

# O LUGAR DA VÍTIMA NAS CIÊNCIAS CRIMINAIS

Eduardo Saad-Diniz  
(organizador)

**O LUGAR DA VÍTIMA  
NAS CIÊNCIAS CRIMINAIS**

### **Comitê Científico**

Alessandro Octaviani  
Andrés Falcone  
Ary Baddini Tavares  
Daniel Arruda Nascimento  
Eduardo Saad-Diniz  
Isabel Lousada  
Jorge Miranda de Almeida  
Marcelo Martins Bueno  
Marcia Tiburi  
Maria J. Binetti  
Maurício Cardoso  
Michelle Vasconcelos de Oliveira Nascimento  
Miguel Polaino-Orts  
Patricio Sabadini  
Paulo Roberto Monteiro Araújo  
Rodrigo Santos de Oliveira  
Saly Wellausen  
Sandra Caponi  
Sandro Luiz Bazzanella  
Tiago Almeida

Comitê Específico para este livro *O lugar da vítima nas ciências criminais*, em vista da realização do II Seminário Internacional dos Jovens Penalistas do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal – GBAIDP

Ana Luiza de Sá  
Arthur de Brito Gueiros Souza  
Carlos Eduardo Adriano Japiassu  
Carlos Eduardo Machado (Presidente do Grupo Brasileiro da AIDP)  
Eduardo Saad-Diniz  
Mariângela Gama de Magalhães Gomes  
Rodrigo de Souza Costa

EDUARDO SAAD-DINIZ  
(organizador)

**O LUGAR DA VÍTIMA  
NAS CIÊNCIAS CRIMINAIS**

1ª edição

LiberArs  
São Paulo – 2017





# SUMÁRIO

## **APRESENTAÇÃO**

### **O LUGAR DA VÍTIMA NAS CIÊNCIAS CRIMINAIS**

#### **COMO ESTRATÉGIA DE PESQUISA**

Eduardo Saad-Diniz..... 11

## **PROTECTING THE RIGHT TO SEXUAL SELF-DETERMINATION:**

### **MODELS OF REGULATION AND CURRENT CHALLENGES IN**

#### **EUROPEAN AND GERMAN SEX CRIME LAWS**

Dominik Brodowski ..... 15

## **VITIMIZAÇÃO NO CÁRCERE**

Cláudio do Prado Amaral..... 26

## **DIVULGAÇÃO DESAUTORIZADA DE CONTEÚDO ÍNTIMO**

### **E OS PROCESSOS DE VITIMIZAÇÃO**

Renato Watanabe de Moraes

Décio Franco David..... 45

## **CIFRAS OCULTAS DO CRIME DE ASSÉDIO SEXUAL:**

### **CONSCIENTIZAÇÃO E ATENÇÃO ASSISTENCIAL À VÍTIMA**

#### **NAS UNIVERSIDADES BRASILEIRAS**

Beatriz Corrêa Camargo

Brenda Ferregutti..... 61

## **O DIREITO À PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA EM FACE**

### **DO SUJEITO ATIVO DO DELITO DE ESTUPRO COMO**

#### **INSTRUMENTO PARA A DESVITIMIZAÇÃO**

Ana Carolina Moraes Aboin

Mateus José Tiago Lopes Mussi..... 75

## **MUDANÇAS ADMINISTRATIVAS: O DECRETO FEDERAL 7.958**

### **E A COLABORAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE COM**

#### **O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL**

Ricardo Vaz de Oliveira..... 95

<b>O FUNDO NACIONAL DE ASSISTÊNCIA ÀS VÍTIMAS DE CRIMES E O ART. 387, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: QUANDO A INDENIZAÇÃO É FIXADA A UM CONDENADO INSOLVENTE</b>	
Anderson Burke	
Jovacy Peter Filho.....	101

<b>A INSTRUMENTALIZAÇÃO DAS VÍTIMAS E SUA UTILIZAÇÃO COMO GRUPOS DE PRESSÃO LEGISLATIVA: UMA PERSPECTIVA POLÍTICO-CRIMINAL</b>	
Henrique Abi-Ackel Torres	
Rui Miguel Zeferino Ferreira.....	117

<b>DESARTICULANDO A REDE: UMA ANÁLISE DO PROJETO DE LEI DA CÂMARA N. 7/2016 SOB A PERSPECTIVA DA INTEGRAL PROTEÇÃO À MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA</b>	
Deíse Camargo Maito	
Fabiana Cristina Severi	
Karen Ribeiro Dias.....	141

<b>UM OLHAR SOBRE A MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA NA LEI MARIA DA PENHA</b>	
Juliana Fontana Moyses.....	159

<b>A VITIMOLOGIA E A LEI MARIA DA PENHA: PREVISÕES LEGAIS E PRÁTICA JURÍDICA</b>	
Ian Matozo Especiato	
José Paulo Naves	
Paula Nunes Mamede Rosa.....	177

<b>TRAVESTI E PROSTITUTA: GÊNERO, VIOLÊNCIA E INTERFACES DA VITIMIZAÇÃO</b>	
Victor Siqueira Serra.....	193

<b>VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A CRIANÇA ENTRE A EDUCAÇÃO E A VITIMIZAÇÃO INFANTIL: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TJSP EM CASOS DE MAUS-TRATOS (2014-2015)</b>	
Gustavo de Carvalho Marin	
Sara Tironi.....	209



<b>BIOÉTICA E VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: CIFRA NEGRA</b> Lillian Ponchio e Silva Marchi .....	241
<b>O FUTURO MORTO À BALA: CRIANÇAS E ADOLESCENTES</b> <b>VÍTIMAS DE HOMICÍDIO NO BRASIL</b> Ana Carolina de Moraes Colombaroli Fernando Andrade Fernandes .....	254
<b>O TRAFICANTE NOS <i>MEDIA</i>: UM OLHAR CRIMINOLÓGICO</b> <b>SOBRE A CONSTRUÇÃO DE TEXTOS JORNALÍSTICOS</b> Hilbert Reis Carolina Sabbag Salotti .....	269
<b>DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA E VITIMIZAÇÃO</b> <b>QUATERNÁRIA: A MÍDIA COMO OBSTÁCULO À EFETIVAÇÃO</b> <b>DOS DIREITOS HUMANOS</b> Luciana de Freitas .....	279
<b>VIOLÊNCIA E VITIMIZAÇÃO COMO CUSTOS SOCIAIS DA POBREZA</b> <b>E DA DESIGUALDADE NA AMÉRICA LATINA</b> Amanda Bessoni Boudoux Salgado Eduardo Saad-Diniz .....	289
<b>O LUGAR DA VÍTIMA NAS CIÊNCIAS CRIMINAIS:</b> <b>POLÍTICA CRIMINAL ORIENTADA PARA A VÍTIMA DE CRIME</b> Larissa Rosa Renan Posella Mandarino .....	315
<b>LIMITES DA VITIMODOGMÁTICA: O ÂMBITO</b> <b>DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTORRESPONSABILIDADE</b> Alice Carvalho José Roberto Macri Jr. ....	327
<b>UM OLHAR DA POLÍTICA-CRIMINAL SOBRE A</b> <b>VÍTIMA DE HOMICÍDIO NO TRÁFEGO TERRESTRE:</b> <b>A AUTOCOLOCAÇÃO EM PERIGO E O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA NORMA</b> Fernando Andrade Fernandes Ana Cristina Gomes Leonardo Simões Agapito .....	345

