contrário ao suposto medo das drogas, vários estudos de cunho histórico e antropológico denotam “que o ser humano sempre se relacionou com substâncias capazes de alterar seu estado de consciência (psíquico) ou físico”⁷. E, não obstante as circunstâncias peculiares de cada época, “esses usos remetem aos mais diversos contextos bem como finalidades a exemplo de celebrações de caráter religioso; para finalidades curativas (medicinal); em processos de interação social, festividades (recreativo) ou mesmo em razão das propriedades nutritivas.”⁸ Portanto, é possível anuir com a conclusão de que “aquilo que hoje se compreende por droga é uma construção social”, tratando-se de definição baseada no contexto cultural, social, político e econômico, sendo que “exatamente a mesma lógica deve ser aplicada às significações de adicção/vício/dependência, doença, etc”. Neste sentido, “é adequado dizer que se tratam de definições políticas (no sentido lato da palavra), permeadas por relações de poder e de saber por trás dos processos de significação.”⁹

Mesmo no Brasil determinadas substâncias receberam significações distintas a cada época, a exemplo cita-se que “até o século XVII a cachaça era vendida como remédio ou produto de luxo, sendo vulgarizado seu uso ao longo do século XVIII” enquanto este uso perdura

⁷ JUNIOR, Flávio Bortolozzi. *Resistir para re-existir: criminologia (d)e resistência e a (necro)política brasileira de drogas*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 176.

⁸ JUNIOR, Flávio Bortolozzi. *Resistir para re-existir: criminologia (d)e resistência e a (necro)política brasileira de drogas*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 176.

⁹ JUNIOR, Flávio Bortolozzi. *Resistir para re-existir: criminologia (d)e resistência e a (necro)política brasileira de drogas*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 178.

até os tempos atuais, fazendo com que a cachaça seja um importante produto no mercado de consumo brasileiro e de grande importância na economia nacional. Aliás, fazendo referência ao Brasil colonial o termo droga representava “uma ampla gama de produtos, do pau-brasil ao algodão ou mesmo às especiarias orientais como pimenta, canela e nóz moscada.”¹⁰

Nesse mesmo sentido, outra substância psicoativa de especial relevo no cenário atual dos debates sobre as drogas, a maconha, também recebeu significações distintas em determinados períodos, pois “muito antes de ser chamada de 'erva maldita', a *Cannabis sativa* prestou importantes serviços à humanidade”. E não apenas como remédio. Até o início do século 20, ela era um dos cultivos mais importantes para a indústria. Sua fibra, mais forte que a do algodão, era o material mais indicado para a fabricação de cordas e tecidos resistentes”¹¹. No Brasil, também se explorou o mercado do cânhamo, com cultivo voltado a “confecção de cordas e tecidos chegando inclusive a Coroa a fundar a *Real Feitoria do Linho Cânhamo*”¹², iniciativa que não prosperou. O hábito de se fumar a planta, por sua vez, foi difundida especialmente pelos africanos, inclusive, “evidências apontam que desde o século XVI era permitido à escravos fumar em períodos de descanso. De origem africana também as nomenclaturas utilizadas no Brasil para referir à mesma: *liamba*, *riamba* e *diamba*.”¹³ Esta planta também foi explorada pelo nordeste brasileiro, que a utilizou como mercadoria de relevante lucratividade nos negócios estadunidenses, tendo presidentes como Benjamim Franklin e Thomas

¹⁰ JUNIOR, Flávio Bortolozzi. *Resistir para re-existir: criminologia (d)e resistência e a (necro)política brasileira de drogas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 183.

¹¹ ARAUJO, Tarso. *Almanaque das drogas – um guia informal para o debate racional*. São Paulo: Editora Leya, 2014, 2ª ed., p. 131.

¹² JUNIOR, Flávio Bortolozzi. *Resistir para re-existir: criminologia (d)e resistência e a (necro)política brasileira de drogas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 186.

¹³ JUNIOR, Flávio Bortolozzi. *Resistir para re-existir: criminologia (d)e resistência e a (necro)política brasileira de drogas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 186.

Jefferson como os dois dos seus principais interessados, uma vez que o “óleo de Cânhamo, gênero da *cannabis sativa*, conhecida popularmente como maconha, era extraído daquela planta e utilizada como combustível na produção da luz elétrica que chegava às ruas de algumas das grandes cidades dos Estados Unidos da América.”¹⁴

Diante destas constatações que denotam que a significação dispensadas às drogas em séculos passados era absolutamente contrário ao que conhecemos hoje pela política criminal do proibicionismo, certifica-se que antes do início do século XX “não se pode falar das drogas enquanto problema. Esta configuração perdura até aproximadamente a virada do século XIX para o século XX, quando emerge uma nova configuração: o recurso às primeiras políticas proibicionista diante do redesenho social e político do Estado brasileiro, da ascensão e consolidação de novos saberes (*as ciências do homem*, sobretudo), e uma nova racionalidade governamental sobre a população: *a biopolítica*.”¹⁵

No início do século XX, com a conjunção de nova perspectiva jurídica em relação às drogas, supostamente fomentada pelos novos saberes alcançados na literatura médica e concretizada com o avanço esmagador do poder das indústrias farmacêuticas, agregada à política de se ter as drogas como um grande mal à humanidade, efetivamente culminou em uma ruptura na significação social até então dispensada à drogadição, enraizando em seu lugar outra significação que, em sua essência, é marcada pela demonização destas substâncias, fazendo com que o proibicionismo fosse a ordem natural para se combater o problema instalado ou, melhor esclarecendo, o problema, agora com vida gerada pelo medo, somente poderia ser combatido pela repressão às drogas, utilizando-se, para tanto, de severas penas à quem produzisse,

¹⁴ ROSA, Pablo Ornelas. *Drogas e a Governamentalidade Neoliberal – uma genealogia da redução de danos*. Florianópolis: Insular, 2014. p. 54.

¹⁵ JUNIOR, Flávio Bortolozzi. *Resistir para re-existir: criminologia (d)e resistência e a (necro)política brasileira de drogas*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 180.

comercializasse e usasse estas substâncias psicoativas. Esta nova perspectiva do direito somada aos “novos saberes médicos-psiquiátricos e posteriormente através da indústria farmacológica (que passaram a ter a hegemonia discursiva sobre os usos adequados destas substâncias), com a consequente patologização de certas substâncias e de sujeitos (a criação do anormal: o toxicômano)”¹⁶, foi a tônica que fomentou o início do proibicionismo em relação às drogas, que teve seu ponto alto na década de 1970, quando então passou a ser tratado como guerra contra as drogas.

Contudo, outros elementos fomentaram esta política criminal de repressão que durou ao longo do século XX e permanece neste século, embora já relativizada por outras políticas criminais mais voltada ao abolicionismo como já denotado, elementos como a implantação de políticas sanitaristas e higienistas, mudanças no ideário social acerca das drogas, um novo projeto político a partir do século XX, especialmente considerando a recente abolição da escravatura, a urbanização crescente, a pobreza e a questão social, bem como a ordem mundial que estabelecia o proibicionismo como projeto político a ser adotado por todos os países¹⁷, concretizaram a política de repressão às drogas e fez com que a maioria dos países adotassem a criminalização de determinadas substâncias psicoativas como meio de se combater o grande mal que avançava contra a saúde pública e possuía como objetivo destruir, supostamente, a pessoa e a família. Portanto, nesta perspectiva, é importante destacar “que na década de 1920 um novo elemento entraria em discussão: A ótica higienista.”¹⁸

Como referido, a partir do século XX a interdisciplinariedade ingressava com mais intensidade no mundo jurídico, especialmente os

¹⁶ JUNIOR, Flávio Bortolozzi. *Resistir para re-existir: criminologia (d)e resistência e a (necro)política brasileira de drogas*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 192.

¹⁷ JUNIOR, Flávio Bortolozzi. *Resistir para re-existir: criminologia (d)e resistência e a (necro)política brasileira de drogas*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 192-3

¹⁸ JUNIOR, Flávio Bortolozzi. *Resistir para re-existir: criminologia (d)e resistência e a (necro)política brasileira de drogas*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 194

saberes desenvolvidos pela literatura médica, considerando que “a significação médica dada a estas substâncias mudou substancialmente na última década do século XIX e primeiras do século XX. É neste período da virada do século que o problema médico-científico das drogas começa a ser efetivamente construído.”¹⁹ Com esta nova construção social dispensada às drogas, cria-se, através da patologização de determinadas substâncias, a figura do toxicomaníaco ou adicto e, com isso, se “institucionalizou o campo científico da psiquiatria no Brasil. Como produto deste saber e de seus critérios de verificação por meio da chave *normal-patológico*, tem-se a criação de uma nova subjetividade anormal: o *toxicômano*”. Inevitavelmente se há uma patologia, deverá haver a busca por técnicas e remédios que visam a cura da toxicomania, que restou por ser tratada conjuntamente com a loucura e o crime, sendo este o ponto “central para a consolidação de uma hegemonia da representação psiquiátrica sobre drogas na medicina brasileira.”²⁰

A definição do usuário como dependente de drogas também se modificou ao longo do tempo. “Até meados do século XX, os farmacologistas entendiam que a familiaridade com diferentes tipos de substâncias decorreria na diminuição da intoxicação”²¹, logo, entendia-se que o uso prolongado e habitual de determinadas substâncias resultaria em um costume gradativo do usuário para com a substância ministrada. No entanto, esta ótica foi alterada pela postura repressiva às drogas, de modo que “deixou de compreender que o fator de tolerância possuía como característica a capacidade de uma droga entrar em contato com o organismo sem causar graves efeitos nocivos, passando a perceber que a

¹⁹ JUNIOR, Flávio Bortolozzi. *Resistir para re-existir: criminologia (d)e resistência e a (necro)política brasileira de drogas*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 197

²⁰ JUNIOR, Flávio Bortolozzi. *Resistir para re-existir: criminologia (d)e resistência e a (necro)política brasileira de drogas*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 198

²¹ ROSA, Pablo Ornelas. *Drogas e a Governamentalidade Neoliberal – uma genealogia da redução de danos*. Florianópolis: Insular, 2014. p. 64

frequência no uso possibilitaria uma melhor adequação ao organismo”²², para então adotar outro entendimento, a de que o uso reiterado, habitual e contínuo de substâncias psicoativas resultaria no uso abusivo de drogas, sendo que esta “expressão uso abusivo de drogas, utilizada por diversos profissionais da saúde acaba sendo empregada de forma bastante problemática na medida em que os juízos de valores passam a ser presentes nas práticas e diagnósticos destes profissionais que atribuem uma doença normalmente chamada de dependência química”²³. Ainda nesta esteira, “os modelos atuais de dependência tendem a localizar as causas dos padrões de uso de drogas dentro do corpo ou cérebro do indivíduo, afastando fatores relacionais e contextuais.”²⁴

A partir deste contexto, que perdurou até chegar o século XXI revela-se que com o diagnóstico de abuso de drogas, o usuário é tratado como doente, passando então a ser estigmatizado no meio social, devendo a partir desse diagnóstico ser medicado e tratado, enquanto que para combater o acesso a estas substâncias degenerativa da moral e da ordem cívica, resta a proibição de produção, comercialização e uso. Portanto, é justamente “a partir da interseção dos saberes médicos e jurídicos, das técnicas de melhoramento populacional por práticas higienistas e moralizantes, de uma difusão midiática preocupada com a degenerescência do povo e com a patologização de determinadas substâncias em si, se construiu uma nova estratégia de governo populacional: o *dispositivo das drogas*.”²⁵ É afirmar assim que o “saber/poder que investe sobre a vida da população (biopolítica), e que tem

²² ROSA, Pablo Ornelas. *Drogas e a Governamentalidade Neoliberal – uma genealogia da redução de danos*. Florianópolis: Insular, 2014. p. 64

²³ ROSA, Pablo Ornelas. *Drogas e a Governamentalidade Neoliberal – uma genealogia da redução de danos*. Florianópolis: Insular, 2014. p. 64

²⁴ PBPD, Plataforma Brasileira de Política de Droga. *Plato – Drogas e Políticas*. Editora da Plataforma Brasileira de Política de Droga, v. 1, setembro, 2017, p. 79

²⁵ JUNIOR, Flávio Bortolozzi. *Resistir para re-existir: criminologia (d)e resistência e a (necro)política brasileira de drogas*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 214

como finalidade o melhoramento, o *aperfeiçoamento da população*, a regeneração da raça, está inserido em um projeto de formação de uma nova nação.”²⁶

4. GARANTISMO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS

O caos social que as drogas geram é incontestável, seja pela guerra sangrenta da repressão ou a luta incansável pelo poder que a proibição fomenta, ou ainda, pelos danos à saúde que o uso problemático causa ao usuário (mesmo sendo este uso criminalizado), ou então seja pela interferência direta e invasiva do estado na vida privada de quem se propõe a fazer uso de determinada substância psicoativa para alcançar a qualidade de vida que bem entender a partir de sua autonomia quanto ser humano, inevitavelmente, este tema atinge a todos que se encontram no seio social de maneira indistintamente. A violência gerada através das drogas é real e desde logo se constata que mesmo com a presença de legislação específica disciplinando a questão no ordenamento jurídico brasileiro, o resultado almejado de saúde pública e paz social, com enfoque à erradicação do uso das drogas, estão longe de se concretizar.²⁷

Este capítulo se propôs a estudar a política criminal empregada nesta problemática social, após perلustrar os pontos importantes da genealogia das drogas, inclusive constatando a existência da governamentalidade através dos dispositivos legais voltadas à repressão às drogas. Questionando esta política proibicionista no Brasil que foi herdada da guerra total às drogas, a qual vem sendo construída ao longo de mais de um século²⁸, utiliza-se, inicialmente, de fundamentos teóricos

²⁶ JUNIOR, Flávio Bortolozzi. *Resistir para re-existir: criminologia (d)e resistência e a (necro)política brasileira de drogas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 196.

²⁷ MALGOR, Hermann Schrek. *Soltar as Muletas – Um olhar diferente sobre as drogas e a adição*. São Paulo-SP: Summus Editorial, 2019, p. 34.

²⁸ "Em 17 de junho de 1971, o então presidente dos Estados Unidos, Richard Nixon, usou pela primeira vez o termo *guerra contra as drogas*. 'O abuso das drogas é o inimigo número um dos

do modelo de Direito Penal mínimo estudado por Luigi Ferrajoli, considerando as ordens constitucionais que determinam o Direito Penal como a *ultima ratio* para manutenção da ordem social e prevenção da violência, que em determinado momento é cometida tanto pelo autor do delito e, após a ocorrência do crime, no momento da persecução penal, pode ser também cometida pelo estado. Contudo, por várias vezes a análise deste segundo momento, ou seja, no momento da persecução penal que pode nascer a violência pelo estado, é negligenciada ou "esquecida" de ser devidamente apurada e coibida. E, mais, ao considerar o garantismo como modelo normativo de direito, é possível fundamentar a existência de legitimidade ou ilegitimidade do dispositivo das drogas no Brasil a partir da análise de qual grau de garantismo possui esta normatividade. Para que melhor se entenda, "os graus serão considerados mais fortes quanto mais estiverem presentes os axiomas do chamado sistema garantista"²⁹, os quais serão analisados na sequência.

Na questão das drogas como já demonstrado, a violência é deflagrada justamente contra os mais fracos economicamente, muitas vezes residentes da periferia onde há o domínio do tráfico de drogas, em verdade, a violência atinge o negro pobre confundido por traficante, a pessoa inocente vítima das balas perdidas da guerra contra as drogas, a criança exposta ao traficante na porta da escola, a família moradora da favela que não pode educar seus filhos longe do poder do tráfico de drogas que se utiliza da própria violência para dominar territórios inteiros, os quais o estado está longe de exercer o domínio e o controle. Ainda há, por sua vez, a violência gerada na individualidade do ser humano pela interferência do estado na esfera privada do indivíduo em exercício de sua autonomia,

Estados Unidos', discursou". MALGOR. Hermann Schreck. *Soltar as Muletas: um olhar diferente sobre as drogas e a adição*. São Paulo: Summus Editorial, 2019, p. 28.

²⁹ Ávila, Gustavo Noronha. *O Debate Entre Luigi Ferrajoli e os Abolicionistas: entre a sedução pelo discurso do medo e as práticas libertárias*. Maringá: maio/ago. 2016, v. 16, n. 2, p. 543-561. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6617>> Acesso em 25/08/2019.

porém, vale reiterar, a proteção do usuário deve ser integral, mas também se deve voltar os olhos aos grupos vulneráveis que vivem diariamente em meio ao caos das drogas, sem que se desejasse qualquer envolvimento com psicoativos. Havendo a criminalização do uso, da posse e produção de substâncias psicoativas que já provaram perdurar por gerações, haverá guerra por seu domínio, já que ainda existentes. Havendo demanda, não obstante a criminalização, ocorrerá o comércio, ainda que seja este qualificado como o mercado negro das drogas, que requer inclusive o emprego da violência para desenvolver sua atividade, relacionando-se diretamente com outros crimes, como o tráfico de armas e crimes contra a vida e o patrimônio. Esta constatação corrobora com o fundamento que a condição que gera o poder ao traficante é a proibição do uso, posse e produção das drogas, de sorte a sustentar que a descriminalização da posse, circulação e produção para o usuário, retirarão a oferta das mãos dos traficantes.

A partir destas constatações fáticas da realidade brasileira, é preciso registrar para que se entenda o que seriam os graus de garantismo, os axiomas garantistas. Estes, não se apresentam como proposições assertivas, mas como proposições prescritivas; também não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer; não enunciam as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, senão as que deva satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou a parâmetros de justificação externa.³⁰ Trata-se, pois, do comprometimento moral da normativa, também denominadas por Ferrajoli de implicações deônticas, normativas ou de dever ser, cuja a conjunção nos diversos

³⁰ No original: "Los axiomas garantistas - formados por las implicaciones entre cada término de la serie aquí convenida y los términos posteriores - no expresan proposiciones asertivas, sino proposiciones prescriptivas; no describen lo que ocurre, sino que prescriben lo que debe ocurrir; no enuncian las condiciones que un sistema penal efectivamente satisface, sino las que debe satisfacer en adhesión a sus principios normativos internos y/o a parámetros de justificación externa." FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 1995, p. 91 (tradução nossa).

sistemas, que aqui se tornarão axiomatizados, dá vida a modelos deônticos, normativos ou axiológicos. A adoção destes modelos, começando pelo garantista em máximo, supõe, pois, uma opção ético-política a favor dos valores normativamente tutelados por eles.³¹ É certo, principalmente, que ao considerar estes axiomas garantistas devem colocá-los na condição de princípios sem os quais não poderá subsistir um Direito Penal constitucional, é afirmar que “tais critérios/princípios definidores são de concepção notadamente minimalista de Direito Penal. Existe, portanto, uma relação não só entre o Direito Penal mínimo e o garantismo, como também entre o direito penal mínimo, efetividade e legitimação do sistema penal.”³²

Selecionaram-se 10 (dez) princípios para compor como imprescindível o sistema garantista (SG), de modo que para se falar em graus de garantismo dos sistemas penais é preciso constatar a presença destas implicações deônticas, de sorte que quanto maior for a garantia da concretização destes princípios, maior então será o grau garantista do modelo penal analisado e, em sentido contrário também servirá para definição, ou seja, havendo um menor grau destes axiomas no sistema penal, mais próximo estará este sistema do autoritarismo. São eles: 1) *Nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito); 2) *Nullum crimen sine lege* (princípio da

³¹ No original: "Se trata, en otras palabras, de implicaciones deônticas, normativas o de deber ser, cuya conjunción en los distintos sistemas que aquí se axiomatizarán da vida a modelos a su vez deônticos, normativos o axiológicos. La adopción de estos modelos, comenzando por el garantista en máximo grado, supone, pues, una opción ético-política en favor de los valores normativamente tutelados por ellos. Eso no impide el carácter descriptivo, y no normativo, de su análisis teórico y, sobre todo, de su uso -como se realizarán en el curso de este libro- para interpretar y explicar los principios de justificación política y de convalidación jurídica de los distintos sistemas penales concretos, además de las separaciones, inevitablemente conectadas a su carácter normativo, entre justicia, validez y efectividad penal." FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 1995, p. 91 (tradução nossa).

³² Ávila, Gustavo Noronha. *O Debate Entre Luigi Ferrajoli e os Abolicionistas: entre a sedução pelo discurso do medo e as práticas libertárias*. Maringá: maio/ago. 2016, v. 16, n. 2, p. 543-561. Encontrável em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6617>> Acesso em 25/08/2019.

legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito); 3) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (princípio da necessidade ou da economia do direito penal); 4) *Nulla necessitas sine injuria* (princípio da lesividade ou da ofensividade do evento); 5) *Nulla injuria sine actione* (princípio da materialidade ou da externalidade da ação); 6) *Nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal); 7) *Nulla culpa sine iudicio* (princípio da jurisdicionabilidade, tanto no sentido lato como no estrito); 8) *Nullum iudicium sine accusatione* (princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação); 9) *Nulla accusatio sine probatione* (princípio do ônus da prova ou da verificação); 10) *Nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade).³³

Desta feita almeja-se relacionar os sentidos destes princípios garantistas com a questão das drogas, possibilitando entender em qual grau de garantismo o sistema penal brasileiro se encontra, reconhecendo que “no âmbito de proteção penal, devem ser tutelados apenas os bens primários e os direitos fundamentais”³⁴, notadamente neste ponto os direitos da personalidade da pessoa do usuário como mecanismo de resistência da invasão do estado através dos dispositivos legais da atual política criminal de entorpecentes. É preciso registrar que “Garantismo e Direito Penal mínimos são, assim, termos sinônimos que designam um modelo teórico e normativo de Direito Penal capaz de minimizar a violência da intervenção punitiva – tanto na previsão legal dos delitos como na sua comprovação ao longo do processo penal – submetendo-a a estritos limites para tutelar os direitos do indivíduo.”³⁵

³³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 1995, p. 92.

³⁴ Ávila, Gustavo Noronha. *O Debate Entre Luigi Ferrajoli e os Abolicionistas: entre a sedução pelo discurso do medo e as práticas libertárias*. Maringá: maio/ago. 2016, v. 16, n. 2, p. 543-561. Encontrável em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6617>> Acesso em 25/08/2019.

³⁵ Ávila, Gustavo Noronha. *O Debate Entre Luigi Ferrajoli e os Abolicionistas: entre a sedução pelo discurso do medo e as práticas libertárias*. Maringá: maio/ago. 2016, v. 16, n. 2, p. 543-561. Encontrável em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6617>>

Estes princípios foram elaborados principalmente pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que os concebeu como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal (absoluto)³⁶, representando garantias penais e processuais que foram incorporados por muitas constituições, inclusive a brasileira promulgada em 1988, convertendo-se assim em princípios jurídicos do moderno no Estado de direito³⁷. Esta expressão Estado de direito, que denota a aderência do estado a um ordenamento jurídico em que o Poder Público, e especificamente o penal, está rigidamente limitado e vinculado à lei no plano substancial (ou dos conteúdos penalmente relevantes) e sob o processual (ou das formas processualmente vinculantes)³⁸, caracteriza-se o que se denomina de Direito Penal mínimo que, por ser então condicionado e limitado pelas garantias corresponde não só ao máximo de importância de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, senão também a um ideal de racionalidade e de certeza³⁹, por

Acesso em 25/08/2019.

³⁶ No original: "Estos diez principios, ordenados y conectados aquí sistemáticamente, definen -con cierto forzamiento lingüístico- el modelo garantista de derecho o de responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamentales del derecho penal. Fueron elaborados sobre todo por el pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que los concibió como principios políticos, morales o naturales de limitación del poder penal .absoluto»." FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 1995, p. 93 (tradução nossa).

³⁷ No original: "Y han sido ulteriormente incorporados, más o menos íntegra y rigurosamente, a las constituciones y codificaciones de los ordenamientos desarrollados, convirtiéndose así en principios jurídicos del moderno estado de derecho." FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 1995, p. 93 (tradução nossa).