**CAMINHOS PARA A REPARAÇÃO DAS VÍTIMAS  
DA DITADURA MILITAR NO BRASIL**

Jéssica Raquel Sponchiado

Nathália Regina Pinto

Theuan Carvalho Gomes da Silva .....359

**PREVENÇÃO AOS PROCESSOS DE VITIMIZAÇÃO  
NO CENÁRIO BÉLICO INTERNACIONAL: A IMUNIDADE DAS  
FORÇAS DE PAZ DAS NAÇÕES UNIDAS E O CASO DE SREBRENICA**

Thaís Bialecki

Luiza Veronese Lacava.....383

# APRESENTAÇÃO

## O LUGAR DA VÍTIMA NAS CIÊNCIAS CRIMINAIS COMO ESTRATÉGIA DE PESQUISA

EDUARDO SAAD-DINIZ

*Prof. Dr. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto  
e Programa de Integração da América Latina  
da Universidade de São Paulo, (FDRP/PROLAM/USP)*

Por ocasião do II Seminário Internacional dos Jovens Penalistas do Grupo Nacional Brasileiro da AIDP (GB-AIDP) – “O lugar da vítima nas ciências criminais”, aos 19.08.2016, na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, foram realizados intensos e propositivos debates, marcados pela necessidade de reorientação das rotas tradicionalistas das ciências criminais e pela saudável divergência – aquela que é honesta e que não desqualifica subjetivamente o opositor.

Crítico ou *mainstream*, o estudo do Sistema de Justiça criminal brasileiro têm dedicado pouca ou nenhuma atenção à vitimologia. A revisão do lugar da vítima e dos processos de vitimização reacende a avaliação reflexiva sobre as justificações morais em torno das quais as ciências criminais compreendem a relação entre ofensor e vítima. A pesquisa vitimológica, inicialmente reduzida às pretensões reparatórias e indenizatórias ou relegada à matéria de prova processual, experimentou significativas evoluções nos últimos anos, merecendo novas reflexões sobre seu impacto nas ciências criminais<sup>1</sup>.

Em um primeiro momento, o que importava às ciências criminais era a dimensão das interações entre ofensor e vítima. Desde esta perspectiva tradicionalista, considerava-se a contribuição do comportamento da vítima na realização da conduta delitiva, em processos de “imputação à vítima” que atribuíam a ela própria a autorresponsabilidade pelo crime, no que se convencionou como *blaming the victim*. Em um momento posterior, especialmente após a década de 80, a vitimologia incorporou agenda científica

---

<sup>1</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. “Imputación moral orientada a la víctima como problema de imputación objetiva”. In: *Revista de Derecho Penal*, 1/2016, pp. 87-116.

positiva, mobilizando estudos para a redefinição das redes teóricas e institucionais dedicadas à proteção da vítima e à prevenção aos processos de vitimização. Sob decisiva influência dos movimentos de defesa dos direitos das vítimas, as ciências criminais não apenas reinterpretem o conteúdo da vitimização, mas também buscam formas de avaliar criticamente as estruturas que ensejaram o conflito, propondo mecanismos processuais, instrumentos dogmáticos e alternativas de política criminal para a superação dos problemas vivenciados pela vítima.

Esta reorientação dos estudos vitimológicos, no entanto, não passa livre de paradoxos. Por um lado, acabou provocando distorções por parte de *policy makers* e justificações de populismo punitivo, na linha da vingança social e de estratégias conservadoras de lei e ordem. Por outro, mesmo que esta reorientação da pesquisa vitimológica tenha promovido consideráveis avanços na compreensão da relação vítima/ofensor, em função de graves contextos de vulnerabilidade da vítima produzidos por déficits democráticos históricos, acaba por trazer às ciências criminais a ambígua resolução de tutelar direitos das vítimas às custas da redução da subjetividade do ofensor perante o Sistema de Justiça criminal<sup>2</sup>. Na realização cotidiana das ciências criminais, foi pouco explorada até o momento a avaliação da efetividade de normas penais que buscam fomentar o reforço da cidadania e a criação de concretas condições para a realização subjetiva tanto da vítima quanto do ofensor. Ao menos no meio científico brasileiro, convivem, de um lado, um conceito superestimado de autonomia individual – que desconsidera as redes de solidariedade e reconhecimento intersubjetivo –, e, de outro, uma mal estimada eficácia da tutela penal dos direitos humanos.

Diante de um cenário tão problemático, o renascimento da pesquisa vitimológica nas ciências criminais tem o mérito de mobilizar significativos esforços para identificar e avaliar soluções alternativas e constitucionalmente adequadas às relações ofensor/vítima. Desde uma perspectiva científica, a revisão do lugar da vítima dá voz a um debate esquecido, com textos de elevada capacidade analítica, em favor da revisão do lugar do sujeito nas formas jurídicas.

Mais que nada, o estudo vitimológico requer o uso cuidadoso das categorias, fundadas em novas percepções e sensibilidade com o outro. A pesquisa deve identificar uma situação real da vítima e buscar as formas possíveis de operacionalizá-la em função de sua condição de problema concreto. Excessos de retórica raramente significam fundamentação consistente. A crítica ao caráter abstrato das formulações jurídicas deveria ser o norte de qualquer pesquisa que se pretenda crítica ao tradicionalismo das

---

<sup>2</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. Imputación moral... *op. cit.*

formas jurídicas; ou crítica à “hipocrisia das formas jurídicas” (assim Víctor Gabriel Rodríguez, em conferência no Seminário).

Em ciências criminais, comumente corre-se o risco de se perder em estratégias argumentativas indiferentes às reais condições de implementação das normas nas instituições e, em vista do déficit institucional, perder as condições necessárias para uma pauta positiva de proteção da vítima. Muitas vezes, com a preocupação de “ser crítico”, acaba-se por se esquecer de veicular a própria crítica. O mais importante é renovar as estratégias de argumentação que orientam a interpretação do direito, monitorar sua aplicação e verificar sua efetividade na real capacitação e promoção das liberdades pessoais da vítima.

As incoerências nas fundamentações abstratas evidenciam-se também na oposição entre a tutela de direitos humanos e a necessidade de verificação intensiva dos direitos fundamentais em cada uma das relações jurídicas. As pressões por alinhamento a padrões internacionais de criminalização de violação de direitos humanos podem introduzir no nosso ordenamento maiores oportunidades ao punitivismo. Para além da precisão lógica do conceito em si, muito não convence a ideia de que seria necessário recorrer a categorias indeterminadas para uma apreensão objetiva da realidade da vítima, como no caso das noções porosas de “Estado Democrático de Direito” ou “dignidade humana”. Do contrário, a pesquisa científica deve se preocupar em dimensionar concretamente a violação da dignidade da vítima. Especialmente no ambiente carcerário (assim Cláudio Amaral, neste livro), a dicotomia entre ofensor e vítima perde sentido, quando a própria pessoa encarcerada, antes um ofensor, é convertida em vítima. Definitivamente (assim Marisa Freitas na conferência de abertura do Seminário), a proteção da vítima não deve significar a vulneração do ofensor.

A crítica às paixões tradicionais que silenciaram o debate vitimológico podem ser opostas por novos níveis de consciência, novas percepções e uma ambiciosa tarefa de radical reorientação das práticas sociais com base em verificação criminológica e filosofia política. Basta por agora dar visibilidade à vítima invisível nas ciências criminais e iniciar uma ampla revisão de seu lugar como estratégia de mobilização científica.



# **PROTECTING THE RIGHT TO SEXUAL SELF-DETERMINATION: MODELS OF REGULATION AND CURRENT CHALLENGES IN EUROPEAN AND GERMAN SEX CRIME LAWS**

**DOMINIK BRODOWSKI**

*Dr. (University of Tübingen, Germany);  
LL.M. (University of Pennsylvania, USA)*

**ABSTRACT:** *In the first half of 2016, political discussions on criminal law in Germany centered around the question of a reform of sex crime laws, of how to better protect the right to sexual self-determination, and specifically on what elements the crime of rape should require. Specifically, two models “Yes means Yes” and “No means No” were discussed and contrasted to the lex praevia, all with a view to seek alignment to the so-called “Istanbul Convention” of the Council of Europe. In this article, I will analyze the current challenges in the regulation of sex crimes in Germany and Europe (I.). Then, I will discern the different models of regulation theoretically available and implemented (II.), and conclude with a short summary (III.).*

## **I. CURRENT CHALLENGES IN EUROPEAN AND GERMAN SEX CRIME LAWS**

### **1. CONSENT AS THE BASIS FOR THE PROTECTION OF THE RIGHT TO SEXUAL SELF-DETERMINATION**

The starting point for a discussion about sexual interaction in general and about sex crime laws in particular is self-evident: Sexual behavior should always be consensual; it should always be based on mutual consent. In reality, however, we have to note that sexual violence, sexual harassment, sexism, and a disregard to the right to sexual self-determination<sup>1</sup> are ongoing phenomenon in German and European societies. And the awareness of this problem seems to have increased in the last few years.

---

<sup>1</sup> On the concept of a right to sexual self-determination, see generally *Hörnle*, *Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften*, 127 (2015) 851 ff.

What is unclear, however, whether *all* infringements, encroachments and disruptions of sexual self-determination need a response by the criminal justice system. The answer seems to be a clear “yes” at first, considering the typical phenomena of violent rape and sexual exploitation. However, it becomes misty when taking into account that a broad range of behavior can actually be labeled sexual:<sup>2</sup> Even the intentional or merely accidental touching of a body, even the staring at another person and even matters of mere imagination might be considered to have a sexual nature by the victim and/or by unrelated third persons – and thus might be considered to disrupt, encroach or infringe the sexual self-determination of the victim. Moreover, we also have to take the dynamics of the situation into account. Human behavior – especially in this field – is also about taking chances, is also about making first steps (of e.g. seeking a first, light body contact with another person during a wonderful conversation), and is also about the question (or, increasingly, the insecurity) of how to properly approach a person of interest, and how to stir his or her reciprocal interest.

## **2. A LOW RATE OF CONVICTIONS – A SIGN FOR *LACUNAE*?**

In Germany, a few very bad court decisions highlighted by activists and legal scholars alike have led to the impression that the right to sexual self-determination is not properly protected for some severe forms of infringement: For example, in one case the accused had used force for a totally different reason first (for example, to rob a woman) and only afterwards decided to misuse the situation to engage in sexual intercourse against her will. The court held this to not being an act of rape for a lack of connection between the using of force and the sexual intercourse. In another case, someone murdered a friend of his ex-wife, forced her ex-wife to drive with him to a hotel, then put his pistol to the side of the bed in the hotel room, and then engaged in sexual intercourse against the will of his ex-wife. Here, the court could not convince itself that there was a threat of use of force, and did not hold the murderer responsible for rape.<sup>3</sup> There are sound grounds to consider these decisions to be wrong under the applicable German sex crime laws, however;<sup>4</sup> and – as the saying goes – “hard cases make bad law”.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Cf. Hörnle, Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften*, 127 (2015) 851 (852).

<sup>3</sup> BGH *NStZ* 2013, 279.

<sup>4</sup> See Hörnle, Warum § 177 Abs. 1 StGB durch einen neuen Tatbestand ergänzt werden sollte, *ZIS* 2015, 206 (210), with further references.

<sup>5</sup> It has to be noted, however, that precedents generally do not bind German courts in similar future cases.



Another, related aspect highlighted in the current discussion in Germany is a low rate of convictions for sex crimes. The interpretation of this aspect differs largely: While some see this as a reason for *lacunae* in the criminal statutes and/or in the criminal prosecution of perpetrators,<sup>6</sup> others highlight the problem of false accusations and criminal proceedings against innocent people. The core problem of these interpretations – and underlying studies – is that we have no better way to determine the factual truth than court proceedings. This aspect is the reason why it is so difficult to determine how many false accusations are brought forward, and/or how many cases of criminal behavior did not lead to a criminal sanction. Nonetheless, one study shows the multitude of aspects which cause the low rate of convictions: In about 20% of the cases analyzed, the conduct brought to the attention of the criminal justice system was no crime; in 19% the (presumed) victim refused to testify in court, in 16% the (presumed) victim revoked his or her accusation; in 12% his or her testimony was insufficient because of the influence of alcohol or drugs; in 10% the testimony was contradictory; in 10% the testimony was insufficient for other reasons.<sup>7</sup>

Besides all objections one may bring forward against this and similar studies: It becomes clear that prosecuting sex crimes depends heavily on *testimony by the victim*. And this dependence has been the most important reason for the low rate of convictions. It is important to note, however, that *testimony* means much more than just the words being spoken by the witness; testimony can (and in difficult cases: must) be evaluated on the basis of psychology, oftentimes also by external experts on the psychology of evidence. But even when such testimony (and not just a written statement) is available, reaching a criminal conviction requires passing a high bar: The judges must be convinced beyond reasonable doubt that the victim testimony reflects the truth (and an opposing counter-statement by the alleged perpetrator does not). And cases become much easier to decide whenever additional evidence – such as physical evidence, situational evidence and/or testimony by unrelated third parties – is available.

### **3. SECONDARY VICTIMIZATION, FALSE-POSITIVE AND FALSE-NEGATIVE DECISIONS**

Whenever a victim brings forward a criminal complaint, testifies in court – and maybe has to face a strict examination by the judge, by the prosecutor, and a cross-examination by the defense counsel or even by the defendant him- or herself –, there is a high risk of secondary victimization. A victim which

---

<sup>6</sup> Cf. the discussion between *Hörnle*, Warum § 177 Abs. 1 StGB durch einen neuen Tatbestand ergänzt werden sollte, ZIS 2015, 206 (213 ff.) and *Fischer*, Noch einmal: § 177 StGB und die Istanbul-Konvention, ZIS 2015, 312 (317), who – as a matter of fact – are both skeptical to such a line of reasoning.