³⁸ No original: "Por esto es por lo que el primer modelo puede ser identificado con el del estado de derecho: entendiendo por esta expresión un tipo de ordenamiento en que el poder público, y específicamente el penal, está rigidamente limitado y vinculado a la ley en el plano substancial (o de los contenidos penalmente relevantes) y bajo el procesal (o de las formas procesalmente vinculantes)." FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 1995, p. 104. (tradução nossa).

³⁹ No original: "Es claro que el derecho penal mínimo, es decir, condicionado y limitado al máximo, corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y de certeza. Con ello resulta excluida de hecho la responsabilidad penal todas las veces que sean inciertos o indeterminados sus presupuestos. Bajo este aspecto existe un nexo profundo entre garantismo y racionalismo. Un derecho penal es racional y cierto en la medida en que sus intervenciones son previsibles; y son previsibles sólo las motivadas por argumentos cognoscitivos de los que sea decidible procesalmente, incluso con los

isso o apontamento de que existe plena relação entre o garantismo e o racionalismo. E, por sua vez, o denominado “Direito Penal máximo” faz referência aos sistemas penais inerentes aos estados absolutos ou totalitários, que se traduzem em sistemas com poderes incondicionados e ilimitados ao estado, além de sua excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente por ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação.⁴⁰

Em suma, os três primeiros axiomas garantistas, que são: 1) *Nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito); 2) *Nullum crimen sine lege* (princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito); e 3) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (princípio da necessidade ou da economia do direito penal), possuem possibilidades de se responder às perguntas quando e como punir e expressam as garantias relativas a penas. Enquanto os próximos princípios do sistema garantista, qual seja: 4) *Nulla necessitas sine injuria* (princípio da lesividade ou da ofensividade

límites más arriba puestos de manifiesto, la <verdad formal>. Y una norma de clausura del modelo de derecho penal mínimo informada por la certeza y la razón es el criterio del *favor rei*, que no sólo permite sino que exige intervenciones potestativas y valorativas de exclusión o de atenuación de la responsabilidad cada vez que subsiste incertidumbre encuaneto a los presupuestos cognoscitivos de la pena. A este criterio son referibles instituciones como la presunción de inocencia del imputado hasta la sentencia definitiva, la carga de la prueba a cargo de la acusación, el principio *in dubio pro reo*, la absolución en caso de incertidumbre sobre la verdad fáctica y, por otro lado, la analogía *in bonam partem*, la interpretación restrictiva de los supuestos típicos penales y la extensiva de las circunstancias eximentes o atenuantes en caso de dudas sobre la verdad jurídica. En todos estos casos tenemos, ciertamente, discrecionalidad. Pero se trata de una discrecionalidad dirigida no a extender, sino a excluir o reducir la intervención penal en cuanto no motivada por argumentos cognoscitivos seguros." FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 1995, p. 105. (tradução nossa).

⁴⁰ Na tradução original: "A la inversa, el modelo de derecho penal máximo, es decir, incondicionado e ilimitado, es el que se caracteriza, además de por su excesiva severidad, por la *incertidumbre* y la *imprevisibilidad* de las condenas y de las penas; y que, consiguientemente, se configura como un sistema de poder no controlable racionalmente por ausencia de parámetros ciertos y racionales de convalidación y de anulación. Debido a estos reflejos, el sustancialismo penal y la inquisición procesal son las vías más idóneas para permitir la máxima expansión e incontrolabilidad de la intervención punitiva y, a la vez, su máxima incertidumbre e irracionalidad." FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 1995, p. 105. (tradução nossa).

do evento); 5) *Nulla injuria sine actione* (princípio da materialidade ou da externalidade da ação); e 6) *Nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal), respondem às perguntas como e quando proibir e expressam as garantias relativas ao delito. E, por derradeiro, os princípios: 7) *Nulla culpa sine judicio* (princípio da jurisdicionabilidade, tanto no sentido lato como no estrito); 8) *Nullum judicium sine accusatione* (princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação); 9) *Nulla accusatio sine probatione* (princípio do ônus da prova ou da verificação); e 10) *Nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade), respondem às perguntas quando e como julgar e expressam as garantias relativas ao processo.⁴¹

5. ABOLICIONISMO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS

O que se exige do sistema penal para ser constitucional, é que seja racional e, para tanto, enseja-se que sua legislação e operacionalidade corroborem com os direitos constitucionais garantidos. E, sendo o saber penal complexa manifestação do poder social, é indispensável também que o discurso jurídico-penal satisfaça com a devida correspondência à legitimidade constitucional outorgada por sua racionalidade, considerando que “na criminologia de nossos dias, tornou-se comum a descrição da operacionalidade real dos sistemas penais em termos que nada têm a ver com a forma pela qual os discursos jurídico-penais supõem que eles atuem”⁴². Apontando a crise do sistema penal na América Latina, a observação constatada por Zaffaroni é que a “programação normativa baseia-se em uma realidade que não existe e o conjunto de órgãos que deveria levar a termo essa programação atua de forma completamente

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 1995, p. 93-4.

⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em Busca das Penas Perdidas – A perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 5. ed, 2001, p. 12.

diferente”⁴³. Guardadas respectivas proporções, a legislação de drogas no Brasil encontra-se em situação bem parecida, isto em vários pontos, tanto em vista de suas ineficientes e obscuras previsões, tal como critérios subjetivos de distinção entre o crime de uso e do tráfico de drogas, quanto o frustrado resultado obtido, que está longe de satisfazer o bem jurídico tutelado (saúde pública). Aliás, “o que o texto legal não explicita, mas favorece implementar, é uma faxina social revestida de legalidade; a lei é considerada constitucional e legítima, mas sua aplicação revela elementos preocupantes”⁴⁴.

O dispositivo legal antidrogas brasileiro revela evidente dissonância entre a previsão que tipifica como crime a conduta individual do uso de drogas com suas definições obscuras para distinguir a ocorrência dos tipos penais, com os direitos da personalidade previstos na Constituição Federal, mormente a vida privada, a intimidade, a autonomia, a integridade física e psíquica. A discrepância revelada por sua operacionalidade diante da ordem constitucional, resulta em outro ponto de maior complexidade neste tema, pois o proibicionismo na prática fez com que o dispositivo de drogas se torna-se em um instrumento de discriminação entre pessoas, uma vez que “quando examinado o perfil educacional dos presos brasileiros, verificamos que em sua grande maioria é de pessoas com baixo nível de escolaridade, o que, no Brasil, sinaliza que essas pessoas são da periferia dos centros urbanos e da economia formal”⁴⁵.

O direito comparado tem demonstrado que vários países já iniciaram o debate e a adoção de políticas alternativas à criminalização e repressão contra o uso e produção de certas substâncias, tal como a mais

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em Busca das Penas Perdidas – A perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 5. ed, 2001, p. 12.

⁴⁴ ÁVILA, Gustavo Noronha de; e GUILHERME, Vera Maria. *Abolicionismos Penais*. Rio de Janeiro-RJ: Editora Lumen Juris, 2015, p. 11.

⁴⁵ ÁVILA, Gustavo Noronha de; e GUILHERME, Vera Maria. *Abolicionismos Penais*. Rio de Janeiro-RJ: Editora Lumen Juris, 2015, p. 11.

comum ao presente debate, a *cannabis*. No Brasil, continua-se “depositando” pessoas nas prisões e aumentando o complexo sistema carcerário com detentos especialmente de classes mais pobres, de origem negra e de baixa instrução, ou seja, aplica-se a intervenção penal pelo Estado, porém, “o números de “bandidos” não tem diminuído, apesar de penas pesadas e tratamento judicial contrário às garantias processuais de um Estado Democrático de Direito”⁴⁶ e, no que condiz a ressocialização do apenado, revela-se que “os presos não são ressocializados ou capacitados para o reingresso na sociedade”⁴⁷.

Já algum tempo a doutrina penal e também a prática penal têm revelado que as medidas de cerceamento de liberdade podem causar prejuízos irreparáveis, aliás, “em nenhum país com governos racionais se penalizam infrações muito menores com a prisão”⁴⁸, pois resta evidente que a eficácia desejada pela pena pode ser obtida por penas alternativas. Ademais, “faz mais de um século e meio que são conhecidos os efeitos deterioradores da prisão e por isso foram inventadas a liberdade vigiada (*probation*) e a condenação condicional”⁴⁹. É importante deixar registrado que já resta certificado pela criminologia crítica do sistema punitivista, que em termos de encarceramento, o que se revela é que nos “países ricos, as prisões tendem a converter-se em instituições de *tortura branca* (sem predomínio de violência física) e, nos países pobres, em campos de concentração, com mortes frequentes (*massacre por contas-gotas*) e erupções de mortes em massa (*motins*)”⁵⁰.

⁴⁶ ÁVILA, Gustavo Noronha de; e GUILHERME, Vera Maria. *Abolicionismos Penais*. Rio de Janeiro-RJ: Editora Lumen Juris, 2015, p. 12.

⁴⁷ ÁVILA, Gustavo Noronha de; e GUILHERME, Vera Maria. *Abolicionismos Penais*. Rio de Janeiro-RJ: Editora Lumen Juris, 2015, p. 12.

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A Questão Criminal*. Rio de Janeiro-RJ: Editora Revan, 1. ed., 2013, p. 281.

⁴⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A Questão Criminal*. Rio de Janeiro-RJ: Editora Revan, 1. ed., 2013, p. 281.

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A Questão Criminal*. Rio de Janeiro-RJ: Editora Revan, 1. ed., 2013, p. 279.

Através do dispositivo que criminaliza a conduta individual do uso de drogas, a posse e a produção, inevitavelmente uma parcela dos atos de cerceamento de liberdade resulta ao final, em evidentes prisões desnecessárias. No caso do uso de drogas, que já é considerada pela lei um delito com penas mais brandas diversas então do cerceamento de liberdade, quando usuário é confundido por traficante concretiza-se a ineficiência da lei, especialmente pela não satisfação do bem jurídico tutelado (saúde pública) e, por sua vez, agravando-se o equívoco ao ofertar ao segregado uma divulgada “escola do crime”. É justamente através deste tratamento designado às prisões brasileiras que se evidencia a crise em seu sistema penal, o que se permite questionar até mesmo a viabilidade da penalização voltada ao traficante iniciante, tal como o constante no artigo 33, §4º da Lei nº 11.343/2006, os quais são conhecidos como “traficantes de primeira viagem”, uma vez que também resultam em prisões desproporcionais ao fato cometido, isto considerando que “a intervenção penal por desvios primários gera outros, secundários e mais graves, e a reclusão de adolescentes prepara carreiras criminosas”⁵¹. Portanto, a segregação nesses termos estigmatiza por completo o ser humano, o qualifica como “aquele fora da lei” que está separado do seio social, resultando assim ao que se constata, que “a prisionização desnecessária *fabrica delinquentes*”⁵². Esta fábrica, é em sua essência, a própria “escola do crime”, afinal, também restou constatado que a prisão também resulta na “estigmatização de minorias em uma clara *profecia auto-realizada* (jovens com dificuldade de identidade assumem os papéis desviados imputados midiaticamente, reafirmando os preconceitos próprios do esteriótipo)⁵³”.

⁵¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A Questão Criminal*. Rio de Janeiro-RJ: Editora Revan, 1. ed., 2013, p. 279.

⁵² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A Questão Criminal*. Rio de Janeiro-RJ: Editora Revan, 1. ed., 2013, p. 279.

⁵³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A Questão Criminal*. Rio de Janeiro-RJ: Editora Revan, 1. ed., 2013, p. 279.

É a partir do caos prisional e a prática criminal punitiva do tempo contemporâneo, que consolidou-se posicionamentos abolicionistas que apontam a necessidade de se repensar a política criminal aplicada, almejando, inclusive, solução para as altas taxas de encarceramento. Zaffaroni aponta por exemplo, que “as taxas de prisionização latino-americanas não variam segundo as penas previstas nos códigos penais, e sim segundo as disposições processuais que ampliam ou limitam a prisão preventiva”⁵⁴. Esta medida cautelar, comum ao processo penal moderno, é especialmente fomentada pela política do medo, cravada no meio social através da mídia, ou seja, “os meios de comunicação contribuem, via de regra, para a difusão do medo e da insegurança, expondo, de forma teatral, uma sociedade violenta e desordenada”⁵⁵. Inevitavelmente assustado, o cidadão clama ao estado medidas de segurança e, com o medo instalado, se justifica a aplicação do alto grau punitivista do direito penal atual. As drogas, por sua vez, continuam incorporando o papel de “inimigo número um” da sociedade e do suposto homem de bem. Afinal, com o pânico instalado e a sociedade na condição de vítima, “a expectativa do perigo iminente faz com que as vítimas potenciais aceitem facilmente a sugestão ou a prática da punição ou do extermínio preventivo dos supostos agressores potenciais”⁵⁶. Portanto, “a impunidade, sensação de insegurança e o medo acabam sendo combustíveis a tentar justificar o expansionismo penal”⁵⁷. Denunciando as medidas cautelares como eufemismo, pois “sempre é uma forma de linguagem encobridora, própria de todo poder punitivo de modelo inquisitorial”⁵⁸, Zaffaroni compara a

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A Questão Criminal*. Rio de Janeiro-RJ: Editora Revan, 1. ed., 2013, p. 283.

⁵⁵ ÁVILA, Gustavo Noronha de; e GUILHERME, Vera Maria. *Abolicionismos Penais*. Rio de Janeiro-RJ: Editora Lumen Juris, 2015, p. 4.

⁵⁶ ÁVILA, Gustavo Noronha de; e GUILHERME, Vera Maria. *Abolicionismos Penais*. Rio de Janeiro-RJ: Editora Lumen Juris, 2015, p. 4.

⁵⁷ ÁVILA, Gustavo Noronha de; e GUILHERME, Vera Maria. *Abolicionismos Penais*. Rio de Janeiro-RJ: Editora Lumen Juris, 2015, p. 8.

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A Questão Criminal*. Rio de Janeiro-RJ: Editora Revan, 1. ed., 2013,

prisão cautelar como a produção da “confissão voluntária” praticada pelos inquisidores, onde a mulher confessava “depois de ter sido pendurada e desconjuntada”⁵⁹, também a enxerga como prática semelhante dos nazistas, que “usavam *tratamento especial, distanciamento, internação especial, limpeza, solução*”⁶⁰ como prática penal preventiva e, exarando sentença contra este instituto na atualidade, o criminólogo afirma: “nós escondemos a pena sem condenação como *medida cautelar*”⁶¹.

A prática de se utilizar a medida cautelar quando se trata de crime envolvendo drogas é comum nos dias atuais. Utilizando-se da oportunidade de vitimização da sociedade pelo medo das drogas, “os governos brasileiros vêm atribuindo aos traficantes imensa parte dos problemas para o controle da sociedade, sua “ordem pública”, sua “paz social” e, conseqüentemente, sua manutenção do poder”⁶². Contudo, os efeitos do alto encarceramento através dessa política criminal de repressão às drogas são facilmente constatados e, aos selecionados por este sistema cautelar, resta a estigmatização, o convívio ou envolvimento com o crime organizado. Em verdade, “pouco importa que, no final, a pessoa acabe libertada ou absolvida, porque socialmente carregará um estigma, dado que a criminologia midiática publica sua detenção, mas não sua libertação”⁶³, pois o que gera notoriamente audiência é a notícia da prisão, o espetáculo da guerra, inclusive com produções cinematográficas de operações militares contra as drogas, que a título de exemplo, cita-se o filme brasileiro *Tropa de Elite*, já com duas edições. Portanto, essas prisões

p. 283.

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A Questão Criminal*. Rio de Janeiro-RJ: Editora Revan, 1. ed., 2013, p. 283.

⁶⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A Questão Criminal*. Rio de Janeiro-RJ: Editora Revan, 1. ed., 2013, p. 283.

⁶¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A Questão Criminal*. Rio de Janeiro-RJ: Editora Revan, 1. ed., 2013, p. 283.

⁶² ÁVILA, Gustavo Noronha de; e GUILHERME, Vera Maria. *Abolicionismos Penais*. Rio de Janeiro-RJ: Editora Lumen Juris, 2015, p. 12.

⁶³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A Questão Criminal*. Rio de Janeiro-RJ: Editora Revan, 1. ed., 2013, p. 283.

que visam a suposta manutenção da ordem pública e paz social não se trata necessariamente de erros judiciais isolados mas, principalmente, de prática comum, “com a qual juízes se protegem da criminologia midiática, dos políticos e de suas próprias cúpulas, pois se decide conforme o grau de *periculosidade política* que o juiz experimenta”⁶⁴.

Não obstante as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade constantes no artigo 95 da Constituição Federal, essa “periculosidade judicial, entendida como o grau de perigo que uma libertação, uma absolvição ou a colocação em liberdade por mandado judicial pode representar para o juiz”⁶⁵ resulta, inevitavelmente, em evidente interferência na decisão do magistrado. A garantia da ordem pública, portanto, além das peculiaridades do caso em concreto, também é potencializada ou não pelo magistrado, a depender de seu próprio medo midiático incorporado, uma vez que mesmo na condição de julgador também recebe notícias midiáticas e possui convívio social comum. O artigo 28 § 2º da Lei 11.343/2006, aponta que para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e a quantidade da substância psicoativa que foi apreendida, e também ao local e as condições que se desenvolveu a ação, bem como às circunstâncias sociais e pessoais, à conduta e aos antecedentes do agente, não existindo assim critério objetivo de distinção, o que remete incondicionalmente às condições subjetivas do magistrado, permitindo-se que o julgamento tenha interferência do grau de periculosidade política experimentado pelo juiz.

O criminólogo abolicionista Louk Hulsman registrou na obra *Penas Perdidas* que, tanto os políticos quanto os juízes, exercem suas funções em abstrato. Os políticos, por sua vez, quando “propõem ou votam uma nova incriminação, sequer imaginam suas consequências na vida das

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A Questão Criminal*. Rio de Janeiro-RJ: Editora Revan, 1. ed., 2013, p. 283.

⁶⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A Questão Criminal*. Rio de Janeiro-RJ: Editora Revan, 1. ed., 2013, p. 283.

peças”⁶⁶, afinal, é bem verdade que a realidade social, econômica e cultural do político é bem diversa da maioria dos cidadãos brasileiros e, mais, poucos políticos visitam prisões e, quando muito alguns deles vão, “foram bem escolhidos o dia e o lugar, para que não tivessem uma impressão tão má”⁶⁷. Aliás, ironicamente, é bem capaz que “talvez tenha, até mesmo, sido organizada uma festinha no estabelecimento, com cânticos e um banquete”⁶⁸. De qualquer forma, ao se afirmar a abstração tanto do agente político como do magistrado, não se está a denegrir a imagem dos mesmos, mas, em verdade, denunciar a discrepância da realidade existente entre o legislador que criminaliza e o apenado, e também entre o juiz que impõe a pena ou a medida cautelar de cerceamento de liberdade, para com aquele que a recebe a ordem imposta, ou seja, resta evidente que “os juízes de carreira, tanto quanto os políticos, estão psicologicamente distante dos homens que condenam, pois pertencem a uma camada social diversa daquela da clientela normal dos tribunais repressivos”⁶⁹. Contudo, que fique bem claro, não se está afirmar que estes agentes possuem má índole ou uma certa pretensão de executar o mal, mas, que pelo distanciamento existente entre as realidades vividas, entre o político e o criminalizado, entre o juiz e o apenado, abre o espaço para a campanha midiática do medo. Ademais, “entre pessoas de cultura, modo de vida, linguagem, modo de pensar tão diferentes, naturalmente se cria uma espécie de incomunicabilidade difícil de superar”⁷⁰.

6. CONCLUSÃO

⁶⁶ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas – O Sistema Penal em Questão* (tradução de Maria Lúcia Karam). 1ª Edição. Rio de Janeiro-RJ: Luam Editora, 1993, p. 77.

⁶⁷ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas – O Sistema Penal em Questão* (tradução de Maria Lúcia Karam). 1ª Edição. Rio de Janeiro-RJ: Luam Editora, 1993, p. 77.

⁶⁸ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas – O Sistema Penal em Questão* (tradução de Maria Lúcia Karam). 1ª Edição. Rio de Janeiro-RJ: Luam Editora, 1993, p. 77.

⁶⁹ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas – O Sistema Penal em Questão* (tradução de Maria Lúcia Karam). 1ª Edição. Rio de Janeiro-RJ: Luam Editora, 1993, p. 77.

⁷⁰ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas – O Sistema Penal em Questão* (tradução de Maria Lúcia Karam). 1ª Edição. Rio de Janeiro-RJ: Luam Editora, 1993, p. 77.

Como já apontado no trabalho, a complexidade e a dinâmica social que envolve este tema não nos permite acreditar que é possível atingir uma conclusão com intenções de pôr fim às questões propostas. A drogadição sempre fez parte do contexto social, isto por conta da busca realizada pelo ser humano que, em vista das condições políticas, sociais, econômicas, culturais e religiosas de cada sociedade e época, designou as respectivas significações aos entorpecentes, tratando-se de imortalizar o assunto, as opiniões e as experiências vividas com as drogas. Portanto, a metamorfose do conhecimento mantêm-se constante, não obstante a conclusão seja medida que se impõe por essa ocasião.

Cada ser humano é único, com seus respectivos pensamentos, propósitos, decisões, necessidades e as opções que cruzam em seu caminho que, por sua própria vontade, se propõe a trilhar os seus desejos em ações concretas da forma que bem entender, visando formar sua personalidade, se realizar e ser feliz, cada um a sua maneira. É necessário manter o pacto social e a ordem, mas, sem respeitar a individualidade humana em sua esfera mais íntima e privada, de nada adianta ao homem viver sob o jugo da lei, senão para ser escravo do tirânico. A liberdade, condição necessária para felicidade e a realização humana, exige que o Estado se abstenha de regulamentar conduta individual que não venha a atingir terceiros. Sem o exercício desta liberdade, o homem está sujeito a encarcerar seus sonhos, propósitos e desejos, se encontrando condenado a viver aquilo que querem que ele viva.

O proibicionismo imposto ao uso das drogas, posse e produção de determinados psicoativos que há muito são demandados pelo ser humano na sociedade, já se encontra como política criminal fracassada ou, pelo menos, que não alcançou o objetivo a que se propôs. Não foi possível ao Estado regulamentar a escolha individual consistente em não usar determinados entorpecentes, erradicando-os do meio social através da

guerra às drogas. Atualmente, tem se consolidado forte manifestação no sentido de apontar que é justamente a proibição voltada às drogas, que fez com que se criasse um mercado ilícito para sua venda, já que sua demanda jamais foi extirpada e, assim, conseqüentemente o crime se organizou para administrar esta atividade que, por ser ilegal, é preciso deflagrar a violência para sua administração.

O bem jurídico que o dispositivo legal de proibição às drogas visa tutelar tornou-se absolutamente questionável, ou seja, a justificativa de que tutelar a saúde pública para se legitimar a interferência do Estado na vida privada e íntima da pessoa, agindo assim em detrimento da autodeterminação e a liberdade individual, não mais se sustenta. Afinal, os bens jurídicos inerentes à condição humana, os quais são inclusive anteriores à própria formação do Estado e do pacto social, devem ser muito mais resguardados que a suposta calamidade que as drogas fazem à saúde pública. Ora, não está se afirmando que drogas sejam boas, mas que a aplicação do Direito Penal como medida de combate ao mal que as drogas representa é evidentemente ineficaz e desproporcional, restando, por sua vez, demonstrado que existem políticas alternativas à criminalização, que estariam em mais consonância com a Constituição Federal e resguardariam, por ocasião de sua adoção, além dos direitos da pessoa, também a saúde pública, já que se provou ser possível reduzir os danos gerados pelo mal uso de entorpecentes através de políticas públicas.