<sup>7</sup> See *Pollähne*, Zu viel geopfert? Eine Kritik der Viktimisierung von Kriminaljustiz und Strafjustiz, Strafverteidiger 2016, 671 (671 f.).

already had to suffer the crime in the first instance might suffer a second time when he or she has to testify – and a third time if the court does not consider his or her statement as a sufficient basis for a conviction of the defendant and acquits him or her.

Is lowering the bar for a criminal conviction an answer to such *false-negative* responses, by requiring less elements to be proven or even shifting the burden of the proof (despite all problems this would cause from the perspective of constitutional law)? This would automatically increase the risk of *false-positive* convictions (i.e. convictions for crimes which were actually not committed), which is a clear and present risk concerning sex crimes: What felt good yesterday might not feel good anymore today; the impression of how a situation was in the past might differ from the way the situation was felt at the time. Beyond such inadvertent false-accusations, intentional false-accusations do occur on both sides – in particular after a break-up of a relationship, when situations which (allegedly or truthfully) occurred years ago are brought to the court, e.g. to secure child custody.

Therefore, we have to be aware of *both* aspects – the risk of not believing the victim, and the risk of (inadvertent or intentional) false accusations. One of the foundations of our criminal laws is that one false-positive conviction is much worse than one false-negative case where someone who did commit a crime is not convicted for it. But in current statements in Germany, we can actually read some statements claiming that it is actually much worse to not believe a woman that she was raped than to convict a man for a rape he did not commit.<sup>8</sup> That would be a highly problematic turn of the tides, as any conviction for rape, indeed any non-trivial criminal conviction is harsh and means his or her social death. What we should instead strive for is the following: In cases which we cannot decide due to conflicting evidence (*non liquet*), we must not convict the defendant, but we can still stand next to the victims, take them seriously, and try to help them. Assisting victims is not the binary opposite of convicting the defendant!

#### **4. A POLITICAL WINDOW OF OPPORTUNITY**

On New Year's Eve 2015/2016, in Cologne and some other German cities, groups of mostly foreigners – I am afraid to say – surrounded women who partied in public places, harassed them, touched them, and in a few cases also raped them. These cases stirred a public debate which not only led to stricter expulsion laws for foreigners, but also opened a political window of opportunity

---

<sup>8</sup> By proposing a reversal of the burden of proof, *Herning/Illgner*, „Ja heißt Ja“ – Konsensorientierter Ansatz im deutschen Sexualstrafrecht, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2016, 77 (80), implicitly suggest such a standard.

for a modification of German sex crime laws: It was highlighted quickly that under current German criminal laws, there is no protection by (specific) sex crime laws whenever someone only misuses a situation of surprise, or whenever someone ignored only an (explicit or implicit) “no” but there was no threat or force or resistance.<sup>9</sup> Even though the perpetrators of New Year’s Eve – whenever they can be identified and brought to court – in most cases can be convicted for other charges, a political movement had quickly seized the opportunity and steadily increased political pressure for a rapid, complete overhaul of German sex crime laws.

## II. MODELS OF REGULATION IN EUROPEAN AND GERMAN SEX CRIME LAWS

In the past, German sex crime laws focused on the protection of specific forms of violations of the right of sexual self-determination. This meant that only violations where additional elements such as violence, force, threats, etc. were present constituted a criminal offense. A new approach, taken both by European and the German sex crime law recently enacted<sup>10</sup> under the headline “No means No”, instead focuses on the right to sexual self-determination as a basic offense, common for all sex crime laws.

Art. 36 para. 1 of the landmark Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence of 2011 – the so-called “Istanbul Convention”<sup>11</sup> – requires State Parties to criminalize the following *intentional* conduct:

- a) engaging in non-consensual vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature of the body of another person with any bodily part or object;
- b) engaging in other non-consensual acts of a sexual nature with a person;
- c) causing another person to engage in non-consensual acts of a sexual nature with a third person.”

There are three points to highlight: Firstly, the generic clause in lit. b for offender-victim situations and the generic clause in lit. c for three-person situations show that *all* non-consensual sexual conduct is to be criminalized, not only the specific forms highlighted in lit. a. This leads to an all-

---

<sup>9</sup> See – already beforehand – *Hörnle*, Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften*, 127 (2015) 851 (868).

<sup>10</sup> Fünfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung, BGBl. 2016 I 2460.

<sup>11</sup> Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, CETS No. 210; see <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210> (30.11.2016) for further information on the convention.

encompassing protection of the right of sexual self-determination. Secondly, as highlighted also in the Explanatory Report,<sup>12</sup> there is only a requirement to criminalize intentional wrongdoing, therefore not cases where the will of the other person was negligently ill-perceived by the perpetrator. Thirdly, this paragraph focuses on non-consent, meaning that there was some form of (explicit or implicit) *disagreement*. In contrast thereto, however, Art. 36 para. 2 states “Consent must be given voluntarily as the result of the person’s free will assessed in the context of the surrounding circumstances” and thereby focuses on a previous (explicit or implicit) *agreement*. This distinction is only seemingly subtle, as will be discussed more thoroughly below (*infra* 3).

### **1. FIRST QUESTION: WHAT CONDUCT IS TO BE ADDRESSED BY SEX CRIME LAWS?**

But let us first take a step back: At first, the legislature has to determine what behavior to regulate by criminal laws. In other words, it has to determine when an act actually reaches a *sexual* level, in contrast to non-sexual social conduct, which may require a response by the criminal justice system.

As already mentioned above, two aspects need to be taken into account here: Firstly, is already a stare (with sexual intentions) a sexual act? A light touch of the arm, of the face? A peck? A kiss? Secondly, and especially for borderline cases of sexual conduct or for minor cases of harassment, there might be some situations where other forms of social control, such as moral condemnation or educating the public, might be more appropriate than the heavy sword of criminal law. Where these lines should be drawn is mostly a political question; there are only some constitutional requirements which may lead to a duty to criminalize some forms (such as rape) on the one hand, and a prohibition to criminalize other forms (such as for “thought crimes”) on the other hand.

### **2. SECOND QUESTION: WHEN SHOULD CONSENT BE IRRELEVANT?**

In the next step, we have to decide a very tough question: When should it be considered irrelevant that all involved persons actually “consented” to the sexual conduct, and the conduct be criminalized for one or all parties involved?<sup>13</sup> For example, if a 13-year old girl and a 19-year old boy agree to sexual

---

<sup>12</sup> Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, Explanatory Report, at 189 at the end.

<sup>13</sup> See the analysis by Hörnle, *Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften, 127 (2015) 851 (872 ff.).

interaction, this constitutes a situation where criminal laws regularly consider the (pseudo-)consent of the 13-year old to be irrelevant and allow for the conviction of the 19-year old, even though there was no *non-consensual* sexual act *strictu sensu*. A similar criminal justice response exists for cases of threats or *vis compulsiva*. Besides these, there are other situations where a “free will” (the term used by Art. 36 para. 2 Istanbul Convention) of one or multiple partners may be disputed: For example, should the consent given by a student to interact sexually with a teacher be considered valid? Does it depend on whether the teacher gives classes to this student, teaches at the same school, or even when he or she works at a different school? What about a large age difference between adults? What about various levels of alcohol – can he or she still validly consent to sexual conduct, even if he or she might regret his or her decision in a state of zero alcohol? What about religion? There was one famous (but factually dubious) case in Israel where one boy pretended to be a Jew. A Jewish girl agreed to have sex with him. Later on, she determined that he actually is a Muslim. He then got convicted for rape, as he was found guilty of violating her right to sexual self-determination.<sup>14</sup> What about a proposition of marriage, a pretense of wealth, or just a pretense of being a better person than one really is? It is easy to state a multitude of reasons for why the imagination of a partner differs from the objective situation, on why he or she feels betrayed and why he or she later on – once realizing the true objective situation – considers his or her right to sexual self-determination to be violated by fraud or deception. But which situations do require a criminal response, and where should we look at alternatives (such as educating people to be thoughtful before giving consent)?

The new German law did not modify much in this context: For example, minors under the age of 14 cannot consent at all (§ 176 para. 1 StGB); for minors under 16 years, there are certain limits concerning sexual activity with adults over 21 (§ 182 para. 3 StGB). Sexual activity between teachers and (especially: minor) students are criminalized in general (§ 174 StGB), though the court may refrain from punishment under specific circumstances (para. 3). And a pseudo-consent reached “by threat of serious harm” is obviously irrelevant (§ 177 para. 2 lit. d StGB-E). What is new, however, and a bit stricter than the previous law, is that a criminal liability exists for anyone who “abuses that a person is incapable of forming or expressing his or her will” (§ 177 para. 2 lit. a StGB). Being *incapable* is stricter than being *impaired*, meaning that only severe forms of intoxication exclude the possibility of giving consent to sexual activity. In contrast, if a person has just drunk a bottle of beer, this does not mean that she or he cannot give valid consent under the new German law on sex crimes.

---

<sup>14</sup> <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-11329429> (30.11.2016).

### 3. THIRD QUESTION: “YES MEANS YES” – “NO MEANS NO”

A third question only addresses situations where consent is possible and not considered to be irrelevant by law: Should the law focus on the *consent* having been given previously, or should it focus on *non-consensual* situations? This distinction is subtle at first, but forms the basis for two generic models – “Yes means Yes” and “No means No” – I will outline here briefly.

#### a) “Yes means Yes“

A first generic model focuses on whether explicit consent was given before engaging in any sexual interaction.<sup>15</sup> Put to the extreme, it considers any sexual conduct to be illegal and liable for criminal punishment, unless it is evidently consensual.

This model has been promoted and partially implemented on U.S. college campuses, mainly to raise awareness about the right to sexual self-determination, which spells out a clear requirement that you need the consent of your partner to engage in sexual conduct. In the attempt to raise awareness, but potentially also to pursue a “Yes means Yes” model in criminal regulation, some forms have been distributed to students: The basic form<sup>16</sup> lets two people print their name and sign that they agree to engage in sexual conduct with each other. But is this an apt procedural solution? Would this form actually provide sufficient evidence for a consensual sexual conduct? This form does not indicate what happened after signature – whether both partners continued to consent, or whether one withdraw consent, and whether the actual conduct was covered by the consent. “Yes means Yes” does not actually mean “forever Yes” or “Yes for the next hour”, but only “Yes” until consent is revoked *and* “Yes” unless the conduct exceeds the scope of the consent. There are actually more complicated forms available on the Internet<sup>17</sup> – some serious, some probably not –, which try to address these shortcomings. According to these forms, the people involved are to specify in quite detailed way of what conduct they consent to, on how (and under what and potentially limited circumstances) consent may be withdrawn, on what happens if one partner exceeds what has been consented to, etc.

To summarize: The “Yes means Yes” approach – especially if put to the extreme – leads to a procedural approach. At the minimum, it hinders spontaneous decisions and actions, and creates a “paper trail” to all sexual

---

<sup>15</sup> Supported, inter alia, by *Herning/Illgner*, „Ja heißt Ja“ – Konsensorientierter Ansatz im deutschen Sexualstrafrecht, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2016, 77.

<sup>16</sup> See, inter alia, <https://consentgear.com/> (30.11.2016).

<sup>17</sup> See, inter alia, <http://www.bluerеспублиcan.org/wp-content/uploads/2014/09/Campus-Sexual-Consent-Form.pdf> (30.11.2016); <http://www.sexagreement.com/> (30.11.2016).

partners, all affairs, all romance. But what is worse: it does not focus on the *consent*, but on a (potentially misleading) *signature*. Thereby, it opens the door to overly encroaching *consensual* behavior, to an increase in convictions for *consensual* actions (where one partner later on exploits the fact that the consent cannot be proven by a signature), and possibly even an increase for primary (if consent withdrawal is limited to specific circumstances) and secondary victimization (if courts only focus on the signature and not on the consent being revoked after the signature). Still, there is at least one area where “Yes means Yes” seems an appropriate regulatory approach, and where this approach has now been implemented by the German legislator: Whenever a perpetrator “abuses a moment of surprise” (§ 177 para. 2 lit. b StGB) and thereby abuses that the victim had no chance to express his or her will beforehand. It is, however, limited to cases of abuse. This means that, for example, making the first (small) step or taking small chances within a beginning relationship are not criminalized. Another example relates to persons who suffer from a reduced ability to shape or express their will: Sexual interaction with those persons is only legal, according to § 177 para. 2 Nr. 2 StGB, if positive “assurance” of the other person’s consent is present.

b) “No means No”

Another generic model, which formed the basis for the reform in Germany, runs under the headline “No means No”.<sup>18</sup> Put to the extreme, it considers any sexual conduct to be legal, unless it is clear that *no consent* was given.

In implementing this principle, the new German law refers to sexual activity with another “against his or her noticeable will” (§ 177 para. 1 StGB). This means that once *non-consent* is expressed in one way or another – verbally, by signs, etc. – any sexual activity becomes a severe crime under German criminal law. While the clause “noticeable” rightly points out that a merely internal objection does not suffice, it also causes an ambiguity of *who* must be aware of this “noticeable will”. The way the law is drafted seems to refer to an objective standard, and/or a standard of negligence.<sup>19</sup> The way the law is to be read, however, is that the defendant must have noticed the opposing will of the other person, or at least must have considered the possibility that the other

---

<sup>18</sup> Papathanasiou, Das reformierte Sexualstrafrecht – Ein Überblick über die vorgenommenen Änderungen, KriPoZ 2016, 133 (133 ff.); see further Hörnle, Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften, 127 (2015) 851 (868 f.).

<sup>19</sup> The reasoning of the bill in BT-Drs. 18/9097, p. 22 seems to support this reading of the law (but see p. 23 on the subjective element).

person did not consent.<sup>20</sup> That may lead to much frustration for victims in court. Moreover, the lack of external evidence – besides potentially contradictory statements of the victim and the defendant – is bound to create a higher risk for victims being frustrated in court, and might also lead to higher numbers of false-positive convictions *and* of false-negative acquittals.