O Estado Democrático de Direito enseja que se respeite a diversidade, a opção individual em ser feliz à sua maneira. Exige, inclusive, que o Estado ofereça saúde e educação para que esta formação individual seja mais facilmente alcançada. Se querem evitar o crime, que se ofereça educação, pois o caráter preventivo da pena voltada ao crime de uso e, poderíamos até afirmar também ao crime de tráfico de drogas, está evidentemente ineficaz. Aliás, o contrário se constata, é através da penalização, mormente a de cerceamento de liberdade, que se enchem os

presídios de pessoas em sua maioria pobre e de origem negra, já que dada a circunstância subjetiva da definição de quem é usuário ou traficante de drogas, fica mais fácil de se reconhecer um usuário e dependente químico em um bairro de classe alta, como também fica mais fácil supor que o negro que mora na favela ou em bairros da periferia, seja traficante e não usuário ao ser flagrado com determinada quantia de droga supostamente para consumo pessoal. Nesse ponto, qual seja, de caráter processual do dispositivo legal das drogas, não obstante a já evidenciada instabilidade do critério subjetivo de distinção, ainda é constatado que o discurso jurídico-penal não coaduna com a operacionalidade do sistema penal, vale dizer, a racionalidade do dispositivo de drogas não se sustenta ao constatar que o procedimento realizado para se apurar a ocorrência de determinado crime, possui natureza inquisitorial. Ora, se um já maculado sistema de distinção de crimes acarreta danos, resta evidente que um procedimento inadequado com práticas inquisitivas não será sinônimo de devido processo legal e as demais garantias constitucionais.

Mesmo que se qualifiquem o sistema processual brasileiro como misto ou (neo) inquisitivo, em verdade, é imperioso que se pautem um processo com base sólida na Constituição Federal e, com isso, se volte cada vez mais às características do sistema processual acusatório, onde prevaleça a imparcialidade do juízo, a independência da acusação e à defesa, seja deferido a oportunidade de ampla defesa e contraditório ao acusado, mas, principalmente, que se concretize as condições de igualdade das partes no processo penal, de sorte que isto significa o respeito ao estado de inocência do réu, a isenção do juiz em participar dos atos investigativos e, muito menos, que seja um juiz que conduza investigação.

Provou-se, por ocasião das fundamentações da política criminal do abolicionismo com foco à questão das drogas, que através da vitimização da sociedade pelo medo das drogas, proporciona aos governos

atribuírem aos traficantes a responsabilidade pelo caos vivido na segurança pública, o que culmina em uma suposta legitimação para se adotar medidas para manter a ordem pública ou a denominada paz social. É através da criminologia midiática que muitas fundamentações de prisão preventivas são construídas, explica-se, avocando a ordem pública, pois desta forma mais vale ao juiz proteger-se de fortes críticas divulgadas facilmente pelos meios de comunicações, agravado pelo grau de periculosidade política experimentada pelo magistrado, do que sustentar o estado de inocência ao se deparar com a dúvida de ser usuário ou traficante, mesmo o acusado confesso o crime de uso.

Utilizando-se, por sua vez, do garantismo como fundamento teórico para uma política criminal alternativa, se concluiu pela inconstitucionalidade do dispositivo legal de proibição ao uso de drogas em vista dos direitos da personalidade e demais garantias constitucionais. Com isso, os axiomas garantistas nos revelaram que neste ponto da legislação brasileira, o grau de garantismo encontra-se baixo e, para tanto, registrou-se os 10 (dez) axiomas trabalhados por Luigi Ferrajoli, trabalhando especificamente no caso das drogas com os seguintes princípios: 1) *Nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito); 2) *Nullum crimen sine lege* (princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito); 3) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (princípio da necessidade ou da economia do direito penal); 4) *Nulla necessitas sine injuria* (princípio da lesividade ou da ofensividade do evento); e 5) *Nulla injuria sine actione* (princípio da materialidade ou da externalidade da ação). Desta forma, foi possível dirimir a questão de quando e como punir, proibir e julgar no caso do proibicionismo voltado às drogas, de sorte que se analisou a pena, o delito e o processo que envolvem drogas, restando possível concluir o baixo grau garantismo do dispositivo legal de repressão às drogas e, conseqüentemente, a inconstitucionalidade da tipificação penal que proíbe a conduta de uso e

posse para consumo pessoal.

REFERÊNCIAS:

JUNIOR, Flávio Bortolozzi. **Resistir para re-existir**. criminologia (d)e resistência e a (necro)política brasileira de drogas. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

ÁVILA, Gustavo Noronha. **O debate entre luigi ferrajoli e os abolicionistas: entre a sedução pelo discurso do medo e as práticas libertárias**. Revista Jurídica Unicesumar, Maringá, 2016, v. 16, n. 2.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; e GUILHERME, Vera Maria. **Abolicionismos Penais**. Rio de Janeiro-RJ: Editora Lumen Juris, 2015.

ARAUJO, Tarso. **Almanaque das drogas – um guia informal para o debate racional**. São Paulo: Editora Leya, 2014, 2ª ed.

ROSA, Pablo Ornelas. **Drogas e a Governamentalidade Neoliberal – uma genealogia da redução de danos**. Florianópolis: Insular, 2014.

PBPD, Plataforma Brasileira de Política de Droga. **Plato – Drogas e Políticas**. Editora da Plataforma Brasileira de Política de Droga, v. 1, setembro, 2017.

MALGOR, Hermann Schrek. **Soltar as Muletas – Um olhar diferente sobre as drogas e a adição**. São Paulo-SP: Summus Editorial, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 1995.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A Questão Criminal**. Rio de Janeiro-RJ: Editora Revan, 1. ed., 2013.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas – O Sistema Penal em Questão** (tradução de Maria Lúcia Karam). 1ª Edição. Rio de Janeiro-RJ: Luam Editora, 1993.

ENCARCERAMENTO FEMININO: DESIGUALDADES E DEFICIÊNCIAS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Silvio Luis Cordeiro Júnior¹, Alexander Rodrigues de Castro²

¹ Mestrando em Direito pela Unicesumar. silvioluis3108@gmail.com

² Pós doutor em Direito. alex.de.castro@hotmail.com

RESUMO

O presente trabalho aborda o sistema prisional brasileiro a partir da perspectiva de gênero, face ao acentuado crescimento da população carcerária feminina no Brasil. Em vinte anos, o índice de mulheres encarceradas duplicou, colocando em debate diversas questões referentes à realidade da mulher no âmbito do sistema penitenciário, tidos como espaços genuinamente masculinos. Nesse sentido, o estudo aborda a realidade do encarceramento feminino no Brasil, levando-se em consideração o perfil das encarceradas, o delito praticado e a execução da pena, tendo como norte as especificidades do gênero feminino. Também se discute como o atual sistema carcerário reproduz os dogmas sociais e a desigualdade de gênero, já que o sistema é construído sob o paradigma patriarcal e machista presentes na sociedade. Procura-se, especificamente, discutir a situação dos direitos inerentes à dignidade intrínseca da pessoa humana da detenta (direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade) sob a perspectiva da doutrina da proteção integral da pessoa.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos; Proteção integral da pessoa; Direitos da personalidade.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo o crescimento expressivo dos níveis de encarceramento de mulheres no Brasil, o que evidencia a opção por políticas criminais de cunho repressivistas, nas quais a prisão ocupa papel central. Neste contexto, verifica-se um fenômeno de encarceramento em massa das mulheres que se torna necessário compreender, e ao mesmo tempo precisar o ambiente em que a mulher é recebida no sistema penitenciário, verificando a existência, ou não de respeito as suas características e aos seus direitos, ou, se o sistema penal é apenas mais um instrumento institucionalizado de violência de gênero.

Desse modo, o estudo pretende compreender e avaliar a situação de encarceramento da mulher, utilizando para tanto os dados disponibilizados pelo INFOPEN - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, disponibilizado pelo DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. Um ano marcante para a análise dos dados relativos ao encarceramento feminino e o estudo do sistema penitenciário é 2014, quando o modelo de coleta é totalmente reformulado, passando a produzir uma análise centrada na mulher dentro do ambiente prisional, apresentando dados disponíveis em relação a serviços penais e garantias

dos direitos e o perfil das mulheres em situação de privação de liberdade, sendo lançado o Infopen Mulheres.

Assim, o trabalho tem o intuito de analisar e comparar as informações disponibilizadas pelos relatórios produzidos pelo Infopen Mulheres nos anos de 2016 (tendo como base as informações coletadas em 2014), e o Infopen 2018 (tendo como base os dados coletados em 2016), para discutir as condições do cumprimento da pena privativa de liberdade pelas mulheres, as infrações que são praticadas especificamente com o público feminino nas instituições penais, além do perfil da mulher encarcerada no Brasil. A partir da realização da comparação entre os dados coletados, busca-se evidenciar uma possível tendência no que tange ao aprisionamento de mulheres no Brasil.

O artigo divide-se em duas partes. Na primeira, analisa a evolução da população carcerária e a expansão do encarceramento feminino no Brasil, e a segunda parte analisa a realidade carcerária brasileira e a opressão de gênero no sistema penitenciário. A realização deste trabalho se deu através do método hipotético-dedutivo, tendo como metodologia a pesquisa do tipo exploratória, através de revisão bibliográfica, na qual utilizou-se, no seu delineamento, da coleta de dados em fontes bibliográfica, especialmente o Infopen.

2 DISCUSSÕES E RESULTADOS

2.1 EVOLUÇÃO E EXPANSÃO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

Uma rápida investigação da história do aprisionamento de mulheres no Brasil indica que, desde o início, estas foram recolhidas em ambientes predominantemente masculinos, sendo raro a existência de espaços adequados as necessidades femininas, ou seja, a grande maioria das mulheres dividia celas com os homens, situação que gerou uma série de abusos.

A situação das mulheres presas só começa a ter visibilidade e ser estudada no século XIX, quando, segundo Andrade (2011), profissionais de diversas áreas passaram a buscar soluções para a condição precária das mulheres presas e também para o baixo número de condenação das mulheres que se encontravam detidas. Muito raramente a mulher presa foi objeto de interesse de pesquisa, por isso, há poucos estudos sobre o início do encarceramento das mulheres e/ou estatísticas. Uma das raras obras que trataram do tema foi o livro “Os Sistemas Penitenciários do Brasil”, publicado em 1924, do penitenciarista José Gabriel de Lemos Britto, que realizou um relatório acerca da situação prisional nos principais estados brasileiros (BRITTO, 1924 *apud* ANDRADE, 2011).

Em 1928 foi realizado novo relatório, com o foco na situação das mulheres criminosas nos centros mais populosos do Brasil, de julho de

1926 a outubro de 1927, em vista que a situação de abandono das mulheres preocupava o Conselho Penitenciário, então, o atual presidente do Conselho do Distrito Federal, Candido Mendes Almeida Filho, realizou o relatório nos estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais, Espírito Santo e Distrito Federal, dados publicados.

No entanto, apesar das análises realizadas, nenhuma medida foi adotada para mudar a real situação das mulheres presas, mesmo porque, essas representavam apenas 1% da população carcerária, não chamando atenção dos órgãos públicos, sendo que tal realidade só começou a se modificar no ano de 1940, quando passam a ser estabelecidas prisões para mulheres. “Datam de 1937 o Instituto Feminino de Readaptação Social no Rio Grande do Sul, de 1941 o Presídio de Mulheres de São Paulo e de 1942 a Penitenciária Feminina do Distrito Federal, em Bangu.” (ANDRADE, 2011).

Não obstante a construção de estabelecimentos destinados particularmente para mulheres, muitos desses espaços não foram construídos e pensados considerando as necessidades femininas. No Rio Grande do Sul, por exemplo, o Instituto Feminino do Rio Grande do Sul foi uma readaptação de um espaço já existente, planejado para receber homens, fugindo a essa regra apenas a Penitenciária Feminina de Bangu. Em 1941, Lemos Britto retorna a fazer uma análise sobre o encarceramento feminino no país, trazendo novas estatísticas, afirmando existir aproximadamente 400 mulheres presas, sem distinção entre condenadas ou presas provisórias. (BRITO, 1942, p.28 *apud* ANDRADE, 2011).

Contemporaneamente, os desafios que envolvem a prisão de mulheres permanecem os mesmos e têm se agravado em razão da significativa expansão dos índices de encarceramento feminino em todo o mundo, o que produz preocupações e questionamentos sobre essa expansão, através de um recorte de gênero e suas especificidades.

Desse modo, surge o Infopen, instrumento de coleta de dados sobre o encarceramento no Brasil, no entanto, sua primeira instrumentalização voltada para a pesquisa de privação de liberdade das mulheres ocorreu em 2014, a qual retomada com o olhar específico de gênero em 2016, nos trazendo novos dados, o que nos permite a comparação entre os índices apresentado. Os dados gerais trazidos no relatório do Infopen 2016, expõe uma população carcerária feminina no Brasil de 42.335 mulheres, sendo realizada coleta em 1.418 unidades prisionais. Em comparação com os dados trazidos no Infopen de 2014, nota-se um aumento do encarceramento, em vista que em 2014 havia 37.380 mulheres privadas de liberdade, e em 2016 esse índice subiu para 42.335, evidenciando um encarceramento de 4.955 mulheres.

Em relação as porcentagens, houve um aumento de 656% de mulheres presas em relação ao total registrado no ano de 2000, enquanto a população encarcerada masculina cresceu 293% (INFOPEN 2016). Os índices do encarceramento em massa das mulheres já causavam grande

espanto no ano de 2014, o qual se encontrava em um aumento de 567% do ano de 2000 a 2014, ao mesmo passo que e o encarceramento masculino cresceu 220% (INFOPEN 2014). Assim, o aumento do encarceramento das mulheres é um fenômeno ainda presente na atualidade, em vista que esses índices não param de crescer, sendo que com uma diferença de dois anos houve um aumento de 89% no encarceramento das mulheres, já o encarceramento masculino 73%.

Com esses índices o Brasil se encontra na quarta posição dos países com maior população prisional feminina do mundo, ficando apenas atrás de Estado Unidos, China e Rússia (INFOPEN 2016), nesse contexto nos deparamos com uma diferenciação para o Infopen de 2014, pois naquele ano o Brasil encontrava-se na quinta posição, tendo a sua frente Tailândia. Os dados pesquisados indicam que na maioria dos estados ocorreu um aumento significativo do número de mulheres presas, tanto no ano de 2014, como de 2016.

Desse modo, observamos que o encarceramento feminino é um assunto que merece atenção e questionamentos, para buscar compreender esse fenômeno de aprisionamento das mulheres, em vista que seus índices crescem de maneira alarmante no mundo e mais especificamente no nosso país.

O perfil geral da mulher encarcerada no Brasil é, segundo dados do INFOPEN 2014 e 2016, mulher jovem, mãe solteira, afrodescendente e majoritariamente condenada por participação em crimes de tráfico de drogas e, ainda, que nutre um grande vínculo familiar, se submetendo, muitas vezes, a lugares insalubres para permanecer perto da família, principalmente dos filhos. Assim, esse item se propõe a estudar e comparar de maneira mais profunda o perfil da mulher encarcerada atualmente no Brasil, analisando diversos aspectos como origem, histórico e vulnerabilidade, conforme parâmetros utilizados pelo Infopen Mulheres 2014 e 2016.

Para iniciar as análises do conjunto de dados trazidos pelo Relatório Infopen 2016, parte-se da observação de que a grande maioria das mulheres, aproximadamente 70%, são condenadas a pena de prisão de até 8 anos, sendo que cumprem sentenças mais curtas que os homens. Esse índice aumentou se comparado ao Infopen de 2014, o qual era de 63% de mulheres condenadas a prisão no máximo até 8 anos, assim, observa-se um aumento no índice de aprisionamento de mulheres que cometeram crime sem uso da violência, apesar desse modelo de crime já ser o mais praticado em 2014.

Outro dado diz respeito ao regime de cumprimento da pena no Infopen de 2016, é que 45% das mulheres recolhidas ao sistema prisional estão em regime fechado, sem condenação definitiva, e 32% sentenciadas a regime fechado. Ao analisar em relação ao Infopen de 2014 houve um crescimento no índice de mulheres privadas de liberdade sem a devida condenação, 30% para 45%, ou seja, existe uma significativa parcela de

mulheres presas provisoriamente. Ademais, o sistema não é composto apenas por mulheres brasileiras, pois o Infopen 2016, indica 1,3% de mulheres estrangeiras, total de 529 mulheres, sendo 61% delas da América. Em relação ao relatório passado, havia informações que o sistema penal havia 21% de mulheres estrangeiras presas, 53% proveniente do continente americano (INFOPEN 2014).

No tocante ao tipo penal 62% das mulheres se encontram enquadradas por envolvimento com tráfico de drogas (INFOPEN 2016), dado esse que já era chamado atenção no Infopen de 2014, em vista que na época o índice era de 68% das mulheres presas com relação ao tráfico de drogas, talvez um dos recortes mais importantes de gênero, pois em 2014 apenas 25% dos homens presos respondiam por tráficos de drogas.

Ademais, em relação ao perfil social da mulher presa, essa tem em média de 18 a 29 anos, configurando, assim, um sistema penitenciário de mulheres jovens, índice de 50%, que foi demonstrado no relatório de 2014 e permaneceu em 2016. Com relação à raça, cor e etnia, destaca-se o encarceramento em massa da mulher negra, chegando em 2014 a uma porcentagem de 68% de mulheres negras nas prisões brasileiras (INFOPEN 2014). No último relatório esse índice diminuiu para 62% “Podemos afirmar que, entre a população maior de 18 anos, existem aproximadamente 40 mulheres brancas privadas de liberdade para cada grupo de 100 mil mulheres brancas, e existem 62 mulheres negras na mesma situação para cada grupo de 100 mil mulheres negras, o que expressa a disparidade entre os padrões de encarceramento de mulheres negras e brancas no Brasil. (INFOPEN 2016).

O grau de escolaridade é outro importante item de análise, com modificação do ano de 2014 para 2016, segundo o Infopen de 2014, 50% das presas tinham o ensino fundamental incompleto, essa porcentagem permanece sendo a maior, com 45%, no entanto, em comparação entre o relatório de 2016 e 2014, os índices de escolaridade aumentaram, de ensino fundamental completo de 10% passou a 15%, ensino médio incompleto de 14% passou a 17%, ensino médio completo de 11% passou a 15%, e em relação ao analfabetismo diminuiu de 4% para 2% e alfabetizadas sem curso regular diminuiu de 8% para 3%. Chama atenção que o nível escolar das presas aumentou, sendo superior ao grau de escolaridade dos homens encarcerados.

Os dados acima apresentados demonstram de maneira mais clara e específica o perfil das mulheres que estão recolhidas aos presídios brasileiros, e evidenciam que esses são compostos por mulheres negras, jovens, com ensino fundamental incompleto, solteiras, esperando condenação em regime fechado por envolvimento com o tráfico de drogas. Com o crescente número de mulheres encarceradas, sem haver estrutura ou preparo para isso, é um encarceramento em massa do que podemos chamar de mulher em situação de vulnerabilidade.

Ao ponderar o crescimento do encarceramento das mulheres e as condições as quais estavam submetidas, se observou a necessidade de aprovar regras mínimas para o tratamento da mulher presa e medidas não privativas de liberdade. Então, em dezembro de 2010, a Assembleia Geral da ONU aprovou as chamadas Regras de Bangkok.

As Regras de Bangkok têm como objetivo estabelecer princípios e regras para uma boa organização penitenciária e adequado tratamento das prisioneiras, levando em consideração as necessidades específicas das mulheres, segundo Ribeiro (2017). Deste modo, as Regras de Bangkok reafirmam leis já estabelecidas anteriormente, como a Lei de Tóquio, mas traz especificidades de gênero e considerações que a mulher faz parte de um grupo socialmente vulnerável.

Portanto, as Regras de Bangkok surgem para levar em consideração as necessidades distintas das mulheres presas, sendo assim, conforme descreve Oliveira (2017), são estabelecidas regras para ingresso, registro, alocação, cuidados à saúde, higiene pessoal, revistas, capacitação de funcionários, estipular contato com o mundo exterior, individualização da pena, flexibilização do regime prisional, cuidados com as gestantes e lactantes, estrangeiras, indígenas e deficientes.

De acordo com o estabelecido nas Regras de Bangkok, as mulheres presas devem, preferencialmente, ser alocadas em prisões mais próximas do seu grupo familiar, visto que, essas mulheres eram abandonadas pelo fato de estarem reclusas em estabelecimentos distantes das cidades dos familiares, ou se submetiam a permanecer em lugares inapropriados, como delegacias, para cumprir a integralidade de sua pena. Essa medida pretende permitir que essa mulher tome providências necessárias em relação aos filhos, tenha acesso mais fácil a assistência judiciária e receba auxílio e visitas de parentes.

Após ingressar no sistema penitenciário, deve ser oferecido acomodações e materiais de higiene de acordo com as especificidades de ser mulher, ademais, deve ser realizado exame médico, para determinar os cuidados com saúde mental, histórico reprodutivo, dependência de drogas e prevenção de doenças sexualmente transmissíveis.

Também, em caso de constatação de alguma forma de violência sofrida por essa mulher anterior ao encarceramento, a instituição prisional deve informar o direito dessa a assistência judiciária e acompanhamento psicológico. A busca por reintegração dessa mulher na sociedade perpassa muito pelo contato familiar, principalmente com os filhos, por isso, as Regras de Bangkok estabelecem o incentivo e facilitação do contato das mulheres com os familiares, inclusive, que as crianças sejam recebidas pelas mães em ambientes adequados.

Em relação à capacitação dos funcionários, esses devem estar aptos a compreender as necessidades específicas das mulheres, para auxiliar na reinserção social e cuidados com a saúde (física e mental) e com a condição de ser mãe (gestante ou lactante).

Uma breve análise das Regras de Bangkok permite concluir que, apesar do Brasil ser um país signatário das diretrizes por elas estabelecidas, essas não são amplamente aplicadas no âmbito interno, especialmente face as condições materiais de execução da pena, o que se deve a falta de pesquisas e planejamento para compreender o fenômeno do encarceramento feminino e suas características e consequências.

O ordenamento jurídico brasileiro dispõe de poucas normas específicas que tratam da execução penal da mulher presa e, em que pese a aparente neutralidade de tais disposições, essas acabam produzindo discriminações por não tomarem como referência as especiais necessidades da mulher encarcerada. Conforme Castilho (2007), na própria Constituição Federal são apenas dois incisos do art. 5º, o inciso XLVIII (BRASIL, 1988), e o inciso L. O inciso XLVIII, refere-se à estabelecimentos especiais para as mulheres, respeitando as adversidades dos sexos. Porém, segundo o INFOPEN (2016), existem somente 107 (7%) presídios destinados às mulheres, para um total de 42 mil presas. Assim, o que se observa é que o sistema carcerário não possui estabelecimentos femininos suficientes para o crescente encarceramento das mulheres.

O art. 37 do Código Penal afirma que “as mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto neste Capítulo”, e o inciso L do art. 5º da Constituição Federal garante o direito de a presidiária gestante permanecer com o seu filho, no entanto, há poucos estabelecimentos prisionais preparados para receber essa mulher gestante e fornecer espaço adequado para o período de amamentação. Conforme relatório do INFOPEN (2016), apenas cinquenta e cinco dos presídios contam com celas/dormitórios adequados para gestante. Em relação a berçários, para que a presa consiga permanecer e amamentar o filho (crianças até 2 anos), apenas quarenta e nove. Em se tratando da existência de creches, a situação é mais precária, existindo apenas nove creches

Apesar das leis já estabelecidas e das garantias asseguradas na Constituição Federal e no Código Penal, houve a necessidade de uma lei específica para a execução das penas, as quais tratassem das especificidades de gênero. Neste sentido, a Lei de Execução Penal estabeleceu algumas questões específicas, como o art. 83, §2.º que estipula o tempo mínimo de seis meses para aleitamento materno. Destaca-se que o artigo acima estabelece tempo mínimo, indicando que crianças até os sete anos completos que não possuem família fora da penitenciária, podem permanecer na companhia da mãe que se encontra privada de liberdade.

Ademais, o art. 14, § 3.º LEP garante a assistência médica especial a mulher grávida, assegurando pré-natal e pós-parto, e à criança e gozar de acesso a saúde de maneira integral. Sobre esta questão, o Infopen de

2016 afirma que 84% das mulheres estavam presas em unidade com módulo de saúde.

Apesar de toda essa análise do que está estabelecido em lei, sabe-se que a realidade não condiz com as mesmas, sendo muito mais dura e cruel com a mulher presa, submetendo essas a prisões mistas, inapropriadas e sem acesso a espaços adequados para gestantes ou lactantes, sem obter direito a prisão domiciliar. Assim, na prática, observamos uma série de descumprimento das leis, tornando a prisão da mulher mais que uma privação da liberdade, uma grave transgressão aos direitos humanos e personalíssimos.

2.2 A REALIDADE CARCERÁRIA BRASILEIRA E A OPRESSÃO DE GÊNERO

Sabe-se que os estabelecimentos prisionais não conseguem garantir as condições adequadas para cumprimento da pena em regime fechado, conforme dispõe o ordenamento jurídico. Essa realidade se intensifica quando se refere a estabelecimentos prisionais destinados às mulheres, considerando que as instituições são pensadas e destinadas a homens, ficando para as mulheres o que sobra. “A discriminação pautada na diferença de gênero, que resta por ocasionar as violações do Estado brasileiro, ocorrem quando é priorizada a construção de unidades prisionais para a população masculina e ao se manter parte significativa da população a encarcerada feminina do país em cadeias públicas. (RELATÓRIO OEA, 2007).

Diante da realidade, observa-se que as mulheres presas não são prioridade no sistema penal, pois esse foi pensando e construído para homens. Soma-se a esse problema o abandono familiar e outras dificuldades que derivam da condição de ser mulher, o que produz um contexto de diferentes e graves violações de gênero, que são agravadas no caso de mulheres submetidas ao sistema jurídico penal.

Neste item, será explorado algumas violações de gênero que ocorrem de forma mais intensa com as mulheres, em vista das suas especificidades de gênero, o que confirma um sistema penal e carcerário muito mais severo para mulheres. A análise começa com o espaço que essas mulheres são destinadas quando presas, conforme já citado anteriormente, a grande maioria das unidades prisionais para mulheres não respeitam as características femininas, segundo Relatório para a Organização dos Estados Americanos (2007) quase todas as penitenciárias existentes para mulheres estão localizadas em prédios reformados, o que significa que esses espaços não foram planejados para receber mulheres, mas adaptados de antigos presídios masculinos ou prédios em condições de desativação.

Em outras palavras, significa dizer que a grande maioria das mulheres presas estão em ambientes improvisados e insalubres, muitos

deles eram manicômio, centro de Reeducação de Menores ou presídios masculinos, que passaram ou não por adaptação para receber essas mulheres, existindo poucas instalações de fato construídas para receberem mulheres presas. Esses se localizam nos estados do Rio Grande do Sul, Penitenciária Feminina Madre Pelletier; na Bahia, especificamente o Conjunto Penal Feminino; no Amapá, Penitenciária Feminina, a qual foi construída em setembro de 2005. (RELATÓRIO OEA, 2007).

Deste modo, dos 103 presídios femininos existentes até o ano de 2014 (Infopen Mulheres, 2014), apenas três deles foram construídos com o objetivo de receber mulheres (RELATÓRIO OEA, 2007), tornando realidade para grande parte das presas estar em ambientes impróprios e presídios mistos, os quais, além de não observar as especificidades de gênero, também não dispõem de processo de ressocialização, equipamentos necessários para aulas, cursos e trabalhos, espaço para banho de sol e para visitas íntimas, seja porque a unidade não permite, por ser adaptada ou porque estão em presídios mistos, e essas atividades são priorizadas para os homens, que são a maioria (RELATÓRIO OEA, 2007).

Segundo Teixeira (2016), a destinação dos estabelecimentos segundo o gênero, portanto, é um dever estatal, e representa aspecto fundamental para a implementação de políticas públicas específicas, voltadas a esse segmento. No entanto, a situação pode piorar quando as mulheres ficam em cadeias públicas, as quais não tem estrutura nenhuma específica para elas, nem mesmo para qualquer ser humano. Conforme Relatório OEA (2007), as condições de saneamento nestas cadeias se caracterizam por falta de água ou água contaminada, vazamento de águas e excremento nas celas.

Outro grande obstáculo é a violência institucionalizada, praticada pelos próprios agentes do Estado ou presos homens, quando esses dividem espaços com as mulheres presas. Todavia, os tipos de violências sofridas pelas mulheres são diferentes das sofridas pelos presos homens, de acordo com o exemplo do Relatório da OEA, os espancamentos coletivos são menos comuns entre as mulheres. Não obstante isso, há diversos problemas relacionados a torturas e agressões por parte dos funcionários, que utilizam a “força física como instrumento de autoridade e poder” (RELATÓRIO OEA, 2007), mas, em relação às mulheres, há uma diferença gritante, que é o uso da tortura psicológica, por meio de ameaça de violência ou constrangimento sexual, tanto por parte dos funcionários como os presos homens, em prisões mistas.

O sexo em ambientes prisionais é visto como um garantidor de benefícios ou privilégios, o que dificulta a denúncia por não se compreender que sexo utilizado como moeda de troca ainda assim é uma violência sexual, ou, por medo, em vista que permaneceram sob os “cuidados” dos abusadores. “As mulheres que sofrem violência sexual ou trocam relações sexuais por benefícios ou privilégios não denunciam os agressores por medo, uma vez que vão seguir sob a tutela de seus algozes, ou, ainda por

não entenderem que o sexo utilizado como moeda de troca é uma violação grave cometida por um agente público que usa o poder intrínseco à sua posição para coagi-las em uma relação de poder extremamente desfavorável a elas”. (RELATÓRIO OEA, 2007).

Outra situação comum é a falta de acesso das mulheres encarceradas a produtos essenciais de higiene, pois o Estado não garante esses materiais, ficando a cargo da família a compra e entrega nos dias de visita. Segundo a OEA, “acirrando o quadro de extremo desrespeito aos direitos da mulher, a maioria das cadeias públicas não disponibiliza absorventes íntimos para as presas. Há notícias de que aquelas que não têm família ou amigas que possam ceder o produto, passam todo o mês acumulando miolo de pão para improvisar absorventes durante o período menstrual”. (2007).

O ambiente a que a mulher é exposta interfere nas condições de sua saúde, tanto física como psicológica. De acordo com o Relatório da OEA, a superlotação e insalubridade são fatores determinantes para doenças infecto contagiosas, como tubérculos, leptospirose e micose. Além do mais, esse ambiente contribui para doenças emocionais, como depressão e pânico. Inclusive, merece destaque a informação trazida junto ao Infopen 2016 em relação ao suicídio, que as chances de uma mulher, no sistema prisional se suicidar é 20 vezes maior quando comparada a população brasileira ao total, sendo que em 2015 foi registrado no sistema prisional 48,2 mortes provocadas a cada 100 mil mulheres.

Assim, além da saúde ser problemática em todo o sistema penal, a mesma se intensifica quando tratamos das mulheres, pela falta de atendimento específico e também pela não priorização, ou seja, os homens, por serem em maior número, recebem uma atenção maior e mais específica. Segundo o Relatório da OEA (2007) mesmo os exames que devem ser realizados uma vez no ano, como Papanicolau e pesquisa de câncer nos órgãos genitais, na grande maioria das unidades nunca foram disponibilizados.

Ao tratar das questões de gênero no âmbito da saúde prisional, é necessário mencionar uma das maiores diferenciações biológicas entre homens e mulheres, a gestação, conseqüentemente, o pré-natal e atendimento na gravidez e parto, atendimento esse muitas vezes não garantido no sistema carcerário, o que gera situações de descoberta de doenças como HIV e sífilis na hora do parto (RELATÓRIO OEA, 2007).

A gestação coloca-se, deste modo, como um problema no cárcere, tendo em vista que a gestante passa a ter uma condição especial e com ela mais necessidade de atenção, no entanto, o sistema penitenciário não está preparado para essa situação, começando pela falta de infraestrutura na maior parte dos presídios, o que acarretará em uma transferência forçada dessa grávida, perto do nono mês de gestação, para um estabelecimento longe, acarretando a quase inexistente assistência médica pré-natal e, ainda, haverá a transcendência da pena para o filho.

Ademais, há um elevado número de mulheres que fazem uso de medicamentos antidepressivos ou controlados dentro do sistema penitenciário, se tornando um problema de saúde pública com recorte de gênero.

O abandono da mulher presa por familiares e amigos tem consequências no processo de ressocialização, e se dá através do não recebimento de visitas. Vários fatores são determinantes neste processo, em especial, a distância entre o presídio feminino e a residência da família, bem como os horários de visitas se dão durante os dias úteis, quando a grande maioria está trabalhando, não tendo tempo para realizar as visitas.

Outro fator que interfere na questão da visitação é a “estigmatização social experimentada pela mulher que comete um delito” (RELATÓRIO OEA, 2007), isso significa que essa mulher sofrerá preconceito muito mais severo que os homens, justamente por haver uma crença na sociedade da mulher ser o sexo frágil e bondoso.

O abandono desta mulher começa pelo companheiro, que logo estabelece nova família, pois esse não se submete às revistas humilhantes e horas na fila, assim, a dura realidade é que essas mulheres são abandonadas e ainda ficam para cuidar dos filhos do casal. Em relação a esse abandono foi observado que a média de visitas sociais registras em estabelecimentos masculinos são de 7,8 por pessoa presa, já em estabelecimentos femininos foi registrado uma média de 5,9 visitas por pessoa (INFOPEN 2016).

De acordo com o Relatório da OEA (2007) a quebra do vínculo familiar desencadeia uma relação de dependência da mulher presa em relação à unidade prisional, tanto com outras detentas, como com funcionais, mantendo assim sua situação de vulnerabilidade.

Com relação às visitas íntimas, ainda se percebe o machismo intrínseco relacionado à ausência de liberdade sexual da mulher, e também a possibilidade de engravidar dentro do sistema prisional, gerando gastos ao Estado e, ainda, quando há o direito à visita íntima, essa não se efetiva, pois os “companheiros” não se submetem a revistas íntimas.

Outrossim, o acesso às atividades educativas é raro em unidades femininas, de acordo com o Relatório do OEA (2007), além das condições de viabilização da escola e aulas, muitas mulheres presas não demonstram interesse pelas atividades educacionais, pela falta de condições emocionais, em razão do ambiente e preocupação com a família, principalmente os filhos.

No entanto, aquelas que optam por estudar, descrevem o ambiente como um lugar de crescimento, o que reflete na conquista de respeito dos filhos e autonomia em relação aos homens de seu círculo familiar. Em relação a atividade educacional o último relatório trouxe os dados que apenas 25% das mulheres presas estão envolvidas em alguma atividade educacional (INFOPEN 2016).

Diretamente ligada à oferta de atividades a mulheres presas, está o acesso ao trabalho, sobre esse tópico o Infopen de 2016 revela que apenas 24% das mulheres privadas de liberdade estão envolvidas em alguma atividade laboral interna ou externa, que segundo o Relatório da OEA (2007), ainda é insuficiente e inadequado quando ofertado, isso significa dizer que não há trabalho para todas as mulheres privadas de liberdade, e quando há, essas mulheres são exploradas e expostas a situações de degradação.

Ademais, as políticas públicas de ressocialização da mulher encarcerada acabam por reforçar essa imagem de mulher submissa e conformada ao espaço privado, pois as atividades oferecidas são consideradas da natureza feminina, como por exemplo, aulas de artesanato, culinária e costura.

Também nesse sentido o que fortalece a submissão da mulher é a remuneração recebida quando essa exerce atividade laboral estando presa, pois conforme relatório do Infopen 2016, 20% das mulheres que exercem alguma atividade quando privada de liberdade não recebem remuneração e 43% recebem menos que $\frac{3}{4}$ do salário mínimo mensal. Essa situação é agravada quando tratamos do benefício de auxílio reclusão, apenas 3% das famílias dessas mulheres acessam esse benefício, ou seja, a mulher fica financeiramente desamparada.

No entanto, as atividades educacionais e de trabalho estão relacionadas ao direito de remição de pena, diminuindo, assim, os dias que terá que permanecer em regime fechado ou semiaberto. A mesma lógica se aplica no instituto da remição pelas atividades educacionais, em vista da aplicação extensiva do art. 126 da LEP.

Deste modo, a oferta das atividades, tanto educacionais como laborais, estão ligadas a possibilidade de reduzir o tempo da mulher em regime fechado, mas quando não há atividades ou possibilidade de trabalho, não há remição, e, mesmo quando existe a possibilidade, é feito o controle das mesmas pelo próprio presídio, causando uma grande lacuna na aplicação do instituto da remição.

Conforme relatado acima, as mulheres encarceradas sofrem constantes violações de seus direitos, inclusive de direitos fundamentais, ultrapassando a punição da retirada do direito de ir e vir, submetendo-as a condições degradantes, perdendo a finalidade de readaptação social, permanecendo apenas com a intenção de punir sem limites, não apenas a liberdade, mas o corpo, o psicológico e a integridade moral.

De acordo com Rodrigues e Hechler (2012) muito disso se deve a uma cultura social instituída de um Estado Penal, em que o cárcere serve como um depósito de “inadaptados” do sistema social vigente. Essa situação se agrava quando realizamos um recorte de gênero e observamos as violações relacionadas a discriminação e negligência da mulher no cárcere, ou seja, além das constantes violações do próprio sistema

carcerário brasileiro, essa sofre violências decorrentes de suas características de “mulher”.

Destarte, nos ambientes prisionais, são reproduzidas a violência de gênero, inclusive de uma maneira mais intensa, tornando-a uma violência institucionalizada, no entanto, não há um olhar do Estado em relação a perspectiva de gênero e uma significativa política pública, ou seja, os sistemas prisionais foram feitos por homens e para homens, e, segue-se a negar as diferenças de gênero e as necessidades específicas, mantendo-se um sistema penal discriminatório, machista, patriarcal e misógino, o qual cumpre seu papel de manter as relações de poder.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do processo de crescente encarceramento feminino no Brasil demonstra uma vinculação entre prisão de mulheres e a política criminal de drogas no país, baseada na lógica punitivista de guerra, pois, em sua grande maioria, estão privadas de liberdade por envolvimento com tráfico de drogas e afins.

Além dessa principal característica do cárcere feminino, nota-se que grande parte das mulheres são jovens, mães solteiras, afrodescendentes, com ensino fundamental incompleto, baixa renda e com estrutura familiar incompleta, privada de liberdade pelo cometimento de crime relacionado a entorpecentes, que aguardam sua condenação em regime fechado ou foram condenadas a penas menores que oito anos de prisão.

O expressivo crescimento dos índices de encarceramento feminino coloca a necessidade de haver regras mínimas para tratamento da mulher presa, surgindo, assim, as Regras de Bangkok, as quais levaram em consideração as especificidades do gênero feminino, principalmente a maternidade e o vínculo do filho com a mãe. No entanto, as regras que foram estabelecidas e das quais o Brasil é signatário, tem baixíssima efetividade, o que resulta em sérias violações da dignidade e dos direitos fundamentais da mulher presa.

Porém, a realidade carcerária das mulheres no Brasil, não corresponde ao estabelecido no ordenamento jurídico, pelo fato da opressão de gênero no âmbito do sistema penitenciário retirar mais direitos das mulheres, considerando que as instituições são pensadas e destinadas a homens, ficando aquelas em segundo plano.

Assim, identifica-se uma série de violações dos direitos das mulheres presas, em relação ao espaço, acesso a direitos fundamentais como saúde, educação, alimentação, que somadas as dificuldades de ser mulher na sociedade atual, produzem consequências mais graves. Problemas psicológicos, abandono pela família e companheiros e distância dos filhos são as maiores dificuldades de ser mulher e estar presa, mas, também representa, segundo a visão das detentas, o maior motivo de ressocialização.

A análise do perfil da mulher encarcerada e das condições materiais de execução da pena privativa de liberdade, permite construir compreensões relacionadas com a questão da desigualdade de gênero, que dizem respeito ao cometimento do delito de tráfico de drogas de forma subalterna ao companheiro ou familiar e, também, a responsabilidade única e exclusiva pela criação dos filhos, como um fator que favorece a entrada para o mundo do crime.

Destaca-se também, neste universo, a questão da responsabilidade de ser mulher, mãe e esposa e de permanecer no ambiente privado submetendo-se a relações de dominação e abuso.

A prisão é o reflexo da sociedade, representa um micro cosmo no qual as relações de poder e desigualdade se reproduzem e se intensificam, o que faz com que elementos do patriarcado, machismo e sexismo presentes na sociedade livre se mostrem presentes de forma mais intensa, limitando, subestimando e menosprezando a mulher, pois essa, não é considerada tão detentora de direitos humanos e personalíssimos como são os homens, sempre estando submissa aos seus dominadores.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Bruna Soares Angotti Batista de. **Entre as leis da ciência, do estado e de Deus. O surgimento dos presídios femininos no Brasil.** São Paulo. Universidade de São Paulo. 2011.

BRITTO, Lemos. **Os Sistemas Penitenciários do Brasil.** Volume II. Rio de Janeiro. Imprensa Nacional. 1924.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Execução da Pena Privativa de Liberdade para Mulheres a Urgência de Regime Especial.** São Paulo: Justiça, 2007.

INFOPEN MULHERES. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça. Junho de 2014.

INFOPEN MULHERES. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. 2º Edição. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça. 2018.

OLIVEIRA, Fábio Silva de. **Regras de Bangkok e encarceramento feminino.** 2017. Canal de Ciências Criminais. <<https://canalcienciascriminais.com.br/regras-de-bangkok-encarceramento/>>. Acesso em 10 jul. 2022.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam.** Rio de Janeiro. São Paulo: Record, 2015.

RODRIGUES, Isabela Viviane. HECHLER, Ângela Diana. **Gênero e Privação de Liberdade As condições de vida das mulheres na prisão.** Revista de Iniciação Científica da ULBRA 2012.

OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL: A EFETIVAÇÃO DO DIREITO PERSONALÍSSIMO À LIBERDADE POR INTERMÉDIO DO ACESSO À JUSTIÇA

Luís Gustavo Candido e Silva¹, Gustavo Noronha de Ávila²

¹Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá - Unicesumar na modalidade Bolsista Capes. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Maringá - Unicesumar com período sanduíche na Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá – UEM. luiscandido.adv@gmail.com

²Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Docente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário Cesumar (UniCesumar). Pesquisador do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI). Docente do Departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Maringá (UEM), Maringá (PR), Brasi. gustavonoronhadeavila@gmail.com

RESUMO

O recurso de embargos de declaração apresenta-se no processo penal brasileiro como um instrumento hábil para sanar possíveis omissões, contradições ou obscuridades de determinadas decisões judiciais. Porém, pouco se fala sobre a história e o processo de criação da referida ferramenta jurídica. Assim, procura-se observar com o presente estudo, que existe uma lacuna legislativa no que se refere ao processo de execução penal e o remédio recursal em questão. Desta forma, por intermédio de uma pesquisa bibliográfica, busca-se analisar a aplicação dos embargos de declaração no processo de execução penal, partindo-se de um estudo geral sobre este instrumento jurídico, capaz de conter análises sobre suas origens, aplicações e desenvolvimento no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, através do método hipotético dedutivo, pretende-se visualizar como o recurso analisado pode atuar na efetivação do direito personalíssimo à liberdade das pessoas condenadas. Conclui-se com a pesquisa que, quando manejado no processo de execução penal, os embargos de declaração podem funcionar como um instrumento de efetivação do direito personalíssimo à liberdade, uma vez que garantem ao apenado o livre acesso à justiça e uma tutela jurisdicional efetiva.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da Personalidade; Acesso à Justiça; Liberdade; Execução Penal; Embargos de Declaração.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar a aplicação dos embargos de declaração no processo de execução penal brasileiro, sob o enfoque do princípio do amplo acesso à justiça e da efetivação de direitos da personalidade do encarcerado. Sendo que nestes moldes, procura efetuar uma abordagem garantista no que se refere ao processo penal, analisando-o sob um viés constitucional como um instrumento de efetivação de direitos, capaz de proteger os indivíduos de possíveis atos arbitrários praticados pelo Estado.

Para tanto, procura-se fazer uma análise sobre a importância do amplo acesso à justiça em razão da efetivação de direitos, em especial dos direitos da personalidade do condenado em definitivo, especificamente no que diz respeito ao direito personalíssimo à liberdade.

Por consequência, como um dos objetos do estudo é o recurso de embargos de declaração, busca-se efetuar uma análise do mesmo enquanto instituto jurídico, indicando suas origens e suas evoluções, além de delimitar a sua aplicação no atual processo penal brasileiro, especialmente no que diz respeito aos procedimentos da execução penal.

Por fim, dada a relevância do processo de execução penal para o desenvolvimento do trabalho, procura-se realizar uma análise mais pormenorizada dos tipos de prisão existentes no ordenamento jurídico brasileiro e da Lei de Execução Penal, apontando sua origem, sua evolução e suas peculiaridades.

Realizadas as referidas análises, o artigo irá estruturar as hipóteses de aplicação dos embargos de declaração na processualística da execução penal, analisando o presente recurso como uma ferramenta capaz de garantir o amplo acesso à justiça e efetivar direitos da personalidade do condenado à pena privativa de liberdade.

2 O ACESSO À JUSTIÇA E O PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

É necessário indicar que a Constituição Federal, observada no presente estudo como norma fundamental do ordenamento jurídico, deve ser analisada como instrumento normativo que para além de fornecer bases para a estruturação do Estado, indica para a sociedade quais são os bens e valores juridicamente protegidos, apontando o norte para a definição de direitos fundamentais e personalíssimos.

Porém, torna-se evidente que os estudos que envolvem direitos da personalidade e garantias individuais ou coletivas carecem de completude, visto que apenas indicam quais são os direitos e quais são as garantias que o ordenamento procura proteger, sem apontar os meios de se efetivarem tais normatizações.

Nestes termos, o processo penal no presente trabalho, irá ser analisado como um dos instrumentos de efetivação das garantias constitucionais e dos direitos da personalidade que envolvem, especialmente, o condenado.

É no mesmo sentido que Aury Lopes Junior aborda em seu estudo os fundamentos do processo penal, conforme demonstra-se com o trecho a seguir relatado:

A primeira questão a ser enfrentada por quem se dispõe a pensar o processo penal contemporâneo é exatamente (re)discutir qual é o fundamento da sua existência, por que existe

e por que precisamos dele. A pergunta poderia ser sintetizada no seguinte questionamento: um Processo penal, para quê (quem)? Buscar a resposta a essa pergunta nos conduz à definição da lógica do sistema, que vai orientar a interpretação e a aplicação das normas processuais penais. Noutra dimensão, significa definir qual é o nosso paradigma de leitura do processo penal, buscar o ponto fundante do discurso. Nossa opção é pela leitura constitucional e, dessa perspectiva, visualizamos o processo penal como instrumento de efetivação das garantias constitucionais (LOPES JUNIOR, 2017, p. 59-60).

A partir desta abordagem, pode-se compreender que o processo penal, mais que uma forma de dar efetividade às garantias e aos direitos personalíssimos, é um instrumento que procura proteger os indivíduos de qualquer ato arbitrário que possa vir a ser adotado pelo Estado no emprego do direito de punir.

Deste marco ideológico, o jurista Luigi Ferrajoli, ao inaugurar a análise do processo penal a partir de um viés garantista, indica em sua obra *Direito e Razão* que as garantias e os direitos fundamentais não bastam por si só, se não existirem meios para que sejam efetivados:

O que faz do processo uma operação distinta da justiça com as próprias mãos ou de outros métodos bárbaros de justiça sumária é o fato que ele persegue, em coerência com a dúplici função preventiva do direito penal, duas diferentes finalidades: a punição dos culpados juntamente com a tutela dos inocentes (FERAJOLI, 2010, p 556).

Em sua obra, ainda estabelece três sentidos fundamentais para a teoria do garantismo penal por ele proposta, sendo: a) o garantismo como modelo de direito; b) o garantismo como teoria do direito e crítica do direito; c) o garantismo como filosofia do direito e crítica da política (FERRAJOLI, 2010, p. 785-788).