*c) Ambiguity in the German Criminal Law Provision on Touching in a Sexually Determined Manner*

Below the level of a sexual activity, a new crime on sexual harassment was enacted by German legislature (§ 184i StGB). It criminalizes the “touching the body of another in a sexually determined manner”. It is not really clear when this touching is actually sexually determined, meaning the “first question” (*supra* II. 1.) is largely left open for interpretation. However, the crime is limited to instances where this touching “harasses” (objectively? subjectively?) the other person. This crime – which is of medium severity, as it only allows for punishment of up to two years of imprisonment – does not clearly relate to an explicit disagreement, as would be required under a law implementing the “No means No” principle. On the other hand, it does also not require explicit previous consent to avoid criminal liability. Therefore, it neither follows the “Yes means Yes” principle. Instead, the additional requirement of “harassment” causes some limitations of obviousness or recognizability: As the perpetrator needs to *intentionally* harass the other person, he or she needs to be aware that the other person does not like being touched in such a sexually determined manner, and the perpetrator additionally needs to show disregard of the opposing will of the other person.

### III. CONCLUSION

In this article, I have tried to analyze the current challenges of protecting the right to sexual self-determination by criminal justice, and to distinguish the three core questions one should ask oneself when regulating sex crimes: What conduct is to be addressed by sex crime laws – i.e. which conduct needs a criminal response to protect the right to sexual self-determination? When should consent be irrelevant – i.e. when do we disregard an explicit or implicit “Yes” because we consider the person to not be expressing a (sufficiently) free will? Do we focus on previously given consent, or do we focus on some form on non-consent?

---

<sup>20</sup> BT-Drs. 18/9097, p. 23; *Papathanasiou*, Das reformierte Sexualstrafrecht – Ein Überblick über die vorgenommenen Änderungen, KriPoZ 2016, 133 (138).



Each of these questions poses many pitfalls, not only because of the highly political and emotionally heated nature of the topic. To name one core, unresolved challenge: Due to the privacy of the typical situation when such a crime occurs, due to the lack of external evidence typically being available, and also due to typical delays between the crime and criminal proceedings, any regulation of sex crimes needs to be particularly aware of the risk of false-positive convictions and false-negative acquittals. As the risk of false-positive convictions needs to be strictly limited, to avoid the “social deaths” of innocent people, reducing protections provided to defendants is no real possibility. Instead – and even if the alleged perpetrator cannot be convicted because his or her guilt cannot be proved beyond reasonable doubt – we should try to take victims seriously. And that response does not necessarily require us to put an alleged perpetrator into jail.

# VITIMIZAÇÃO NO CÁRCERE

## VICTIMIZATION ON PRISON

CLÁUDIO DO PRADO AMARAL

*Professor associado de Direito Processual Penal na  
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP). Juiz de Direito.*

**RESUMO:** Após a II Guerra, surgiram condições que permitiram dar maior importância e atenção para as vítimas. Embora sejam notórias as más, péssimas ou indignas condições de aprisionamento, o detento não é percebido como vítima. Isso ocorre em razão da invisibilidade que atinge o preso e todo o sistema no qual ele está inserido cumprindo pena ou aguardando julgamento. Ao ser presa, uma pessoa passa a ser a representação social do mal. Principalmente por isso, perde a percepção social de ser humano. Esse contexto poderia ser suavizado se o direito à ressocialização fosse visto não apenas como um direito do preso, mas também pertencente a sociedade, no sentido de que é um direito social que aquele que deixa o cárcere o faça em condições de sociabilidade ao menos iguais àquelas do momento em que foi aprisionado.

**ABSTRACT:** *After World War II, conditions emerged that gave greater importance and attention to the victims. Although bad, terrible or degrading conditions of imprisonment are clear, the detainee is not realized as a victim. This is because of the invisibility that strikes the prisoner and the whole system in which he is inserted suffering penalty or awaiting judgment while trial. When arrested, a person becomes the social representation of evil. Mainly because of this, he loses the social perception of being human. This context could be softened if the right to resocialization was seen not only as a right of the prisoner but also belonging to society, in the sense it is a social right meaning who leaves the prison should do so in conditions of sociability at least equal to those from the moment he was imprisoned.*

## INTRODUÇÃO

Foi com muita alegria que recebi o convite do ilustre Professor Eduardo Saad Diniz para esta contribuição junto ao grupo “Jovens Penalistas”, salientando, contudo, que já não sou mais jovem, tampouco um penalista material, uma vez que os surpreendentes caminhos da vida me levaram a vínculos fortes com o direito processual penal.

Ainda mais feliz fiquei com a lembrança do caríssimo amigo e professor ao designar-me para um tema caro e ao mesmo tempo pouco recordado: o da

transformação que o suposto ofensor sofre quando ingressa no cárcere - de ofensor, passa a ser vítima - seja para cumprir pena, seja por motivo de prisão cautelar.

Transforma-se em: vítima institucional do descaso do Estado com suas condições pessoais, familiares e sociais; vítima do esquecimento da sociedade em relação à sua existência; vítima da invisibilidade dessa mesma sociedade. Torna-se: vítima do Poder Público que desconsidera sua inerente humanidade; vítima de facções e grupos criminosos ... enfim, vítima de tudo e de todos.

Evidentemente, por esse contexto de esquecimento, invisibilidade, retrocessos e inversão de valores, o professor coordenador do grupo dos Jovens Penalistas não se deixou levar e sabiamente colocou o tema em debate para a nova geração de estudiosos do sistema penal.

## 1. O ESQUECIMENTO DA VÍTIMA.

O debate sobre a vítima ganhou importante impulso desde a segunda metade do século XX. A partir de uma perspectiva histórica, os penalistas tentam reposicionar a vítima no sistema penal, a fim de que ocupe espaço mais relevante que o de simples “sujeito passivo” do delito. Deseja-se que o ofendido seja alvo de mais profundas e qualificadas reflexões, as quais, por sua vez, contribuem para o desenvolvimento da ciência penal.

Os penalistas nos recordam que, na antiguidade, a vítima era importante personagem da cena criminosa. Ao tempo da vingança privada a preocupação era toda voltada para o ofendido. Respectivamente, as reações ao delito praticado eram orientadas conforme interesses da vítima. No direito germânico, por exemplo, a reação era feita individualmente ou através do grupo familiar atingido pela ofensa: o agressor era entregue ao lesado, seu grupo ou família, para que estes exercessem o direito de vingança.

A paz do ofensor ou de seu grupo familiar também poderia ser comprada com uma soma em dinheiro ou bens entregue à vítima. Trata-se de fato histórico que revela as origens remotas daquilo que no século XX viria a ser chamado de reparação do dano como terceira via penal<sup>1</sup>.