Com o garantismo como modelo de direito, o jurista procura propor, no que se refere à normatividade do direito, a busca pela legalidade, adotando uma postura que no campo político se traduz pela minimização da violência e pela expansão das liberdades, e no campo jurídico, pela imposição de um poder punitivo que leve em consideração os direitos e garantias de cada indivíduo.

Em um segundo sentido, o garantismo se apresenta como uma teoria e uma crítica do direito, impondo-se a necessidade de se averiguar critérios de validade e efetividade da norma penal, e de se fazer uma correspondência crítica entre o mundo prescritivo das normas e o mundo fático das condutas.

Por fim, em uma última análise, estuda-se o terceiro sentido do garantismo, compreendendo-o enquanto filosofia do direito e crítica da política, com imposição de uma necessidade do Estado em justificar a necessidade de se punir e quais bens jurídicos pretende garantir.

É partindo desta compreensão, de um processo penal analisado sob um viés constitucional e garantista, que se iniciam os apontamentos sobre o acesso à justiça, compreendido neste estudo como princípio constitucional apto a garantir a efetivação de direitos da personalidade.

A análise do princípio do acesso à justiça, de forma inicial, deve partir da sua conceituação primária e de sua posição atual no ordenamento jurídico.

Para tanto, tem-se que o acesso à justiça encontra-se tipificado com o status de princípio constitucional no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Como dois grandes teóricos que versaram sobre o tema, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, indicam que o termo introduz duas perspectivas importantes no que diz respeito ao direito contemporâneo, quais sejam:

Serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8)

É possível se observar que para os autores, além de se apresentar como um avanço social, o princípio do acesso à justiça se apresenta como uma evolução no que diz respeito ao campo da processualística, no sentido em que se preocupa não somente com os direitos e garantias previstos em lei, mas com a forma de proporcionar efetividade aos mesmos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 13).

Com o objetivo de estudar o amplo acesso à justiça, os autores se propuseram a analisar três ondas de renovação do processo em relação ao referido princípio.

A primeira onda se refere à assistência judiciária aos hipossuficientes financeiros, para que a ausência de recursos não inviabilizasse o acesso à justiça. A segunda onda tratou de atingir e abrigar o acesso à justiça em relação aos interesses difusos e coletivos que nasciam com a inovações sociais advindas de novas formas de produção e de relações individuais e coletivas. E, por fim, a terceira onda que busca analisar a possibilidade de se renovar o quadro complexo dos diversos participantes do processo e se adotarem mecanismos não jurídicos para se solucionarem os conflitos sociais, com enfoque na prevenção dos litígios (CAPPELLETTI, 1988, p. 68).

Assim, demonstra-se imprescindível a análise da referida obra para a compreensão do princípio do acesso à justiça e de sua atual relevância na legislação brasileira, visto se trata de um dos princípios mais estudados na atualidade quando se procura abordar temáticas relacionadas à efetivação de direitos.

É evidente que não se pode deixar à margem que o Brasil, longe das medidas alinhadas a uma justiça coexistencial proposta pelos autores, em muito se distancia do integral cumprimento de qualquer uma das ondas de reformas propostas, tendo muito a avançar no campo da garantia integral do acesso à justiça (SIQUEIRA; LARA; LIMA, 2020, p. 30). No entanto, não se pode deixar à margem que inúmeros avanços estão sendo trilhados no sentido de se ampliar o acesso à justiça no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que as inovações relacionadas a este plano não serão abordadas no trabalho simplesmente por fugirem do escopo da pesquisa.

Nestes termos, nota-se urgente que, visando a teoria garantista proposta por Ferrajoli, e a necessária concretização ampla do princípio do amplo acesso à justiça, se procure viabilizar a criação de meios e instrumentos jurídicos capazes de permitirem que os indivíduos, cada vez mais, possam encontrar no poder judiciário, ou fora dele, o caminho para efetivarem seus direitos fundamentais e personalíssimos (ÁVILA, 2016, p. 550).

3 FUNDAMENTOS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL

Colocados os apontamentos sobre a relevância da teoria do garantismo penal e do princípio constitucional do amplo acesso à justiça para o presente trabalho, faz-se necessário apresentar uma breve contextualização sobre as modalidades de prisão no sistema penal e processual penal brasileiro, tecendo-se considerações especiais sobre o processo de execução penal.

Existem alguns tipos de prisão permitidas na legislação brasileira, sendo elas basicamente compreendidas e definidas em dois grandes gêneros, quais sejam: a prisão provisória e a prisão definitiva.

Essa distinção acaba por abranger as duas grandes modalidades de prisão existentes no processo penal, que seria a modalidade da prisão pena, também conhecida pela doutrina como prisão sanção ou prisão definitiva, analisada como aquela prisão decorrente de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, e a modalidade da prisão sem pena, entendida como qualquer tipo de prisão cautelar ou provisória em sentido amplo, ou seja, qualquer tipo de encarceramento que possa recair sobre um sujeito sem que exista prévia sentença condenatória transitada em julgado. (TOURINHO FILHO, 2003, p. 543).

No entanto, se observa com a análise do texto constitucional que a prisão, em qualquer de seus gêneros ou espécies, deve ser exceção e, portanto, deve seguir para a sua decretação alguns critérios prefixados em lei.

Neste sentido, o art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal de 1988 é o dispositivo jurídico que indica as espécies de prisões legalmente possíveis em território nacional, além de fornecer os requisitos formais necessários para que qualquer forma de encarceramento acompanhe o

critério da legalidade e não seja evitada por espécies de vícios ou nulidades em sua decretação.

A referida norma constitucional, ao ser examinada por José Afonso da Silva, apresenta-se como uma garantia jurisdicional penal apta a viabilizar segurança jurídica àqueles que se encontram submetidos à lei penal, ao passo em postula pela impossibilidade de qualquer indivíduo ser processado ou sentenciado se não for pela autoridade competente, ou preso sem ordem escrita e fundamentada pela autoridade jurídica pertinente (SILVA, 2003, p. 439).

Deste modo, a garantia constitucional em comento, além de definir modalidades de prisão, ainda indica a necessidade da prisão se dar somente após uma ordem escrita e fundamentada emanada de um órgão e uma parte específica e competente para proferi-la, ou seja, reduz o campo de ação do julgador e lhe impõe a necessidade de agir com imparcialidade, visto que qualquer decisão deve ser norteadas por normas, sendo estas compreendidas como princípios e/ou regras, que façam relação com as bases e fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Tal garantia também permite que acusado e acusador tenham efetividade em seu acesso à justiça e conheçam os motivos e as circunstâncias que levaram o julgador a optar por essa ou aquela decisão.

É partindo dessas ponderações iniciais, que se aponta que o estudo em comento levará em consideração para seu desenvolvimento somente um dos gêneros ou tipos de prisão, qual seja, a prisão pena.

Como já fora apresentado, todo processo criminal deve ser guiado em consonância com as garantias constitucionais fundamentais que lhe conferem legalidade e proporcionam o devido respeito e amparo à dignidade de qualquer cidadão que se encontra submetido à persecução penal. No entanto, se respeitadas todas as garantias materiais e formais do acusado, se todas as vias recursais forem devidamente superadas e o Estado firmar sua convicção pelo juízo condenatório, este tem o dever de impor uma pena ao condenado e dar início ao processo de execução da pena por ele mesmo imposta. Sendo este o ponto de partida para o início do que pode se compreender por processo de execução penal.

Assim, a essencial função da execução penal dentro do processo penal brasileiro é a de dar efetividade as sentenças condenatórias proferidas por juízos criminais, sendo que deste pressuposto, que seria o de se buscar cumprir decisões condenatórias das quais já não se cabe mais recursos, aparece um novo e complexo sistema processual, que diverge por completo daquele que fora aplicado nas fases do inquérito administrativo ou do processo de conhecimento, no qual o escopo primordial é o cumprimento de pena definitiva, com uma intenção progressiva e com o objetivo claro de ressocialização do condenado.

O processo de execução penal ganha maior visibilidade no cenário brasileiro a partir do ano de 1984, com a promulgação da Lei de Execução

Penal, observada como o regramento basilar para as questões relacionadas ao cumprimento de pena definitiva.

Como principais pontos abordados pelo referido diploma legal, pode-se citar: a) os objetivos fundamentais da execução penal; b) a disposição dos órgãos que compõem a estrutura da execução penal; c) competência; d) os princípios que regem a execução penal; e) os diversos tipos de estabelecimentos prisionais; f) os diferentes tipos de regime para cumprimento de pena; g) as formas de alterar o regime prisional; h) os deveres e direitos dos condenados; i) sanções, recompensas e demais critérios essenciais para se efetivar a execução da pena.

No entanto, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, as discussões doutrinárias acabam aumentando em relação ao texto e a eficácia de Lei de Execução penal, visto que em muitos aspectos a mesma caminha em descompasso com relação aos princípios e normativas introduzidas pelo legislador constitucional. Sendo que nesse sentido, Rodrigo Roig decide apontar um norte para guiar a interpretação do referido diploma legislativo, apontando pela necessidade de se adaptá-lo à uma roupagem constitucional e garantista, conforme se observa em trecho de uma de suas obras:

A visão pragmático-redutora da execução penal parte fundamentalmente de duas premissas: por um lado considerar subsistentes somente os dispositivos efetivamente recepcionados pela Constituição, afastando conseqüentemente aqueles eivados de inadequação constitucional. Por outro lado, aportar para a legislação e prática penitenciárias todos os instrumentos redutores do poder punitivo preconizados pela Constituição de 1988, Código Penal, Código de Processo Penal e pelos Tratados e Convenções internacionais sobre o tema. Acreditamos ser esta uma útil forma de ruptura com o "isolamento antidemocrático" sofrido pela Lei de Execução Penal ao longo desse quarto de século. (ROIG, 2010, p. 2)

Assim, tem-se que a Lei de Execuções penais se trata de uma estrutura complexa que procura coordenar e fornecer parâmetros para que o cumprimento de pena definitivo se dê de forma harmonizada com as garantias constitucionais e respeite a dignidade do apenado.

Com o exposto, percebe-se que ao dar início ao cumprimento de pena definitivo o condenado se submete a um novo processo, agora denominado de processo de execução penal, vinculado a um juízo específico e que ainda deve caminhar em consonância com as garantias constitucionais e infraconstitucionais que lhe são asseguradas.

Para não se adentrar na discussão doutrinária sobre a jurisdicionalização do processo de execução brasileiro, deve-se apenas apontar que, respeitado o acesso à justiça e a ampla defesa, o acusado que se encontra cumprindo pena em definitivo tem a possibilidade ainda de

formular sua defesa em relação a imposições de penas que ultrapassem as que lhes foram impostas.

De recursos específicos à incidentes movidos na própria execução penal, existem diversas formulas processuais para se alcançarem determinados objetivos e se efetivarem os princípios norteadores da execução ao longo do processo.

Ou seja, em que pese possam existir muitas derivações e possibilidades de estudo sobre o tema, o que importa para a presente pesquisa é que o processo de execução penal, assim como demais ramos da processualística, também comporta instrumentos processuais capazes de proporcionar efetividade à direitos personalíssimos e garantias individuais e coletivas da comunidade prisional.

Com efeito, a partir do paradigma garantista do Direito, segundo o qual a Constituição deve nortear a aplicação legal, é primordial visualizar a existência de um modelo constitucional de execução penal que respeite a dignidade da pessoa humana e demais princípios previstos em lei que possam viabilizar a efetivação de direitos e garantias dos condenados para que, somente assim, seja possível pensar em um processo de execução penal constitucional e garantista (SANTIAGO; MAIA, 2019, p. 176).

É partindo destes fundamentos, que se passa a estudar não só o processo de execução penal, mas todo o complexo sistema relativo ao cumprimento de pena como um conjunto de normas que devem ser capazes de todos os direitos dos condenados que não se encontram atingidos pela imposição de pena privativa de liberdade.

4 UMA ANÁLISE SOBRE OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA COMO INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DA LIBERDADE

Como fora indicado nas análises realizadas até então, o processo de execução penal comporta recursos e instrumentos processuais diversos, capazes de garantir que o cumprimento da pena de caráter definitivo aplicado pelo Estado seja efetivado em conformidade com o direito material, o direito processual e as garantias fundamentais do condenado.

Com o exposto, passa-se a tecer breves comentários sobre o recurso de embargos de declaração, apontando de forma especial a sua aplicação no processo penal, e investigando a possibilidade de se utilizar o recurso em comento no processo de execução penal, visando o acesso à justiça amplo do condenado e a efetivação de seu direito personalíssimo à liberdade.

Os embargos de declaração, regulados inicialmente pela legislação civil, são compreendidos como o recurso direcionado ao próprio órgão jurisdicional que proferiu a decisão embargada (sentença ou acórdão), com

o objetivo de completá-la em algum ponto omissivo, ou esclarecê-la em algum ponto obscuro ou contraditório (GRECO, 2011, p. 418).

Suas raízes encontram-se no direito português, especialmente nas ordenações afonsinas, que disciplinavam a possibilidade de qualquer juiz, diante de uma decisão de caráter definitivo por ele proferida, poder reexaminá-la com o objetivo de esclarecer algum ponto específico, ou sanar eventuais dúvidas em relação a termos ou palavras confusas (SILVA, 2000, p. 25-56).

Em suas origens, dentre os pontos que definiam as suas principais características, estava ausência de prazo para a sua interposição e a restrição em relação à hipótese de cabimento, uma vez que poderia ser interposto somente em desfavor de decisões de caráter definitivo, excluindo qualquer hipótese de cabimento referente a decisões interlocutórias ou demais incidentes processuais.

É possível observar, que muitas dessas características iniciais dos embargos de declaração o acompanharam em seu desenvolvimento e em sua expansão como instituto jurídico recepcionado e aplicado por outros ordenamentos jurídicos.

Como fora apontado, a origem do instituto guarda relação com a possibilidade do mesmo juízo que proferiu determinada decisão reconhecer, de imediato, um vício ou um equívoco que possa ter cometido, com o fim de evitar procedimentos desnecessários em segundo grau de jurisdição e proferir celeridade processual ao feito que encontra-se em julgamento, sendo que neste sentido, apontam Rodrigo Valente Giublin Teixeira e Vinicius de Moraes ao analisarem os fundamentos do Recurso de Embargos de Declaração:

Isso porque, em tese, a necessidade de corrigir a decisão judicial, para o fim de produzir a adequada prestação jurisdicional, derivou do fato do próprio órgão julgador proferir uma decisão passível de vício, logo, não haveria a causalidade para atribuir a interposição do recurso à parte adversa, até porque, em princípio, os embargos de declaração não se prestariam para o corrigir a tese de mérito arguida pela parte contrária, mas a necessidade de um novo pronunciamento jurisdicional para integrar a decisão defeituosa. (TEIXEIRA; MORAES, 2018, p. 531)

No ordenamento jurídico brasileiro, a introdução dos embargos de declaração se deu inicialmente na esfera cível, abordado em consolidações, decretos e códigos estaduais.

Porém, foi com a promulgação do primeiro Código de Processo Civil, em 1939, que o recurso ganhou forma. Na referida codificação, o art. 808, inciso V, e o art. 862, apresentavam os embargos de declaração como um recurso autônomo, específico e apto a ser interposto somente em desfavor de sentenças proferidas pelo juízo de primeiro grau, com o fim de que sejam

sanados pontos obscuros, omissos ou contraditórios da referida decisão. (ASSIS, 2014, p. 628-630).

Tal normatização não tardou para repercutir na esfera processual penal, sendo que o Código de Processo Penal de 1941 passou a admitir, em seus artigos 382 e 620, mediante a existência de ambiguidade, omissão, obscuridade ou contradição em sentenças ou acórdãos, a interposição do recurso de embargos de declaração.

No que se refere à Execução Penal, foco do presente estudo, dada a própria natureza do processo, nota-se que a previsão legal no que diz respeito ao cabimento dos embargos de declaração é mais restrita, se limitando somente aos casos de acórdãos proferidos por Turmas ou Câmara Criminais.

Nestes termos, formulados estes breves apontamentos iniciais em relação aos embargos de declaração, suas raízes e seus fundamentos, faz-se necessário apontar que cada vez mais este recurso vem sendo utilizado na prática processual brasileira com o objetivo de sanar obscuridades, contradições e omissões de decisões judiciais das mais diversas, que flutuam de simples decisões interlocutórias à acórdãos.

Porém, se observa uma lacuna legislativa no que diz respeito à aplicação do recurso em comento no processo de execução penal, sendo esta insuficiência normativa que se passa a analisar a partir de então.

Como já fora mencionado, o processo de execução penal possui peculiaridades advindas de sua própria natureza. Por pressupor a existência de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, o legislador deixou à margem de seu trabalho a análise de recursos ou ferramentas processuais próprias para atacarem decisões do juízo de primeiro grau da vara de execuções penais, que apesar de não serem juridicamente analisadas com o status de sentença e nem acórdão, podem influenciar e definir o cumprimento de pena do condenado.

Assim, passa-se a verificar a necessidade processual de se aplicar os embargos de declaração para qualquer decisão proferida pelo juízo da vara de execuções penais, e não somente para aquelas hipóteses taxativas previstas na Lei de Execução Penal.

Ao analisar o processo de execução penal, já fora indicado que o condenado, exercendo o direito fundamental do livre acesso à justiça, pode levar ao juízo da execução penal diversos pedidos que guardam relação com o seu cumprimento de pena e com a efetivação de direitos.

No entanto, ao decidir tais pleitos formulados pela defesa do executado, por muitas vezes o órgão jurisdicional pode deixar de analisar alguns dos pontos levantados, sendo omissos, obscuros ou até mesmo se contradizendo em sua decisão.

Todavia, dada a ausência de previsão legal, pode-se acreditar que não haveria hipótese de cabimento do recurso de embargos de declaração para sanar possíveis vícios das decisões referidas, pensando-se ser

cabível para a resolução deste litígio processual a interposição de um recurso diverso

Assim, por muitas vezes, fica o direito pleiteado pelo condenado carente de efetivação, visto que além de não ser apreciado e devidamente decidido pelo juízo singular, acaba tendo que ser submetido à instância superior, por intermédio de um procedimento complexo e moroso, para ser devidamente analisado e oportunamente reconhecido.

É possível observar assim que, em que pese exista uma lacuna legislativa, com uma análise sistemática, garantista, que vise o acesso à justiça, uma decisão célere, eficaz e que seja capaz de garantir e viabilizar a efetivação de direitos da personalidade do condenado, os embargos de declaração podem ser opostos contra decisões emanadas do juízo singular da execução penal para que se possam corrigir possíveis omissões, obscuridades ou contradições existentes na decisão recorrida.

Ainda é necessário esclarecer que, como as decisões do juízo da vara de execução penal podem versar sobre inúmeros aspectos, capazes de afetar direitos personalíssimos do condenado e irregularidades no cumprimento de pena, a celeridade deve ser um norte para a totalidade da estrutura processual, visto que a mora em reconhecer um direito pode levar desencadear em uma arbitrariedade completamente incompatível com a estrutura processual penal constitucional garantista.

Em relação aos direitos personalíssimos, compreendidos aqui como aqueles direitos essenciais para a concretização e pleno desenvolvimento da personalidade humana (DE CUPIS, 2008, p. 24), tem-se que em sede de execução penal, o aspecto da personalidade mais afetado, e que se encontra no ponto central de qualquer discussão que verse sobre o sistema prisional, não pode deixar de ser aquele relativo à liberdade, levando-se em consideração que o escopo do processo de execução é o cerceamento de muitas das formas de emanção deste direito.

Compreende-se que os embargos de declaração, se aplicados no processo de execução penal de forma irrestrita, poderiam conferir celeridade aos pedidos formulados pelos condenados, evitando-se que, desta forma, análises sobre eventuais irregularidades na prisão pudessem ser prolongadas no tempo.

Assim, o que se procura com o presente artigo é, propor que a aplicação dos embargos de declaração possa efetivar o direito personalíssimo à liberdade, uma vez que podem conferir, por intermédio do acesso à justiça, uma maior possibilidade de se evitarem prisões ilegais.

Desta forma, além de garantir acesso amplo à justiça, se aplicado em sede de primeiro grau de jurisdição, os embargos de declaração podem conferir maior celeridade e maior proteção à diversos direitos do condenado, em especial ao direito personalidade referente à liberdade, uma vez que a este é o fim último perseguido por qualquer cidadão que se encontra submetido ao difícil e cruel cumprimento de pena no Brasil.

3 CONCLUSÕES

Com a presente pesquisa, se observou que os embargos de declaração, analisado como aquele recurso capaz de sanar possíveis omissões, contradições ou obscuridades de decisões judiciais, para ser aplicado no processo de execução penal de forma ampla ainda carece de previsão legal específica, visto que a Lei de Execução Penal foi clara ao apontar que a sua única hipótese de cabimento se daria somente em razão de acórdãos proferidos por Turmas ou Câmaras Recursais.

Assim, foi possível observar que o descompasso entre a previsão legal e a aplicação prática processual vem ganhando espaço na processualística da execução penal brasileira, quer seja pela maior efetividade dos embargos de declaração no que diz respeito às garantias fundamentais e direitos personalíssimos do condenado, ou pela própria adequação, gradualmente adotada pelos aplicadores do direito, deste recurso para o processo de execução penal, analisando-o como um instrumento processual mais adequado para sanar omissões, obscuridades ou contradições, uma vez que é mais efetivo e célere no que diz respeito à prestação jurisdicional.

No entanto, também se observou que em uma análise puramente legalista, pode-se compreender que o recurso de embargos de declaração, se oposto em desfavor de decisão proferida pelo juízo singular da execução penal, poderia encontrar obstáculos em seu eventual processamento, dada a ausência de previsão legal.

No presente trabalho, por sua vez, optou-se por analisar o cabimento dos embargos de declaração no processo de execução penal de forma ampla, o expandindo para qualquer decisão proferida pelo juízo da execução penal, mesmo ante a ausência de previsão normativa específica para tanto.

Assim, efetuou-se uma análise do processo penal sob um viés garantista, que tem como dever incluir o amplo e efetivo acesso à justiça como um dos fundamentos primários da luta pela efetivação de direitos da personalidade do condenado.

Por fim, chegou-se à conclusão de que, se cabível contra outros tipos de decisões judiciais, que não se resumam àquelas previstas na lei de execução penal, além garantir o princípio do amplo acesso à justiça e de conferir maior celeridade e efetividade à prestação jurisdicional, podem os embargos de declaração funcionar como um facilitador para o cumprimento dos princípios basilares da execução penal e atuar como um instrumento de efetivação da liberdade, aqui entendida como direito da personalidade do condenado, dado que além da dignidade da pessoa humana, é o direito perseguido por todos aqueles sujeitos que se encontram submetidos às mazelas do terrível processo de cumprimento de pena brasileiro.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. O debate entre Luigi Ferrajoli e os abolicionistas: entre a sedução pelo discurso do medo e as práticas libertárias. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 16, n.2, p. 543-561, 2016.

BRASIL. Código de Processo Civil de 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm> Acesso em: 26 de abr.il de 2021.

BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 22 de abr.il de 2021.

BRASIL. Código de Processo Penal de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 20 de abr.il de 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 de abr.il 2021

BRASIL. Lei de Execuções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em 23 abril 2021.

CACICEDO, Patrick. O controle judicial da execução penal no Brasil: ambiguidades e contradições de uma relação perversa. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 413-432, jan./abr. 2018.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. **Embargos de declaração**: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Leonardo. Embargos de Declaração. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 7, p. 418-436, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: Introdução crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEREIRA, Fábio Martins; PEREIRA, Fernanda Simões Viotto. Breves apontamentos sobre as modalidades de prisão cautelar no sistema processual penal brasileiro. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 1, n. 1, p. 63-78, 2006.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

ROIG, Rodrigo Duque estrada. Ensaio sobre uma execução penal mais racional e redutora de danos. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 18, pp. 1-19, 2010.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; MAIA, Maurílio Casas. O garantismo penal, o encarcerado vulnerável e a intervenção da Defensoria Pública na execução penal: custos vulnerabilis? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 152, a. 27, p. 173- 209, fev. 2019.

SILVA, Antonio Carlos. **Embargos de declaração no processo civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LARA, Fernanda Corrêa Pavesi; LIMA, Henriqueta Fernanda C.A.F. Acesso à justiça em tempos de pandemia e os reflexos nos direitos da personalidade. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 38, p. 25 - 41, fev. 2021.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin; MORAES, Vinícius Caleffi de. Dos Honorários de Advogado no Recurso de Embargos de Declaração. **Revista Argumentum – RA**, Marília, v. 19, n. 2, pp. 519-537, 2018

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

A DISSEMINAÇÃO DO STALKING: O QUE MUDOU COM O ARTIGO 147-A DO CÓDIGO PENAL EOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Alexander Rodrigues de Castro¹, Fernanda Andreolla Borgio²

¹ Pós-doutor pela Westfälische Wilhelms Universität Münster (Alemanha) e pela Freie Universität Berlin (Alemanha); Doutor em Teoria e História do Direito pela Università degli Studi di Firenze (Florença, Itália); Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Foi pesquisador visitante no Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno da Università degli Studi di Firenze, no Institut für Rechtsgeschichte e no Exzellenzcluster Religion und Politik in den Kulturen der Vormoderne und der Moderne, ambos da Westfälische Wilhelms Universität Münster (Alemanha), bem como no Lateinamerika Institut da Freie Universität Berlin (Alemanha). Também foi resident fellow do Polish Institute of Advanced Studies da Academia de Ciências da Polônia. Trabalhou como pesquisador (wissenschaftlicher Mitarbeiter) no Institut für Rechtsgeschichte da Westfälische Wilhelms Universität Münster. Foi professor substituto na Universidade Federal de Santa Catarina. Docente Permanente do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (Unicesumar).

² Mestranda em Ciências Jurídicas pelo Unicesumar. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina. Advogada. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica – Câmpus Maringá – Paraná. Adv.fernandaborgio@gmail.com

RESUMO

A criminalização do *stalking* versa, antes de tudo, a proteção da dignidade humana e da defesa dos direitos personalíssimos das vítimas do delito de perseguição, entendendo de que forma a prática do *stalking* viola sobretudo, o direito à privacidade da vítima e a saúde mental sadia do indivíduo vítima dessa perseguição, além de abordar como sua criminalização pode contribuir para a proteção desse direito. Para isso, analisaremos a disseminação do *stalking* em suas mais variadas formas de disseminação, para demonstrar que uma compreensão ampliada dos direitos da personalidade a partir de sua leitura conjunta com os direitos humanos contribui para compreender as maneiras como a prática do delito ofendem a dignidade da pessoa humana e por conseguinte, os direitos da personalidade.

PALAVRAS-CHAVE: *Stalking; Direitos da Personalidade; Direitos Humanos.*

1 INTRODUÇÃO

Como forma de resposta social ao combate do delito em comento, no dia 31 de março de 2021 fora publicada a Lei 14.132, que adiciona no Código Penal o art.147-A, tipificando o crime de perseguição, qual seja, o *stalking*. Ainda que pareça inovador em um primeiro momento, trazendo uma certa segurança jurídica ao “inovar” o ordenamento jurídico com um tipo penal específico, na prática, apenas colocou-se em evidência uma prática que a doutrina (nacional e estrangeira) já debate há tempos.

Sob a ótica do ambiente social, verifica-se que existem condutas que violam de maneira individual ou coletiva os direitos e interesses da sociedade em geral. Esses atos podem se dar das mais variadas formas, tais como: falsificação de fotos ou o envio de mensagens privadas intimidantes.

Uma característica quase que preponderante dos *stalkers* virtuais (ou seja, dos perseguidores virtuais) é no ato de espalhar rumores maliciosos e fazerem acusações falsas, chegando até mesmo a criarem e a publicarem a chamada “pornografia de vingança”. Ademais, outra forma de invasão e violação da privacidade cometida do perseguidor em desfavor da vítima, é quando o ato pode também envolver em roubo de identidade e criar falsos perfis de mídias sociais ou *blogs* sobre a vítima, invadindo o ambiente virtual da vítima, mas não deixando de atingir o ambiente social por si só.

E é exatamente neste sentido, que este estudo busca analisar como o *stalking*, o *cyberstalking* e suas mais variadas formas de propagação surgem como formas de assédio social e acarretam danos aos direitos da personalidade, além de averiguar como que, no tocante a dignidade da pessoa humana, o olhar legislativo e jurisprudencial estão se portando para tratar destes temas no intuito de punir quem os comete.

2 DISCUSSÕES E RESULTADOS

Segundo pesquisa do Centro Nacional para Vítimas de Crimes dos Estados Unidos, (The National Center For Victims Of Crime), 7.5 milhões de pessoas são perseguidas por ano, uma em cada seis mulheres e, um a cada dezenove homens são vítimas de perseguidores, estes, motivados pelos mais variados sentimentos e objetivos, invadem a esfera de privacidade da vítima causando-lhe os mais indesejáveis sofrimentos. (The National Center For Victims Of Crime, 2015).

Ainda nos Estados Unidos, o mesmo órgão constatou que no ano de 2015 que: Durante o período de um ano, 7.5 milhões de pessoas de 18 anos ou mais, foram perseguidas; em algum momento de suas vidas 15,2 % das mulheres e 5,7% dos homens experimentaram de ser perseguidos, sentindo medo ou acreditando que alguém por perto estaria pronto para matá-lo; sobre as mulheres perseguidas, 88,3% reportaram ter sido perseguidas por homens e 7,1% por outras mulheres. Já os homens, 48% por outros homens e 44% por mulheres; A maioria das vítimas de *stalking*, são perseguidas por pessoas que conhecem; Os maiores medos das vítimas são: serem agredidas ou terem parceiros e filhos agredidos, que as perseguições nunca acabem, perder a liberdade, a morte, entre outras; 11% das vítimas perseguidas nos EUA estão sendo perseguidas por cinco anos ou mais; 46% das vítimas americanas experimentam estas perseguições ao menos uma vez na semana; Uma a cada sete vítimas, mudaram suas vidas em decorrência das incessantes perseguições. (Criminal Stalking Laws by State, 2015).

Dentre as denominações já elencadas acima, o *stalking* também é conhecido por se caracterizar como perseguição insidiosa, obsessiva, insistente, persistente ou assédio por intrusão, quando o agente, mediante uma gama de artifícios invade a rotina e a esfera de privacidade da vítima repetitivamente, na maioria dos casos, sem violência física, resultando em considerável sofrimento mental, psicossomático e social não só à vítima, mas também as pessoas mais próximas a esta (COSTA, 2017).

As sequelas dessa violência são catastróficas para as vítimas, levando-as a aparições de transtornos físicos e mentais. São vários os motivos inspiradores para perseguidores darem início a uma perseguição, os mais comuns são: violência doméstica, inveja, vingança, rejeição, ódio, brincadeira ou/e psicopatologias. Entretanto, é difícil elencar um perfil exato de um perseguidor em série, mas comumente o perfil dos *stalkers* podem

ser definidos como: companheiros, ex-companheiros, amigos, ex-amigos, namorados, ex-namorados, admiradores e inimigos.

Nas palavras de Damásio de Jesus, o doutrinador define o *stalking* como uma forma de violência na qual o sujeito ativo invade a esfera de privacidade da vítima, repetindo incessantemente a mesma ação por maneiras e atos variados, empregando táticas e meios diversos: ligações nos telefones celular, residencial ou comercial, mensagens amorosas, telegramas, ramalhetes de flores, presentes não solicitados, assinaturas de revistas indesejáveis, recados em faixas afixadas nas proximidades da residência da vítima, permanência na saída da escola ou trabalho, espera de sua passagem por determinado lugar contratação de detetives particulares, frequência no mesmo local de lazer, em supermercados etc (de Jesus Damásio, 2009).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo sendo um crime de menor potencial ofensivo, a criminalização do *stalking* foi tida com grande aclação pelos juristas e doutrinadores, uma vez que, antes de sua criminalização, o delito antes vinha sendo imputado na sua maioria das vezes, no delito de ameaça, previsto no artigo 147 *caput* do Código Penal.

Após esse passo dado pelo legislador brasileiro, entende-se que o olhar voltado a este delito, visa impelir uma série de delitos mais graves, ao passo que o agressor, deste modo, será coibido em primeira instância quando conhecido o delito de perseguição, já que endentende-se que o agressor continua delinquindo pois ninguém lhe coibe, ou seja, suas práticas desfreadas a *priori* não era criminalizada, e atualmente, há lei específica para tanto.

Além do mais, o ato de perseguir, por si só, já lesa uma gama de direitos da personalidade. Diz-se isso porque a vítima de perseguição

automaticamente tem sua privacidade violada, acarretando uma série de danos físicos e psicológicos. Logo, os direitos da personalidade da vítima, se vê com sua privacidade, liberdade, direito de locomoção e outros direitos da personalidade totalmente violados, além de ocasionar, em detrimento desses atos, intenso mau psicológico, uma vez que a vítima se vê totalmente vulnerável e apta a desenvolver vários transtornos psiquiátricos.

Portanto, vislumbra-se que a criminalização delito trará segurança jurídica a sociedade, já que os índices de pessoas perseguidas se mostram assustadoramente alto, além de ser o crime que abre o caminho para que outros crimes mais graves ocorram.

REFERÊNCIAS

Bruno Bottiglieri Freitas. **Stalking: A tutela penal e os prejuízos à saúde.** Anais do Encontro Nacional de Pós-Graduação - ENPG Vol.6 (2017);

Criminal Stalking Laws by State, 2015. [Internet]. Victimsofcrime.org. 2015 Acesso em: 3 outubro 2022. Disponível em: <https://www.victimsofcrime.org/ourprograms/stalking-resource-center/stalking-laws/criminal-stalking-laws-by-state>;

De Jesus Damásio, 2009. Blog do Damásio [Internet]. 2009. Acesso em: 31 December 2015]. Disponível em: <http://blog.damasio.com.br/?p=938>;

DA RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E OS FATORES QUE RATIFICAM A CONDUTA DELITUOSA DO INDIVÍDUO

Silvio Luis Cordeiro Júnior¹, Alexander Rodrigues de Castro²

¹ Mestrando em Direito pela Unicesumar. Silvioluis3108@gmail.com

² Pós doutor em Direito. alex.de.castro@hotmail.com

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo, a partir de uma revisão literária das ideias de Michel Foucault e Cesare Beccaria, analisar as características que a sociedade e o sistema penal apresentam na contemporaneidade. A partir de tal referencial teórico, serão indicados os principais dilemas do sistema carcerário brasileiro, suas deficiências, as transgressões cometidas contra os direitos humanos e os direitos da personalidade e a utópica ideia de ressocialização dos encarcerados, bem como uma análise acerca da proporcionalidade e eficácia da pena de prisão no atual contexto brasileiro. Por fim, sugere-se uma possível solução para tais problemas a partir de uma concepção da doutrina da proteção integral à pessoa, que se baseia na articulação entre direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da personalidade; encarceramento; proteção integral da pessoa.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva abordar os estudos e teorias de grandes nomes da criminologia, sociologia e filosofia que versaram sobre o sistema penitenciário e os fenômenos sociais que corroboram o comportamento delituoso. Em que pese o enorme lapso temporal entre a contemporaneidade e os séculos passados, é nítido que as teorias sobre as penas e a ressocialização dos indivíduos encarcerados apresentam diversos pontos de convergência, numa intrigante imutabilidade temporal, já que tais teorias não se desenvolveram o suficiente para atender à demanda social. Com base nessas similaridades, serão analisados os pensamentos de Michel Foucault e Cesare Beccaria nos seus devidos contextos sociais e temporais, trazendo à baila os impactos destes pensamentos no atual sistema carcerário brasileiro. Desta forma, considerando os contextos histórico, social, educacional e econômico, trataremos dos efeitos integradores na recuperação dos encarcerados, tendo em vista que a conduta delituosa é desencadeada por diversos fatores e se faz presente em todas as sociedades, sobretudo na contemporânea. Ao se falar na doutrina da proteção integral da pessoa, tem-se que o principal responsável pela garantia dos direitos de personalidade dos encarcerados é o próprio Estado, já que este é o responsável pelo processo punitivo, desde a edição da norma jurídica até

sua aplicação, não se podendo olvidar que o direito à integridade da pessoa humana é um direito absoluto. Para alcançar este objetivo, é necessário discorrer sobre o atual contexto da – suposta – ressocialização, analisando o funcionamento do sistema carcerário brasileiro, a eficácia dos métodos punitivos e as transgressões aos direitos personalíssimos dos encarcerados. Neste trabalho utilizou-se pesquisa teórica, através do método dedutivo-descritivo.

2 DISCUSSÕES E RESULTADOS

O objeto do presente estudo foi o sistema penitenciário brasileiro, sua ineficiência e a utópica ressocialização do encarcerado, considerando que a ressocialização tem se tornado um objetivo cada vez mais inalcançável no Estado brasileiro. Sobre este tema, foram abordados os autores Michel Foucault, com sua teoria mais punitiva, e Cesare Beccaria, que acreditava em um método de punição mais humanitário e justo, proporcional aos delitos e as penas.

Para Foucault, o comportamento do indivíduo é moldado através do mecanismo do poder disciplinar, constituído pela punição, adestramento e panoptismo, de forma que o criminoso deve sofrer a pena necessária pelos seus crimes, sendo a disciplina o instrumento mais eficaz para transformar o comportamento e as prisões o lugar ideal para exercício do poder disciplinar.

Beccaria, por sua vez, propôs a utilização de um sistema penal com castigos e penas justas, proporcionais aos delitos, e um sistema jurídico de fácil compreensão para que todo indivíduo tivesse acesso e conhecimento, o que lhes distanciaria dos delitos, diminuindo os prejuízos individuais e sociais decorrentes da criminalidade.

Em que pese a divergência de visão entre os autores, temos como resultado um ponto em comum entre eles: ambos afirmam que os sistemas penitenciários e penal vigentes fracassaram em alcançar seu objetivo, qual seja, a ressocialização do indivíduo encarcerado.

O ineficiente e precário sistema penitenciário diariamente degrada o encarcerado e seus direitos personalíssimos, ao passo em que deveria restaurar e ressocializar o indivíduo. Por consequência, o indivíduo ingressa desacreditado no sistema carcerário, pois já tem conhecimento dos abusos de poder estatais e pelo preconceito da sociedade em relação aos apenados.

Neste sentido, verifica-se a necessidade de que, em qualquer situação, haja uma norma preventiva/coercitiva plena e eficaz, já que sempre haverá necessidade de sua aplicação, interferindo na moral e no comportamento dos indivíduos, transformando-se conforme as mudanças sociais.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se, ao longo deste trabalho, que a educação é o principal pilar da ressocialização dos indivíduos retirados do convívio social por terem cometido algum crime. Cesare Beccaria, em sua obra “Dos delitos e das penas”, afirmou que a prevenção era o recurso mais eficaz no combate à criminalidade, e que o principal instrumento da prevenção é a educação. Temos que a educação deve ser implantada e efetivada em todos os ergástulos públicos, ensinando um padrão disciplinar ao invés do vingativo.

É nítido que, enquanto se usa o poder punitivo com autonomia, sem qualquer limite, configurando o abuso de autoridade, com a visão de que o encarcerado deve sentir todas as dores e sofrimentos possíveis, o único resultado que teremos é um índice de reincidência cada vez maior, com crimes cada vez mais cruéis – realidade esta que, infelizmente, estamos vivenciando no Brasil. A punição não deve mais ser encarada como um instrumento de vingança, mas sim como um instrumento de recuperação do indivíduo.

É necessário salientar, ainda, a tutela reparadora dos direitos de personalidade: geram em todos os demais integrantes da sociedade um dever geral de abstenção, ou seja, têm natureza de direito absoluto, possuindo eficácia *erga omnes*. Assim, tais direitos garantem ao indivíduo encarcerado o respeito à sua dignidade, ainda que privado de sua liberdade, visto que o Estado não pode apenas excluir alguém do convívio social, anulando sua existência dentro de um estabelecimento prisional.

A tutela da personalidade, ainda que o indivíduo esteja encarcerado, deve ser a mais ampla e variada possível, eis que esta elasticidade é a única forma de se garantir proteção diante dos inúmeros aspectos em que a personalidade humana se manifesta.

Certo é que os desvios de conduta e a criminalidade sempre estarão presentes no meio social, como uma espécie de “sombra” da humanidade e que é inerente à sua própria natureza, conforme leciona Hobbes. Entretanto, cabe ao agente punitivo – o Estado – levar em consideração os fatores sociais do criminoso, para que a ressocialização seja efetivada.

Por fim, tendo como norte o princípio da dignidade da pessoa humana, que é parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais, e a efetivação dos direitos da personalidade, concluímos que as penas devem ser proporcionais e relacionadas às circunstâncias que levaram o agente infrator a violar o contrato social.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial / Luís Roberto Barroso ; tradução**

Humberto Laport de Mello. – 2ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CANTALI, Fernanda Borghetti. Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. 40. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2012.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ZENNI, Alessandro Severino Valler. O direito na perspectiva da dignidade humana: transdisciplinariedade e contemporaneidade / Alessandro Severino Valler Zenni, Daniel Ricardo Andreatta Filho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris ED., 2011.

FALSAS MEMÓRIAS NAS OITIVAS DE TESTEMUNHAS NO PROCESSO PENAL: DA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Débora Alécio¹; Gustavo Noronha de Ávila²

¹ Doutoranda em ciências jurídicas da UNICESUMAR. Mestra em Ciências Jurídicas na UNICESUMAR (2020). Especialista em Direito Penal e Processual Penal na Faculdade Venda Nova do Imigrante, no Espírito Santo (2018). Especialista em Gestão Pública pela UEPG (2022). Realização de graduação-sandwich em Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto-Portugal (2015-2016). Graduada em Direito pela UNICESUMAR (2018). Advogada. Professora universitária. E-mail: de.alecio@hotmail.com

² Pós-Doutor em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, em Ciência Jurídica da Universidade Cesumar. E-mail: gustavo.avila@unicesumar.edu.br

RESUMO

Diante do atual cenário do poder judiciário, é a prova testemunhal que predomina como formação e convicção do magistrado nos processos criminais. Esta realidade é preocupante do ponto de vista do réu, pois tais oitivas possuem falhas que prejudicam grandemente a veracidade das declarações obtidas. Uma dessas falhas é a utilização excessiva de perguntas fechadas e ausência de perguntas abertas que possibilitam uma maior liberdade de resposta as testemunhas, as quais atingem a memória dessas. É possível uma memória ser modificada, desde processos internos e externos. Nesta pesquisa focou-se na falsa memória sugerida, que é a qual prepondera nas oitivas de testemunhas, e que causam um dano inconsequente ao processo e diretamente à vida do réu. Para a pesquisa, foi utilizado o método hipotético-dedutivo por meio do método teórico-bibliográfico com coletas de dados realizados em sites de busca acadêmica, bibliotecas virtuais e físicas. Os resultados obtidos permeiam a necessidade de mudança no sistema judiciário e o aperfeiçoamento dos responsáveis pela coleta da prova testemunhal, a fim de que seja reduzido a ocorrência de falsas memórias e violações a garantias fundamentais. Esta pesquisa possui alto grau de relevância, pois se está diante dos direitos da personalidade, intrínsecos a dignidade humana.

PALAVRAS-CHAVE: Falsas memórias; Produção de provas; Distorções da memória; Dignidade da pessoa humana.

1 INTRODUÇÃO

A memória humana sempre foi considerada como um mistério para os cientistas e pesquisadores, bem como para todas as pessoas no geral. As chances da memória ser comprometida em partes, ou totalmente, é uma preocupação que permeia o dia-a-dia de todos. Porém, a falha da memória acerca de um evento, geralmente, não traz grandes efeitos a vida prática, o que é diferente quando se está diante da necessidade de uma recordação de um fato em um processo judicial.

As chances quanto a falha na recordação acerca de um fato pode ser gerada por diversos fatores em um processo judicial, e podem causar

um dano maior a vida de uma das partes, e em especial, aos que tramitam nos juízos criminais. Uma das ações humanas que interferem nas declarações feitas em provas dependentes da memória é a sugestionabilidade.

Com base nestas informações, objetiva-se analisar acerca das falsas memórias, e como as mesmas podem ser distorcidas no dia-a-dia. Além disso, será retratado acerca da possível interferência direta no bom andamento processual, com um enfoque especial na produção de prova no processo criminal, por se tratar diretamente da vida e a liberdade, caracterizados como direitos fundamentais e da personalidade.

O tema proposto possui relevância extrema para toda a sociedade, pois é nesta que são espelhados os reflexos das decisões obtidas pelo judiciário. Hoje, a realidade das oitivas de testemunhas é preocupante, e que da maneira em que são realizadas, prejudicam qualquer pessoa que por ventura seja indiciada, até mesmo uma pessoa reconhecida erroneamente por alguém que acredita que sua memória é verdadeira, não sabendo esta que pode ter sido sugestionada.

Diante deste quadro, a pesquisa propõe uma abordagem sobre as falsas memórias, e de que maneira a sugestionabilidade pode afetar negativamente a vida de um indivíduo. Além disto, a temática possui uma relevância científica, fomentando ainda mais o debate acadêmico interdisciplinar aos pesquisadores e operadores do direito, para que haja uma visão de campo mais abrangente as injustiças que podem ocorrer diante da falta de preparo na condução de uma produção de provas.

Ao início da abordagem quanto ao referencial teórico da pesquisa, tem-se que o estudo acerca das falsas memórias começou a ser mais focado na década de 1990, devido a um grande número de denúncias contra réus por abusos sexuais bizarros e eróticos, o que acabou levantando suspeitas acerca da veracidade dos testemunhos obtidos pelas crianças (STEIN; *et al*, 2006, p. 167). Tais acontecimentos emergiram a necessidade da pesquisa nesta área, visto que se trata da liberdade e vida de um indivíduo que pode ser prejudicado.

Com isto, as falsas memórias podem ser consideradas como aquelas em que pessoas normais recordam-se de eventos passados e específicos como se tivessem acontecido em algum período da vida, porém, tais fatos não ocorreram neste período, ou nunca aconteceram. Diante deste fenômeno, questiona-se a confiabilidade da memória, e se é possível conservá-la ou regenerá-la com segurança (ÁVILA, 2013, p. 82). Porém, ainda há muito que se descobrir acerca da memória, e o que se tem até o momento é que nada pode ser afirmado com certeza e exatidão.

Quanto ao surgimento das falsas memórias, tais distorções podem ser originadas partindo de dois processos: o interno e o externo. O processo interno é considerado uma distorção endógena, ou seja, uma falsa memória espontânea. A autossugestão ocorre quando um indivíduo armazena uma informação de essência, porém, passa a acreditar em

traços literais que não ocorreram, por possuir certas similaridades (STEIN; NEUFELD, 2001, p. 180). Um exemplo é acreditar que acionou o alarme do carro, por sempre acionar e pensar que nunca fará diferente (memória de essência), mas achar que esqueceu o carro aberto (memória literal). Tais ações rotineiras e feitas em “modo automático” podem gerar falsas memórias autossugeridas, por processos internos, sem qualquer interferência externa.

Já as falsas memórias sugestivas são aquelas promovidas pelo ambiente externo, de modo que, de maneira intencional ou acidental, outra pessoa induz uma falsa informação, posterior ao evento, e conseqüentemente é incorporada na memória original do indivíduo. Um exemplo desta realidade é a realização de perguntas sugestivas em oitivas de testemunhas em um processo criminal, predominantemente carregado de sentimento e emoção.

É neste ponto em que a pesquisa possui seu foco central, e que reluz a importância dos direitos da personalidade. Com a demora da oitiva no processo penal, a qual é a regra no contexto brasileiro, há a maior chance de incidência de falsas memórias. E ainda, com a realização de perguntas fechadas há uma convicção do juiz pautado em “meias verdades”, ou completas abstrações da mente.