As características da vingança e da compra da paz mantiveram-se no sistema penal até a Idade Média, quando o protagonismo da vítima começou a enfraquecer. Os senhores feudais, a Igreja e os reis passaram a se responsabilizar pela punição dos infratores da lei. Tal qual na antiguidade, os castigos eram

---

<sup>1</sup> Nesse sentido o Projeto Alternativo de Reforma do Código Penal Alemão, de 1992 (*Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung – AE-WGM*): “o objetivo do projeto é a integração da reparação no sistema de consequências jurídicas do direito penal” (In: *Proyecto Alternativo sobre Reparación Penal – Proyecto de un Grupo de Trabajo de Profesores de Derecho Penal Alemanes, Austríacos y Suizos*. Tradução Beatriz de la Gándara Vallejo. Buenos Aires: CIEDLA, 1998, p. 38).

crúéis e a pena de morte frequente. Surge a fase da vingança pública. O fortalecimento das monarquias e o surgimento do Estado Moderno relegou a vítima, definitivamente, a um papel periférico no sistema penal repressivo da época<sup>2</sup>. O processo penal público e o desenvolvimento da ciência penal deram ao Estado o monopólio do *ius puniendi* e do *ius perseguendi*, sendo que por isso a vítima, naturalmente, tornou-se nada além de um dos objetos de prova no processo penal<sup>3</sup>. Não era mais a vítima que se contrapunha ao delinquente, mas, sim, o Estado, perseguindo processualmente o criminoso. Para tal missão, o Estado poderia – como de fato pôde – instrumentalizar a vítima para os seus fins persecutórios, o que significou a possibilidade de obrigar o ofendido a cooperar em nome do maior interesse público em alcançar a verdade dos fatos.

É interessante anotar que a vítima cai no esquecimento, propositalmente, inclusive, ante o medo de que esta voltasse a utilizar-se da vingança privada.

## **2. O RESSURGIMENTO DA VÍTIMA NO SISTEMA PENAL PERSECUTÓRIO.**

Após a 2ª Guerra, surgem condições sociais propícias à redescoberta da vítima no sistema penal. Os mortos e amputados que o conflito produziu levaram a sociedade a olhar para aqueles que sofriam. A isso, some-se o desenvolvimento da criminologia crítica e das proposições funcionalistas, por meio das quais a análise macroestrutural do delito substitui a uma visão microestrutural, na qual a vítima restava anulada.

A criminalidade passa a ser analisada como um organismo complexo e resultante de um fenômeno estrutural. Assim, um dos aspectos mais relevantes dessa nova etapa criminológica voltada para a vítima consistiu na revisão do sistema de penas e do sistema processual, a fim de que o ofendido não fosse despojado de seus problemas decorrentes do delito. Objetivou-se recolocar a vítima em seu devido lugar no conflito com o autor do crime, de tal modo que este e a vítima, dentro do possível, sejam – eles próprios – os responsáveis pela solução da crise gerada.

---

<sup>2</sup> FERNANDES, Scarance Fernandes. *O Papel da Vítima no Processo Criminal*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 15.

<sup>3</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Tradução Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984, p. 93: “*El control del delito deja de ser tarea de la víctima, socialmente tolerada, para pasar a ser competencia del Estado, que se convierte en exclusivo detentor del monopolio de la reacción penal, correspondiéndole en exclusiva la realización violenta del interés de la víctima, a la que, a su vez, se le prohíbe con conminación de una pena castigar por sí misma la lesión de sus intereses*”.

Justamente por isso, há, hoje, forte tendência, iniciada pelos penalistas<sup>4</sup> e encampada pelas instituições<sup>5</sup>, para que o processo acusatório ceda espaço a um processo de partes, no qual conciliação assuma um papel decisivo. E assim, a partir de recente posicionamento da criminologia, destacado principalmente nas últimas cinco décadas, aponta-se que não se deve perder de vista a relação triangular formada pelo delinquente, vítima e Administração da Justiça Penal.

O 1º Congresso Internacional de Vitimologia (Jerusalém - 1973) recomendou às nações que criassem um instrumento oficial de compensação às vítimas de crime, independentemente da reparação material feita pelo próprio autor do fato. Seguiram-se os Congressos de Boston (1976), Münster (1979), Tóquio/Kyoto (1982), Zagreb (1985), Jerusalém (1988), Rio de Janeiro (1991), Adelaide (1994) e Amsterdam (1997) os quais deram maior concretização às preocupações com a vítima na dinâmica do sistema penal.

### 3. AS VÍTIMAS INVISÍVEIS.

Fato do maior interesse científico consiste em que os vetores acima mencionados (criminologia crítica, pós-guerra e funcionalismo penal) não conseguiram jogar luz nem provocar reflexões sobre determinados tipos de vítima e processos de vitimização.

Tratam-se de indivíduos ou grupo de indivíduos que sofrem com ações injustas e ilegais praticadas por outros indivíduos, grupos de indivíduos, instituições, sociedade e pelo Estado, sem que, contudo, sejam vislumbradas como vítimas de algo relevante.

Tais grupos têm em comum a sua condição de vulnerabilidade. São pessoas que não estão em condições de fazer frentes aos perigos externos aos quais estão inexoravelmente expostos, sendo incapazes de afastá-los com seus próprios ativos, seja porque estes são insuficientes, seja porque simplesmente não existem.

A noção de vulnerabilidade social deriva da de exclusão social, mas com esta não se confunde. A exclusão social surgiu como termo para designar indivíduos situados absolutamente à margem da sociedade e sem qualquer possibilidade de participação na vida comum dos cidadãos em um Estado. Já a ideia de vulnerabilidade social surgiu para designar pessoas em situação

---

<sup>4</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 1ª ed., Coimbra: Coimbra, 2003, p. 393: “É hoje bem conhecido, por exemplo, o defasamento e distanciação da comunidade em geral, - e das vítimas em particular – em relação ao labor das instâncias ... Como forma de ruptura desse círculo vicioso, advoga-se de vários lados, *inter alia*, a conveniência do estatuto penal da vítima. Advoga-se, em conformidade, que o processo penal deixe de obedecer a uma lógica exclusiva de controlo, moldando-se antes também, a uma lógica de conflito, ajustando-se melhor à dialética de conflitualidade de que, por via de regra, se alimenta a criminalidade”.

<sup>5</sup> Resolução nº 225, de 31 de Maio de 2016, do Conselho Nacional de Justiça.

intermediária, isto é, que não estão em situação de total exclusão, mas que também não se encontram em condições de acessar qualitativa e quantitativamente os principais equipamentos e serviços sociais de inclusão e participação na vida em sociedade.

Após estudos de criminologia e política criminal, vários desses grupos de indivíduos já foram incluídos na proteção legal, por exemplo, as crianças e adolescentes, idosos, as vítimas de violência de gênero, etc.

Entretanto, ainda existem diversos grupos - alguns deles já formando verdadeiras populações - que absolutamente não são percebidos como vítimas de um contexto lesivo, desumano e degradante. Isso ocorre, justamente, em razão da vulnerabilidade social desses grupos. São populações sem ativos próprios ou insuficientes para alcançar instâncias de cidadania, obter serviços e bens essenciais comuns aos demais integrantes da sociedade. Daí, passam ao largo da visão dos cidadãos; ou, ainda que sejam por estes vistos, não são compreendidos como dignatários de esforços corretivos sobre suas situações<sup>6</sup>.

Como consequência, esses grupos também não são vistos como vítimas. É nesse contexto que se situa o encarcerado.

#### **4. O PRESO**

A quase totalidade de pessoas presas<sup>7</sup> é composta por supostos autores do delito (presos provisórios sobre quem pesam indícios de autoria) ou por autores de crimes, assim reconhecidos pela justiça (condenados por sentença penal com trânsito em julgado). Tais pessoas presas não são percebidas como sujeitos de um processo de vitimização cruel.