2 DISCUSSÕES E RESULTADOS

As discussões que cercam esta temática está diante da realidade jurídica nos dias de hoje frente a grande carga de processos em trâmite. Este volume produz conseqüências no próprio saneamento do processo, visto que prolonga a efetividade da justiça que se espera no resultado da ação. Porém, com o enfoque voltado as lides criminais, a demora de julgamento e produção de provas gera um dano a pessoa do acusado.

Acerca da testemunha e a memória do evento, quanto maior o tempo entre o fato e a produção da prova testemunhal, mais as chances desta memória estar contaminada por outros fatores, e com isto, contendo falsas memórias (CARVALHO; ÁVILA, 2015). Não obstante, outro fator que pode agir negativamente nas provas é a maneira como é realizado o interrogatório das testemunhas.

Desta forma é indubitavelmente questionável acerca da qualidade do contraditório quando a memória da testemunha/vítima foi distorcida pelas más práticas adotadas e pelo longo decurso do tempo (CECCONELLO; *et al*, 2018).

Evidente aqui a possibilidade de uma mudança na realização na entrevista da testemunha em audiência. O relato livre, sem se utilizar somente das perguntas fechadas, resulta em uma maior qualidade do testemunho.

Sendo assim, as questões abertas são mais vantajosas visando a qualidade no saneamento do processo penal, visto que a própria pessoa fica mais livre para recordar dos elementos que envolveram o crime. Diferente das questões fechadas que acabam sugestionando, como por exemplo, “o sujeito estava de calça branca? Sim ou não?”. Tal questionamento acaba por induzir a testemunha a pensar que o sujeito poderia estar de calça branca, mesmo que ele não estava usando.

Portanto, pode-se aduzir que a maneira como as oitivas de testemunhas são realizadas somadas ao fator tempo, afetam diretamente no resultado da lide, produzindo falsas memórias, e conseqüentemente gerando possíveis injustiças a pessoa do acusado.

Logo, o correto seria a capacitação dos profissionais que realizam as oitivas de testemunha, tanto na fase do inquérito, quanto na processual, de modo que não interfiram muito mais na produção de provas. Afetando diretamente a tutela dos direitos da personalidade, pois ao violar tais preceitos, se atingem diretamente a vida e liberdade do indivíduo.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As falsas memórias permeiam o cotidiano de todos e ocorrem independente da vontade humana, porém suas conseqüências quando ocorrem no processo penal são mais danosas que outras. Chegou-se à conclusão de que as falsas memórias são aquelas recordações em que se acredita que são verdade, mas que por fatores internos e externos, foram modificados no decurso do tempo.

A sugestionabilidade é um dos fatores que distorcem as memórias, ocorrendo posteriormente ao fato ocorrido, mas que da maneira em que foram informadas, passam a incorporar a memória original do sujeito. Tal acontecimento para o processo penal reflete negativamente no saneamento, pois a testemunha relata um fato falso, acreditando que pode estar correta.

Logo, deve haver uma preocupação maior por parte daqueles que conduzem as oitivas de testemunhas. Desta maneira, com uma audiência mais humanizada e preocupada com uma qualidade do testemunho, há maiores chances de redução das falsas memórias, e conseqüente preservação do direito à liberdade e a personalidade humana.

REFERÊNCIAS

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

CARVALHO, Erika Mendes de; Ávila, Gustavo Noronha de. Psicologia do testemunho e reconhecimento pessoal no processo penal: distorções da memória e suas possíveis repercussões no projeto de vida do condenado.

In: MENEZES, Carlos Alberto; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BORGES, Paulo Cesar Correa. (coord.). **Direito Penal, processo penal e Constituição, CONPEDI**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

CECCONELLO, William Weber; Ávila, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, vol 8, nº 2, 2018, p. 1057 – 1073.

NEUFELD, Carmem Beatriz et al. O efeito da sugestão de falsa informação para eventos emocionais: quão suscetíveis são nossas memórias?. **Psicologia em Estudo**, v. 13, n. 3, p. 539-547, 2008.

STEIN, Lilian Milnitsky; FEIX, Leandro da Fonte; ROHENKOHL, Gustavo. Avanços metodológicos no estudo das falsas memórias: Construção e normatização do procedimento de palavras associadas. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, v. 19, n. 2, p. 166-176, 2006.

STEIN, Lílian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz. Falsas memórias: porque lembramos de coisas que não aconteceram?. **Arquivos de Ciências da Saúde da UNIPAR**, v. 5, n. 2, 2001.

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DAS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Gabriela Decurcio¹, Andréa Carla de Moraes Pereira Lago²

¹ Mestranda do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas UNICESUMAR. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, campus Maringá. E-mail: gabi_decurcio@hotmail.com

² Orientadora. Doutora em Ciências Jurídicas pela Universidade do Minho, Portugal. Mestre em Ciências Jurídicas pela UNICESUMAR. Professora Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciências Jurídicas a UNICESUMAR. E-mail: andrea.lago@unicesumar.edu.br.

RESUMO

A presente pesquisa propõe estudar a violência doméstica sofrida por mulheres e suas consequências para com os direitos da personalidade, e analisar a Lei Maria da Penha, lei nº 11.340/2006. Além disso, tendo em vista que a prática da violência doméstica, seja ela física, psíquica, sexual, moral ou patrimonial, ultrapassa o crime em si e alcança o lado comportamental do agressor, a penalização, prevista em lei, não mais se faz suficiente para que o crime não ocorra. Assim, tem por escopo também aferir a efetividade da Justiça Restaurativa, que tem sido essencial ao provocar mudanças nos envolvidos, vítima e agressor. Dessa forma, por meio do método hipotético-dedutivo, foi possível definir a Justiça Restaurativa como mecanismo adequado para solucionar o conflito estudado, qual seja, violência doméstica, reestabelecendo os direitos fundamentais da vítima e do agressor.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da Personalidade; Justiça Restaurativa; Violência Doméstica.

1 INTRODUÇÃO

A violência doméstica tem sido abordada no decorrer dos anos, sobretudo sua complexidade, em razão de englobar aspectos psicológicos e comportamentais dos envolvidos. Em busca de combatê-la, será proposto desenvolver o diálogo e a escuta, a fim de alcançar uma possível reconciliação e restauração entre as partes, vítima e agressor.

A lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, em seu artigo 5º, configura violência doméstica contra a mulher qualquer manifestação, seja ação ou omissão, realizada com base no gênero e que venha a causar morte, lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico, moral ou patrimonial (BRASIL, 2006).

A violência física, sofrida pela mulher, é caracterizada por toda ofensa à integridade física e corporal, decorrente do emprego de força. A violência psicológica resulta na diminuição da autoestima, no dano emocional, perturbação no pleno desenvolvimento, diminuição e controle de ações, comportamentos, crenças e decisões desde que seja praticada por meio de ameaça, constrangimentos, humilhação, ou qualquer outro meio que cause prejuízo a saúde psicológica. Já a violência sexual, resta

configurada quando há prática de intimidação, ameaça, coação ou uso de força que obrigue, limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos (BIANCHINI, 2018).

Quanto à violência moral, está afronta à autoestima e o reconhecimento social, vez que pode vir a desqualificar, inferiorizar ou ridicularizar a vítima (BRASIL, 2006). Ainda, a mesma lei traz a violência patrimonial que se caracteriza quando qualquer mulher vem a sofrer retenção e/ou subtração de qualquer bem, objeto, documento, valor, direito, dentre outros. Esta violência pode interferir também na satisfação das necessidades da mulher, como por exemplo, no abandono material, decorrente do não pagamento de pensão alimentícia (BIANCHINI, 2018).

A prática do ato, de acordo com a Lei Maria da Penha, deverá ocorrer dentro da unidade doméstica, ambiente este de convívio permanente de pessoas ou dentro de um ambiente familiar em que se encontram pessoas que possuem laços naturais, afins ou por vontade expressa. (BRASIL, 2006).

Bianchini (2018) complementa ao destacar que não há necessidade das partes coabitarem, nem da existência de um vínculo familiar para que seja caracterizada violência doméstica, uma vez que engloba desde sobrinhas, enteadas, irmãs à empregadas domésticas e babás. Portanto, exige-se apenas uma relação de convívio, onde basta que seja ininterrupta. Também ressalta que essa modalidade diz respeito a violência de gênero. Assim, uma vez praticada, ainda que não ocorra um crime, resulta no abalo psicológico, e, conseqüentemente ocasiona a necessidade de ações assistenciais e preventivas em favor da vítima.

Conforme os ensinamentos de Dias (2007), as mulheres vítimas dessa violência acabam por encontrar explicações e justificativas para o comportamento do agressor, e ainda busca agradá-lo, isolar-se da sociedade e submeter-se às vontades dele. Enquanto isso, o agressor, perante a sociedade, demonstra ser pessoa respeitosa e centrada. Entretanto, ambas as partes não vislumbram a grandiosidade da situação, vez que, o comportamento do agressor pode estar remetido a agressões, abusos, violência familiar, sofridos em sua infância, o que dificulta a inibição de cometimentos de novos crimes apenas por meio do cumprimento da pena, estabelecida em lei.

Ademais, o legislador procurou estabelecer a diferença entre a violência de gênero e as demais formas de violência, pois aquela revela uma cultura machista, que menospreza a mulher, e tem a ideia de perpetuação da submissão da mulher ao homem. Nos termos dessa forma de violência, a mulher passa a ser “coisa”, definição que contraria a dignidade da pessoa humana (SOUZA, 2007).

Os conceitos expostos são precisos e elucidam que a violência doméstica viola os direitos fundamentais das vítimas, inclusive os direitos da personalidade. Para tanto, os direitos da personalidade funcionam como prerrogativas individuais e estão relacionados pela simples existência do

ser humano. Conforme ensina Elimar Szaniawski (1993) a personalidade é o primeiro bem pertencente à pessoa, inerente à ela, seja a vida, a liberdade, a honra, entre outros.

Tratando-se ainda dos direitos da personalidade, Francisco Amaral (2018) reforça que os direitos da personalidade tutelam os bens e valores da pessoa humana e interferem, consideravelmente, na maneira de ser de cada indivíduo. Tais direitos correspondem a uma natureza física, psíquica ou moral. Portanto, pode-se afirmar que a vida, o corpo, a liberdade, a honra, a imagem a identidade são por eles tutelados.

Dentro do contexto, temos que a dignidade humana e direitos da personalidade da vítima são, decerto, violados com a violência doméstica. Assim, por ser um ato reprovável, a previsão legal não só tem o fim de prevenir, mas também de preservar a ideia de retribuição (BATISTA, 2007). Porém, diante da complexidade dos casos que a envolvem, a efetivação da lei precisa ser modificada, a fim de buscar mecanismos alternativos de solução de conflito, onde solucionará o conflito e satisfará ambas as partes.

Uma possível alternativa encontrada para casos de violência doméstica é a Justiça Restaurativa, prevista na Resolução nº 225/2016. Esse mecanismo difere da Justiça Retributiva, vez que esta trata o crime como violação contra o Estado e determina, por meio da culpa, uma sanção ao agressor. Já aquela, faz do crime uma violação de pessoas e relacionamentos, e para solucioná-lo é necessário envolver as partes, quais sejam vítima, ofensor e comunidade, para que busquem corrigir os erros e alcancem a reparação, reconciliação e segurança (ZEHR, 2008). Dessa forma, esta última solução, atende as verdadeiras necessidades dos participantes.

Ainda, Zehr (2008), ensina que a mediação vítima-ofensor refere-se em trazer o passado e analisar o futuro, fortalecendo o vínculo e o diálogo entre envolvidos. Por meio dela o agressor reconhecerá a injustiça e responsabilidades em razão de seus atos e terá, a vítima, a oportunidade de realizar perguntas que serão respondidas e explicadas pelo agressor. Assim, as partes, poderão alcançar um consenso para que juntos encontrem a restauração.

Dessa forma, apresentado que tanto o ofensor quanto a vítima precisam da comunicação, pretende-se, por meio da presente pesquisa identificar a Justiça Restaurativa como solução alternativa e adequada, a fim de que os envolvidos, muitas vezes com envolvimento afetivo, satisfaçam suas necessidades, recuperem o sentimento de segurança, participem da restauração, e transformem-se como seres humanos.

2 DISCUSSÕES E RESULTADOS

A pesquisa contou com a metodologia hipotético-dedutivo e com análise de obras bibliográficas, legislações e artigos científicos, o que possibilitou a abrangência do tema objeto, qual seja, violência doméstica e

a garantia dos direitos da personalidade por meio da Justiça Restaurativa. Dessa forma, tendo em vista a violência doméstica contra a mulher ser uma violência de gênero, onde menospreza a mulher a ponto de tratá-la como coisa, acaba por resultar na ofensa aos direitos da personalidade e dignidade humana, bem como na desconfiança do comportamento do agressor. Ademais, a violência estudada é caracterizada pelo simples convívio ininterrupto, o que comprova a existência de vínculo entre vítima e agressor. Assim sendo, a análise promovida busca demonstrar a possibilidade e necessidade da aplicação da Justiça Restaurativa, ao passo que reestabeleça a pacificação por meio da escuta e diálogo entre as partes.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a violência doméstica contra a mulher, apesar de ser prevista pela Lei Maria da Penha, lei nº 11.340/2006, criada com o enfoque de prevenir e retribuir, ainda se destaca atualmente em todo o Brasil. Definida como violência de gênero, acaba por infringir direitos fundamentais e da personalidade da vítima, uma vez que pode atingir o aspecto físico, moral, sexual, psíquico ou até mesmo patrimonial.

Para tanto, tendo em vista o cenário brasileiro, pode-se ainda concluir que a via judicial não é o único meio para resolução de conflitos de violência doméstica, nem mesmo o mais adequado para suprir a necessidade tanto da vítima quanto do agressor, bem como da sociedade. Assim, para alcançar uma solução concreta e eficaz, a fim de responsabilizar o agressor, restaurar a segurança da vítima, reparar o dano ocasionado e reintegrá-lo ao ambiente, é imprescindível a aplicação da Justiça Restaurativa.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil Introdução**. 10. São Paulo. Saraiva, 2018.

Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000022357&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 01 nov. 2022

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

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**. São Paulo: Saraiva, 2018.

Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000012949&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 1 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em 01 nov. 2022

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da penha na Justiça, a Efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher.** Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher.** 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e Sua Tutela.** São Paulo. RT, 1993.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa.** São Paulo: Palas Athena, 2008.

JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA A VIOLÊNCIA DE GÊNERO?

Andréa Carla de Moraes Pereira Lago¹, Máisa Bergo Campaner²

¹Orientadora, Doutora, Professora, Pesquisadora, UNICESUMAR, Maringá – Paraná,
andrea.lago@unicesumar.edu.br

²Mestranda no Programa de Ciências Jurídicas, UNICESUMAR, Maringá-Paraná, maisabergo@hotmail.com

RESUMO

Tem o presente trabalho o objetivo de analisar o instituto da Justiça Restaurativa e a possibilidade de aplicação das práticas restaurativas no âmbito penal, em especial à violência de gênero, tendo em vista que esse tipo específico de violência, demanda uma resposta mais efetiva e humanizada por parte do Estado, um cuidado grande para com a vítima e uma responsabilização efetiva por parte do ofensor. Para tanto, faz-se necessário compreender seu conceito, principiologia, características, elementos e finalidade, e com isso responder ao seguinte questionamento: a Justiça Restaurativa deve ser considerada um mecanismo eficaz para a solução da violência de gênero? A fim de possibilitar o presente estudo, fora utilizado o método hipotético dedutivo pautado em pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira sobre o assunto.

PALAVRAS-CHAVE: Violência de gênero, Mecanismos Extraprocessuais de Solução de Controvérsias (MESCS), Justiça Restaurativa, Pacificação Social.

1. INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça define Justiça Restaurativa como sendo um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa a conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado.

A Justiça Restaurativa tem sido aplicável em crimes de diversas naturezas, sob o enfoque de que os meios autocompositivos de solução de conflitos poderiam ser aplicáveis a todos os gêneros de conflitos. (CALMON, 2019, p. 183).

A Justiça Restaurativa pode ser explicitada como um novo paradigma de resolução de conflitos criminais, fundado, em linhas gerais, na inclusão da vítima, do ofensor e, quando apropriado, da comunidade, em um processo de diálogo conciliatório, que busca outra resposta para o crime. (JANETTI JR.; CABRAL, 2017, p.623).

A visão maiormente punitivista se abrandava para não mais se impingir o mal a alguém por ter causado o mal, mas reparar a conduta

danosa de modo a se evitar sua repetição e reintegrar o indivíduo devidamente em sociedade.

Considerando que a Justiça Restaurativa se baseia no diálogo direcionado entre a vítima e o ofensor, além de possuir caráter educativo, busca-se responder ao seguinte questionamento: a Justiça Restaurativa deve ser considerada um mecanismo eficaz para solução da violência de gênero?

Assim, o presente trabalho justifica-se pela resposta ao questionamento apresentado, diante da importância do tema e de se discutir a violência de gênero, a fim de se apresentar novos caminhos pela Justiça Restaurativa e, conseqüentemente, novas possibilidades de pacificação social. Logo, seu objetivo é responder ao problema proposto, cuja importância é patente.

2. DISCUSSÕES ACERCA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA E DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO

O presente trabalho é pautado no questionamento proposto e foi desenvolvido pelo método hipotético-dedutivo, lastreado em pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira sobre o tema.

Inicialmente, é necessário que se relembre o conceito clássico de crime. Para o direito, crime (ou delito) é a “ação ou omissão, imputável ao seu autor, prevista e punida pela lei com uma sanção penal.” (STEFANI; LEVASSEUR; *apud* CARVALHO; CARVALHO; PRADO, 2014, p. 202).

Ainda, perante a Justiça Restaurativa e segundo Zanneti Jr. e Cabral, crime é uma conduta contrária à norma criminal, é ato que afeta as vítimas causando-lhes danos e estremecendo relacionamentos. (JANETTI JR.; CABRAL, 2017, p.624).

O viés restaurativo busca avaliar o crime cometido sob ótica mais humanitária, buscando o reestabelecimento da paz social havida anteriormente e também de demonstrar ao ofensor os resultados de sua conduta errada e o porquê que ela não deve mais ser praticada.

Seu foco centra-se na vítima e no ofensor, e, principalmente, no relacionamento entre eles e nas conseqüências sociais, éticas e econômicas, por exemplo, geradas pelo crime.

Em sua obra, Zanetti Jr. e Cabral citam a doutrina de Ramirez acerca dos três “R” da justiça restaurativa no âmbito penal: responsabilidade, restauração e reintegração. (JANETTI JR.; CABRAL, 2017, p.624).

A responsabilidade seria o dever do autor do crime reconhecer a conduta praticada e arcar com as suas conseqüências. Já a restauração cuida da vítima no sentido de tirá-la desta condição e torná-la ao estado em que se encontrava antes de ter sofrido o crime. Por fim, a reintegração está a cargo de reinserir o autor na sociedade de modo que ele entenda o erro que cometeu e não volte mais a cometer qualquer crime.

O enfoque restaurativo se dá no autor e vítima e não no procedimento em si como ocorre no processo penal. Para o ofensor, está em possibilitar-lhe a reinserção social válida e a reeducação sobre comportamento social, ou seja, sobre aquilo que é aceito ou não em sociedade, bem como quais as suas necessidades e os motivos que o levaram a cometer o crime. Quanto à vítima, a Justiça Restaurativa busca minimizar seus efeitos, sejam eles patrimoniais ou extrapatrimoniais, com o objetivo de se reestabelecer a situação em que se encontrava antes da prática do delito, bem como cuidar seu aspecto psicológico.

Neste contexto, questiona-se se a Justiça Restaurativa seria eficaz para solucionar crimes envolvendo a violência de gênero, um crime cujo aspecto e psicológico do ofensor e da vítima é extremamente importante e merece a devida atenção.

A “violência de gênero estrutura-se social, cultural, econômica e politicamente – a partir da concepção de que os seres humanos estão divididos entre machos e fêmeas, correspondendo a cada sexo lugares, papéis, status e poderes desiguais na vida privada e na pública, na família, no trabalho e na política”.(TAQUETTE, 2007, p. 62)

A partir desta concepção e diante da filosofia restaurativa, percebe-se que sua aplicação poderia dar uma resposta mais adequada ao crime praticado pelo viés educativo e reconstrutivo de relacionamentos interpessoais que ela propõe.

Na perspectiva de Calmon, há vantagem no diálogo entre autor e vítima e na possibilidade de esta perquirir sobre o motivo do crime, livrando-o da angústia e do ressentimento, cuidando do conflito em seu aspecto sociológico também e não somente jurídico. (CALMON, 2019, p. 209).

Sob este aspecto, salienta-se que a Justiça Restaurativa não significa impunidade, tampouco leniência com o infrator, pois não ignora as consequências do crime, sendo que o seu autor deve ser responsabilizado. (ZANETTI JR; CABRAL, 2017, p.626).

Logo, a presente trabalho tece considerações acerca da Justiça Restaurativa aplicada no âmbito da violência de gênero e suas consequências para os envolvidos, a fim de analisar sua eficácia e adequação tendentes a buscar a pacificação social e maior dedicação ao aspecto psicológico dos envolvidos, por meio de análise bibliográfica sobre o assunto.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente resumo expandido versa sobre artigo em andamento que trabalha a ideia da Justiça Restaurativa dentro do âmbito da violência de gênero, e sua possível solução e eficácia.

Busca solucionar o problema proposto que questiona se a Justiça Restaurativa deve ser considerada um mecanismo eficaz para solução da violência de gênero.

Teceu considerações acerca do conceito de Justiça Restaurativa e sua aplicação no âmbito penal, com enfoque no envolvidos no crime e suas implicações, tanto sob aspecto de quem pratica a conduta criminosa, quanto daquele que a sofre.

Assim, decorre da análise bibliográfica e ordenamento jurídico brasileiro e estrangeiro para explorar a viabilidade desta possibilidade e contribuir para um sistema mais justo para vítima e autor.

REFERÊNCIAS

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2019.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **A Construção da Justiça Restaurativa no Brasil**: o impacto no sistema de justiça criminal. Revista Paradigma, 2011.

TAQUETTE, Stella R. **Violência contra a mulher adolescente-jovem**. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2007.

ZAMBIASI, Vinícius Wildner; KLEE, Paloma Marita Cavol. Justiça Restaurativa e Mediação Penal em Portugal: contextualização e reflexões sobre a Lei nº 21/2007. **Revista Eletrônica de Direito Processual-REDP**, 2018.

ZANETI JR, Hermes e CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016.

O RECUPERANDO MODELO E O DIREITO PERSONALÍSSIMO À IDENTIDADE NO MÉTODO APAC

Luís Gustavo Candido e Silva¹, Gustavo Noronha de Ávila²

¹Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá - Unicesumar na modalidade Bolsista Capes. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Maringá - Unicesumar com período sanduíche na Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá – UEM. luiscandido.adv@gmail.com

²Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Docente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário Cesumar (UniCesumar). Pesquisador do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI). Docente do Departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Maringá (UEM), Maringá (PR), Brasi. gustavonoronhadeavila@gmail.com

RESUMO

O presente estudo parte de uma pesquisa em andamento que apresenta como objetivo principal formular uma análise sobre o programa “recuperando modelo”, desenvolvido pela Associação de Proteção e Assistência aos condenados – APAC, verificando a sua compatibilidade com os direitos personalíssimos dos condenados inseridos nos Centros de Reintegração Social - CRS. Para tanto, procura-se compreender o programa e a sua aplicação no modelo de estabelecimento prisional desenvolvido pelo sistema APAC. Como método de abordagem para o desenvolvimento da pesquisa, utiliza-se o hipotético-dedutivo, sendo que, valendo-se de técnicas de procedimento diversas, a construção do trabalho vem pautando-se em análises bibliográficas, documentais, descritivas e exploratórias. Por fim, mesmo tratando-se de pesquisa ainda em andamento, compreende-se que, como resultados esperados, procura-se compreender o papel do programa estudado para a efetivação dos direitos da personalidade dos encarcerados deste modelo de sistema prisional, em especial, o direito à identidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da Personalidade; Identidade; APAC; Recuperando.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho procura analisar a Associação de Assistência e Proteção aos Condenados – APAC e o desenvolvimento do programa denominado “recuperando modelo”, que se aplica nos estabelecimentos prisionais deste peculiar sistema de cumprimento de pena, denominados de Centros de Reintegração Social – CRS.

Ainda, busca-se com o desenvolvimento do trabalho, visualizar como o projeto “recuperando modelo” pode afetar os direitos da personalidade das pessoas privadas de liberdade, a partir de uma análise que leve em consideração a compatibilidade do projeto com o direito personalíssimo à identidade dos condenados.

2 DISCUSSÕES E RESULTADOS

A Associação de Assistência e Proteção aos Condenados – APAC, é uma organização relativamente nova no cenário prisional brasileiro. Ela surge, enquanto associação sem fins lucrativos, no ano de 1972, por intermédio de um grupo de voluntários cristãos que prestava assistência aos presos do sistema prisional convencional e que, antes de constituírem uma sociedade formal, reuniam-se através de um grupo informal que se denominava de movimento “Amando ao Próximo Amarás a Cristo” (SANTOS; FERREIRA; SABATIELLO, 2018).

A APAC, se apresenta inicialmente como uma instituição privada que procura auxiliar o Poder Judiciário no processo de aplicação de pena privativa de liberdade, denominando-se como um órgão parceiro da justiça (OTTOBONI, 2001).

O grupo, que inicialmente prestava auxílio aos presos do sistema convencional, percebendo os problemas e a falência declarada dos presídios do país, decide desenhar um sistema próprio de cumprimento de pena, que ganharia corpo por intermédio de uma metodologia específica, que deve aplicada nos estabelecimentos prisionais criados pela própria associação.

Para tanto, a metodologia criada pelo sistema apaqueano, ficou conhecida por “método APAC”, sendo composta pela junção de 12 elementos, que são apresentados a seguir: a) a participação da comunidade durante o cumprimento de pena dos recuperandos; b) a ajuda entre os recuperandos durante o cumprimento de pena, ou seja, recuperando ajudando recuperando; c) o desenvolvimento e o incentivo do trabalho e do estudo por parte dos recuperandos; d) o incentivo à espiritualidade; e) a garantia de assistência jurídica técnica aos recuperandos; f) a garantia da devida assistência à saúde aos recuperandos; g) a valorização humana; h) o incentivo à participação da família no processo de cumprimento de pena do recuperando; i) o voluntário e o curso para sua formação; j) o desenvolvimento e a criação de um estabelecimento prisional próprio do sistema APAC, qual seja, o Centro de Reintegração Social – CRS; k) a valorização Mérito no desenvolvimento das atividades; l) e a Jornada de Libertação com Cristo, um evento de caráter cristão desenvolvimento para os recuperandos (FERRERIA; OTTOBONI, 2016).

Com o fim de aplicar e desenvolver os elementos essenciais de seu método particular de cumprimento de pena, levando-se em consideração a impossibilidade de sucesso da metodologia no sistema convencional, a APAC procurou desenhar um estabelecimento prisional próprio para que condenados pudessem cumprir suas penas. Esses estabelecimentos prisionais foram denominados pelo sistema apaqueano de Centros de Reintegração Social – CRS’s (OTTOBONI, 2001).

Assim, tem-se que toda a dinâmica do CRS é regida pela metodologia de cumprimento de pena desenvolvida pela APAC, com o respeito às demais normativas referentes à Execução Penal.

É ainda importante apresentar para o desenvolvimento da análise, que os presos deste sistema são chamados pela administração do CRS de recuperandos.

Assim, destaca-se que, além do respeito aos elementos metodológicos apaqueanos, os recuperandos, quando inseridos no sistema APAC, ainda devem respeitar um rígido regulamento disciplinar aplicado pela instituição, sendo que, é a partir da análise das normativas constantes no regulamento disciplinar apaqueano que as considerações essenciais à pesquisa passam a ser travadas.

Como uma espécie de benefício ao recuperando que se destaca durante o mês, o regulamento disciplinar da APAC procura desenvolver o projeto “recuperando modelo”, que garante a realização de uma solenidade para entregar premiações ao interno que melhor se adequa e respeita a metodologia apaqueana durante o período de um mês.

Desta forma, compreendendo-se que o instituto pode gerar uma certa distinção entre recuperandos, colocando a possibilidade de presos mais ou menos adaptáveis, procura-se formular um estudo capaz de verificar a possível correspondência entre o projeto “recuperando modelo” e os direitos da personalidade dos condenados, em especial, o direito à identidade, analisado na pesquisa como um direito essencial à pessoa encarcerada.

Para tanto, procura-se compreender os direitos personalíssimos como aqueles direitos sem os quais o ser humano não pode desenvolver a sua própria personalidade de maneira livre e integral (DE CUPIS, 2008).

3 CONCLUSÕES

De forma inicial, como já fora postulado, mostra-se que a presente pesquisa ainda se encontra em andamento, porém, como resultados esperados, procura-se observar o projeto “recuperando modelo” como um sistema capaz de gerar divisões no sistema prisional da APAC, violando, de certa maneira, o direito à identidade dos encarcerados, compreendido neste processo como um direito personalíssimo da pessoa privada de liberdade.

REFERÊNCIAS

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008.

FERREIRA, Valdecj; OTTOBONI, Mário. **Método APAC:** sistematização de processos. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Programa Novos Rumos, 2016.

OTTOBONI, Mário. **Ninguém é irrecuperável:** APAC: a revolução do sistema penitenciário. 2ªed. São Paulo: Cidade Nova, 2001.

SANTOS, Luiz Carlos Rezende e; FERREIRA, Valdecj; SABATIELLO, Jacopo. **APAC:** a humanização do sistema prisional. Belo Horizonte: AVSI Brasil, 2018.

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO ADOLESCENTE AUTOR DE ATO INFRAACIONAL COM TRANSTORNO MENTAL

Alexander de Castro¹, Isabela Furlan Rigolin²

¹ Professor da graduação e da pós-graduação stricto sensu em Direito na Unicesumar (Maringá-Pr). Pesquisador do ICETI - Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação.
alexander.decastro@unicesumar.edu.br

² Mestranda em Ciência Jurídica pelo Unicesumar. isabela.ifr@hotmail.com

RESUMO

Com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) em conjunto com a Constituição Federal (1988), acreditou-se que os direitos fundamentais e da personalidade dos adolescentes em conflito com a lei estariam finalmente garantidos. No entanto, tais legislações não previram qual seria o encaminhamento adequado em casos de adolescentes com transtornos mentais que cometam infração penal, motivo pelo qual grande parte desses jovens é internada em conjunto com os demais nas Unidades Socioeducativas. Dessa forma, o objetivo da presente pesquisa foi analisar a situação dos adolescentes em conflito com a lei com transtorno mental no Brasil, de modo a responder se seus direitos da personalidade vem sendo respeitados. A metodologia utilizada, para tanto, será a da pesquisa bibliográfica qualitativa. Os resultados preliminares apontam que os Centros Socioeducativos e as Unidades de Semiliberdade não se encontram aptos para atender esse público, já que o direito à vida, à saúde, à convivência familiar e comunitária e à devida oportunidade de pleno desenvolvimento físico e mental não vêm sendo respeitados nesses locais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da personalidade; Adolescente; Transtorno Mental.

4 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em conjunto com o Estatuto da Criança e do Adolescente, garantem a todas as crianças e adolescentes, sem qualquer distinção, os direitos da personalidade da vida, da saúde, da convivência familiar e da integridade física e psíquica, inclusive ao adolescente com de transtorno mental. Por sua vez, a pesquisa de Gustavo Manoel Schier Dória (2011) constatou uma incidência de 12% a 20% de transtornos mentais na população geral de crianças e jovens, comparadas à prevalência de 81,1% destas enfermidades em adolescentes em conflito com a lei. Diante desses fatores, o presente trabalho apresenta pesquisa que objetiva analisar a situação dos adolescentes em conflito com a lei com transtorno mental no Brasil, de modo a responder se seus direitos da personalidade vem sendo respeitados. A metodologia utilizada, para tanto, será a da pesquisa bibliográfica qualitativa.

5 DISCUSSÕES E RESULTADOS

O Estatuto da Criança e do Adolescente busca proteger os direitos fundamentais e da personalidade todos os infantes e adolescentes e assegurar um rol de garantias a estes, sem distinções advindas de suas condições sociais (LIBERATI, 2003). Por meio desta legislação, o adolescente é considerado penalmente inimputável no que tange ao Direito Penal comum, ao mesmo tempo em que não passa impune, respondendo pelos seus atos através de medidas socioeducativas, nos termos da Lei 8.069/90. No entanto, no que tange ao adolescente que tenha cometido ato infracional ao mesmo tempo em que não possuía capacidade de entendimento e de autodeterminação, devido a uma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto (DÓRIA, 2011), a legislação infanto-juvenil não oferece respostas claras acerca do seu encaminhamento ou tratamento. Diante disso, diversos adolescentes com transtornos mentais vem sendo internados e responsabilizados por suas ações juntamente com os demais nos Centros Socioeducativos ou nas Unidades de Semiliberdade. Tal fato demonstra ser preocupante, já que os adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação possuem o sofrimento psíquico aumentado devido à privação de liberdade, à redução do apoio família e da sociedade, ao medo do desconhecido, da violência, do novo ambiente e do futuro, à incertezas e à culpa pelo ato infracional cometido. Ou seja, no ambiente de uma internação socioeducativa o adolescente com transtorno mental não tem assegurados seus direitos da personalidade, principalmente no que tange à saúde, à convivência familiar e comunitária, à oportunidade de desenvolvimento físico e mental e, principalmente, ao direito a vida – visto que o suicídio tem incidência considerável (OAB, 2016).

O artigo 94, incisos I e IX, do ECA, obriga as entidades de internação a assegurar os direitos e garantias e a disposição de cuidados médicos e psicológicos (BRASIL, 1990). Bem como, as Diretrizes e os Princípios do SUS (Lei 8.080/1990), dispõem que os adolescentes que se encontrem em cumprimento de medida socioeducativa nos Centros Socioeducativos e, ao mesmo tempo, apresentem transtornos mentais, devem ter acesso de forma integral aos serviços de saúde do SUS, além da totalidade de políticas públicas que assegurem o devido desenvolvimento social, educacional, físico e mental (BRASIL, 2012). Ainda, a Lei 10.216/2001, em seu art. 2º, incisos I e II, garante ser direito daquele acometido por doença mental a ter o melhor tratamento disponível no sistema de saúde e ser tratado com humanidade em prol de sua saúde e reintegração familiar, no trabalho e na comunidade (BRASIL, 2001). No entanto, a realidade cotidiana observada no cumprimento de medidas socioeducativas não é exatamente aquela que a legislação brasileira indica ser. Um levantamento realizado no Paraná em 14 CENSE's e em 6 Unidades de Semiliberdade, pela Comissão da Criança e do Adolescente da Seccional da OAB do Paraná (2016) apontou a existência de diversas afrontas aos direitos da

personalidade dos internos. Entre essas, cita-se a falta de acesso a médicos psiquiatras e à medicamentos, o afastamento da família devido a localização das instituições em cidades diferentes da residência do jovem e a dificuldade de aceitação pelos educadores da necessidade de avaliações psicológicas. Além disso, os CENSE's por vezes são insalúbres e com falhas no acesso à educação, sem um programa pedagógico que permita a ressocialização dos adolescentes internados (EUZÉBIO, 2013).

Diante desses fatores, diversos são os discursos em prol da solução desse problema, como a defesa da tese da “dupla inimizabilidade”, que consiste em afirmar que, não apenas àquela inerente à idade cronológica, referente à idade inferior a 18 anos, mas o adolescente também faz jus à inimizabilidade por ausência de higidez mental (art. 26, CP). Tal tese foi alegada pelo Defensor Público, Gabriel Seifriz, que apelou da decisão que aplicava medida socioeducativa de internação a adolescente com de esquizofrenia, requerendo pela substituição da medida socioeducativa por medida protetiva cumulada com tratamento ambulatorial (PASTOTINI, 2015). No entanto, a solução demonstra não ser tão simples. A relação entre transtorno mental e criminalidade juvenil é um tema sensível e complexo que pede por uma série de cuidados em sua abordagem, sob pena de patologização do adolescente e da grave associação de doença mental e periculosidade, que há séculos vem causando grandes estragos aos direitos da personalidade das pessoas com doenças mentais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa ainda encontra-se em fase de desenvolvimento. No entanto, os resultados preliminares demonstram que, apesar da legislação brasileira conferir importantes garantias e direitos da personalidade ao adolescente em conflito com a lei com transtorno mental, esses são em sua maioria internados no Sistema Socioeducativo. Este sistema, por sua vez, não se encontra apto a receber e manter jovens que tenham a saúde mental fragilizada, de modo que esses jovens restam sem acesso aos seus direitos da personalidade e fundamentais, principalmente no que tange ao direito à vida, à saúde, à convivência familiar e comunitária e à devida oportunidade de pleno desenvolvimento físico e mental, todos garantidos no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição Federal

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 27 mar. 2022.

BRASIL. **Lei 10.216, de 06 de abril de 2001**. Brasília: Senado, 2001.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. **Cartilha de Direito à Saúde Mental**. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude-mental/direito_saude_mental_2012/. Acesso em: 24 jul. 2022.

DÓRIA, Gustavo Manoel Schier. **Avaliação dos Transtornos Psiquiátricos em Adolescentes em Conflito com a Lei**. 2011. 266 f. Tese (Doutorado em Saúde da Criança e do Adolescente, com área de concentração em Neuropediatria) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

EUZÉBIO, Gilson Luiz. **CNJ aponta falhas na aplicação de medidas socioeducativas, em seminário nacional**. Agência CNJ de notícias. Novembro/2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60991-cnj-aponta-falhas-na-aplicacao-de-medidas-socioeducativas-em-seminario-nacional>. Acesso em: 04 nov. 2022.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e Ato Infracional: Medida socioeducativa é pena?** São Paulo: Malheiros, 2003.

Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná. **Relatório de visitas a centros de socioeducação e a unidades de semiliberdade no estado do Paraná: adolescentes em privação e restrição de liberdade**. Curitiba: OAB/PR, 2016. Disponível em: <http://admin.oabpr.org.br/imagens/downloads/658.pdf>. Acesso em: 31 out. 2022.

PASTOTINI, *Cristiane*. **Tese inovadora de Defensor Público aborda dupla inimputabilidade em caso de adolescente com esquizofrenia**. Rio Grande do Sul: Defensoria Pública, 2015. Disponível em: <http://www.defensoria.rs.def.br/conteudo/23041>. Acesso em: 05 nov. 2022.

REFLEXÕES AO CÓDIGO DE MENORES DE 1927 E SUAS IMPLICAÇÕES AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI A PARTIR DA LEITURA DE *CAPITÃES DA AREIA*, DE JORGE AMADO

Henrique Diniz Meira¹, Alexander Rodrigues De Castro²

¹ Mestrando pelo programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR) - Bolsista PROSUP/CAPES. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Faculdade Legale (FALEGALE). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Metropolitano de Maringá - UNIFAMMA. Henriqueediniz17@gmail.com

² Orientador, Doutor em Teoria e História do Direito pela Università degli Studi di Firenze (Florença, Itália). Pós-doutorado pela Westfälische Wilhelms Universität Münster (Alemanha) e pela Freie Universität Berlin (Alemanha) Possui mestrado em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). alex.de.castro@hotmail.com

RESUMO

Este estudo se propôs analisar pela perspectiva jurídico-literária o tratamento conferido às crianças e aos adolescentes abandonadas e/ou em conflito com a lei a partir da vigência do Código de Menores de Mello Mattos, de 1927. Essencialmente, busca-se compreender como se constituiu o discurso societário sobre esses sujeitos para que se tornassem aceitas as práticas repressivas e segregacionistas contra eles, em especial aquelas cometidas no âmbito dos reformatórios. Buscou-se também compreender quais as implicações dessa dinâmica para o processo de afirmação de direitos inerentes à condição humana (direitos humanos, direitos fundamentais, direitos da personalidade) das crianças e adolescentes, desde a construção do discurso legitimador até as práticas de violência inerentes nessas instituições. Para se alcançar tais objetivos, utilizou-se dos métodos de abordagem conhecida como “direito *na* literatura” aplicados ao romance “Capitães da Areia” (1937), de Jorge Amado.

PALAVRAS-CHAVE: Crianças e Adolescentes; Menorismo; Direito e Literatura; Capitães da Areia; Dignidade da Pessoa Humana.

1 INTRODUÇÃO

O estudo do direito *na* literatura busca analisar de forma interpretativa problemas políticos e/ou jurídicos presentes em textos literários, sejam eles ficcionais ou não, sendo este um método de abordagem que analisa a literatura como um meio de identificação e problematização das mazelas enfrentadas pelo direito. Dentre as variadas formas de estudos entre direito e literatura, o direito *na* literatura observa aqueles romances “nos quais o enredo seria marcado por algum assunto jurídico, afetando direitos e condutas de personagens” (GODOY, 2008).

A partir dessa perspectiva selecionou-se a obra *Capitães de Areia*, de Jorge Amado, romance de 1937 no qual o autor descreve situações cotidianas da Bahia, entre diversas temas como o racismo, a miscigenação,

desigualdade social e, sobretudo para este estudo, a marginalização e violência às quais a sociedade da época tratava as crianças e os adolescentes, em especial aquelas pobres, abandonados e/ou em conflito com a lei.

As obras Amadianas são recheadas de denúncias sociais e representações do dia a dia da Bahia do século passado, o que constitui uma característica do movimento literário modernista do Brasil desse período. O romance selecionado servirá, portanto, como subsídio para compreender a visão do autor acerca das práticas instituídas pelo Código de Menores de 1927, de Mattos Mello, para as crianças e os adolescentes abandonados e/ou em conflito com a lei de Salvador: os assim chamados “menores”. Põe-se em evidência, sobretudo, o papel – estudado por Michel Foucault, em especial a obra “Vigiar e Punir” – que a institucionalização nos reformatórios executava na transformação dos corpos dos “menores” em objeto passivo de receber violência, física e psicológica, para discipliná-los a aguentar o trabalho braçal, redundando em sua desumanização e retirando sua dignidade.

Procurou-se durante o estudo identificar qual a relação que se estabelece entre a desumanização desses corpos e o processo de reconhecimento e afirmação de determinadas categorias de direitos tidos pela doutrina jurídica como inerentes à condição humana e decorrentes de sua dignidade intrínseca, como os direitos humanos, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, apresentando em linhas gerais os questionamentos levantados, a fim de proporcionar uma reflexão ao tema.

2 DISCUSSÕES E RESULTADOS

No início do século XX, houve a constituição de um movimento legítimo em favor da infância e adolescência abandonada e em conflito com a lei. Questões relativas à tutela dos chamados “menores” estavam sendo abordadas não somente no campo jurídico, mas de maneira interdisciplinar. O magistrado José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, elaborou o “Código de Menores” (lei nº 17.943-A), diante da necessidade de ações para enfrentar os problemas relativos à infância e adolescência, em especial nos grandes centros urbanos do país. Não obstante as boas intenções, tal documento legal – que visava atender as crianças abandonadas e os adolescentes em conflito com a lei – acabou por estigmatizar parcelas da população infanto-juvenil pobres ao designá-los como “menores abandonados e/ou delinquentes”, figura construída cultural e discursivamente perante sociedade. A qualificação e o controle desses corpos pelo Estado resultaram em alguns destinos possíveis para essa massa de indivíduos: o mercado de trabalho que explorava essa mão de obra ou os reformatórios e escolas de preservação.

Os reformatórios, especificadamente, foram um mecanismo de controle social, tornando-se símbolo do poder de punição, privação e vigilância dos corpos dos “menores”, sendo que o objetivo visado era privá-los do convívio social e remodelar sua subjetividade e comportamento com o fim de produzir neles o binômio docilidade-utilidade, transformando-os em cidadãos exemplares, aptos a funcionar como engrenagens no mecanismo social.

A partir dessa perspectiva de castigo disciplinar, indaga-se quais implicações resultaram de tais práticas em relação ao processo de afirmação dos direitos inerentes à condição de pessoa humana desses sujeitos. Nota-se que estes direitos, positivados ao longo do século XX, incluem os direitos humanos, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, e decorrem de um reconhecimento ligado a tradições do jusnaturalismo. Entretanto, no caso específico das crianças e dos adolescentes abandonados ou em conflito com a lei, a sua institucionalização acarretou a aniquilação de sua humanidade, o que se contrapunha ao lento processo de afirmação desses direitos inerentes à condição humana.

Para entender a dinâmica desses processos, recorre-se à análise pela ótica jurídico-literária, mediante o método de abordagem “direito *na* literatura” aplicados ao romance “Capitães da Areia” (1937), de Jorge Amado. A percepção literária desse mecanismo de controle é exibida na história do personagem Pedro Bala, chefe dos Capitães da Areia, que foi capturado pela polícia e mandado ao reformatório, onde sofre violências que sequer se comparam às que encontrava nas ruas de Salvador. Evidencia-se, assim, a disparidade da proteção conferida às crianças e aos adolescentes bem-nascidos quando contraposta ao tratamento conferido aos “menores abandonados e delinquentes”, ficando inequívoca a real preocupação da polícia e do judiciário: a manutenção da ordem social por meio da higienização da infância e adolescência pobre. Portanto, a literatura amadiana apresenta-nos uma visão social do contexto em que ela foi produzida, na qual é possível perceber o que os reformatórios efetivamente representavam nesse período para as crianças e os adolescentes que lá acabavam, restando evidente a discrepância entre as intenções declaradas do código de 1927 e o que realmente se sucedia na prática.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo realizou uma breve análise ao tratamento dispensado pelo Código de Menores de 1927 às crianças e adolescentes abandonados e/ou em conflito com a lei durante a década de 30 no Brasil, identificando as implicações de tal tratamento para os direitos intrínsecos à dignidade da pessoa humana. Analisou-se, especificamente, a institucionalização de crianças e adolescentes nos reformatórios como

manifestação da sociedade disciplinar em um processo de criação de um novo tipo de sujeito chamados “menores”, os quais ganhavam um *status* totalmente diferenciado das crianças e dos adolescentes bem-nascidos, que tinham convívio familiar em setores da classe média ou alta.

Realizou-se essa reflexão a partir da leitura de *Capitães da Areia*, romance de 1937, em que Jorge Amado apresenta de forma nua a disparidade da proteção conferida às crianças e aos adolescentes dignos e aos “menores abandonados e delinquentes”, além de deixar clara a real preocupação da polícia e do judiciário: a proteção do patrimônio e da ordem social por meio da limpeza da cidade de Salvador da presença desses corpos. Portanto, a literatura Amadiana apresenta-nos uma visão social do contexto em que ela foi produzida na qual é possível perceber o que os reformatórios efetivamente representavam nesse período para as crianças e os adolescentes que lá acabavam. Fica evidente, sobretudo, a discrepância entre as intenções declaradas do código de 1927 e o que ele realmente implementava na prática.

REFERÊNCIAS

AMADO, Jorge. **Capitães da Areia**. 17. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ALVAREZ, Marcos César. **A EMERGÊNCIA DO CÓDIGO DE MENORES DE 1927**: uma análise do discurso jurídico e institucional da assistência e proteção aos menores. Orientadora: Lia Freitas Garcia Fukui. 1989. 207 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade De Filosofia, Letras E Ciências Humanas, Departamento de Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do Direito. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 6, n. 1, p. 241-266, 2006. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/313>. Acesso em 07 de nov. 2022

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e literatura**: ensaio de síntese teórica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 18. Disponível em: https://www.academia.edu/35806384/DIREITO_E_LITERATURA_ENSAIO_DE_SÍNTESE_TEÓRICA. Acesso em 07 de nov. 2022.

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir**: história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1987

GOMES, Álvaro Cardoso. **Roteiro de leitura:** Capitães da areia de Jorge Amado. 2. ed. São Paulo: Ática, 1998