Os movimentos de redescoberta da vítima ainda não foram fortes o suficiente para retirar do limbo o preso. Ou seja, o agente apontado como autor de um crime - e que é preso por isso, seja cautelarmente ou em cumprimento de pena - não foi percebido como sujeito de direitos. Veremos, trata-se de uma realidade que pouco se modificou no curso da história.

---

<sup>6</sup> MARTINO, Paolo. *Criminologia: Analisi interdisciplinare della complessità del crimine*. III edizione, Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, Aprile 2009, p. 220: “La mancanza di un’univoca definizione o una precisa classificazione di categorie di vittime collettive, è soltanto indice del fatto che si tratta di un fenomeno in continua e costante evoluzione. Anche in questo caso quando si parla ‘vittime collettive’ non è detto che vi sia una coincidenza esatta tra categorie, criminologicamente e giuridicamente intese. Ben può accadere che ne esistano alcune che hanno un’importanza per il punto di vista criminologico, ma non hanno rilevanza sotto il profilo giuridico. Come del resto può accadere che categorie che prima erano solo di interesse criminologico lo sono poi diventate anche per il piano giuridico. Proprio in questa ultima prospettiva si sono indirizzati alcuni filoni della moderna criminologia sostenendo che essa deve avere come scopo proprio quello di denunciare le nuove sacche di violazione dei diritti umani a prescindere da una preesistente tutela a livello giuridico (H. Schwendinger, J. Schwendinger, 1975) e di indicare al legislatore e al diritto positivo le strade da percorrere per altrettanto nuove forme di tutela”.

<sup>7</sup> Reduzida parcela de pessoas presas é formada por devedores de alimentos e presos por indisciplina militar.

Na antiguidade, não havia pena privativa de liberdade. Esta surgiu na Idade Média. Mas, haviam prisões. E para que serviam, então, as prisões, se o acusado não seria condenado a uma pena de prisão? Para evitar fugas, uma vez que o destino quase certo de um acusado era sofrer a pena de morte ou as penas cruéis, como amputações e açoites. O suspeito da prática criminosa era deixado em calabouços fétidos e escuros, quase sem alimentação e água, até a execução de sua pena capital ou infamante. Mesmo após o surgimento das penas privativas de liberdade, em meados do século XVI, o interior das prisões pouco se modificou. Aqueles que cumpriam penas eram incluídos em estabelecimentos mal iluminados, insalubres, sem ventilação, e onde as assistências médica e nutricional eram praticamente inexistentes.

Com o desenvolvimento da ciência penitenciária, alguns poucos países efetivaram os ensinamentos respectivos e tentaram dar ao cárcere um significado que pudesse ser de algum modo útil para a sociedade, o Estado e o detento. Desenvolveram-se poucas ações objetivando a humanização das condições no cumprimento da pena de prisão e da prisão cautelar. Todavia, as ações dessa natureza, frise-se, foram e são quantitativamente pequenas. Países da América Latina e Central, África, Ásia e parte do Leste Europeu continuam encarcerando pessoas em condições flagrantemente desumanas.

É tranquilo concluir que a pessoa presa esteve à margem de importantes processos evolutivos do sistema penal. Se de um lado a vítima foi muito considerada na Antiguidade até o início da Idade Média, teve sua importância diminuída, mas ressurgiu na pós-modernidade, por outro lado o imputado-encarcerado nunca esteve presente em considerações sérias da maior parte das sociedades ao redor do Planeta. Ao menos, não foi objeto de reflexões capazes de dar efetividade e modificar a realidade prisional.

A percepção do preso como pessoa vitimizada no cárcere deveria ser algo racionalmente fácil de ser alcançada. Uma vez que se considera vítima todo aquele que sofre uma ação ou omissão lesiva e injusta por parte de alguém ou de um grupo de indivíduos, o que, especificamente, explicaria o fato do condenado e o preso provisório serem pessoas em relação às quais não existem percepções de que escancaradamente sofrem flagrantes desumanidades?

A grande parte das nações no mundo consagra, em seus respectivos sistemas jurídicos, o princípio da dignidade da pessoa humana. No Brasil é a dimensão antropocêntrica do Estado Democrático de Direito, prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. Quase todos os países possuem leis que determinam a execução das penas em condições salubres, com assistências diversas aos encarcerados, garantia de tratamento não degradante e, de modo claro, a humanização no cumprimento da pena. A maioria desses Estados não cumprem a próprias leis de execução da pena privativa de liberdade e prisão

cautelar, isto é, abandonam as garantias humanitárias legalmente estabelecidas em favor da população prisional, e o fazem sob um eloquente silêncio da sociedade. As razões do descompasso entre realidade prisional e normas jurídicas formam um complexo vetorial confluyente para um mesmo ponto: a negação da humanidade da pessoa presa.

## 5. A VITIMIZAÇÃO DO PRESO NO CÁRCERE.

Antes da abordagem dos fatores que levam a negação da condição humana do preso por parte da sociedade e do respectivo Estado, é necessário deixar claro que a execução de penas privativas de liberdade e prisões cautelares, especialmente nas regiões acima apontadas (América Latina e Central, África, Ásia e parte do Leste Europeu) faz da pessoa presa uma vítima.

Presos sofrem processos de vitimização *intra muros* que conduzem a um caleidoscópio de desumanidades infamantes, tendo como ponto de partida as más condições materiais e psicológicas das quais se tornam vítimas. A partir destas, o detendo sofre severa dessocialização.

As péssimas condições de assistências materiais (ou falta delas) expressa-se de vários modos. A precária assistência à saúde promove agravos de doenças pré-existentes e o surgimento de novas doenças. Provoca óbitos, abortos e distúrbios mentais da maior gravidade<sup>8</sup>. As horrorosas condições sanitárias levam o preso a contrair doenças dermatológicas e infecções do aparelho gastrointestinal. Em tema de nutrição não é diferente: presos que necessitam de alimentação especial são negligenciados. Por exemplo, um detento diabético deve receber seis refeições diárias, podendo ficar cego se isso não ocorrer. Faltam remédios e profissionais na área de saúde: médicos, dentistas, enfermeiros, auxiliares de enfermagem, psicólogos, etc. Todas as unidades prisionais femininas deveriam ter também um médico ginecologista. Presas devem ser submetidas a exames de rotina em razão do gênero, por exemplo, mamografias. A superpopulação acarreta perda de individualidade e escassez de servidores no sistema, que por sua vez reflete-se negativamente em toda a administração penitenciária.

Uma vez que a realização da custódia do preso, definitivo ou provisório, é de integral responsabilidade do Estado, como não dizer que é o próprio Estado

---

<sup>8</sup> LIMOCIA, Leandro. *Diritto penitenziario e dignità umana*. Pubblicazioni della Facoltà di Studi Politici e per L'Alta Formazione Europea e Mediterranea "Jean Monnet" della Seconda Università degli Studi di Napoli. Sezioni: Quaderni 40. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 220: "L'ingresso in carcere del detenuto è vissuto con profondo disagio, in un bollore di stress psico-fisico-affettivo, un senso di vergogna nei confronti dei propri familiari. Insomma, il detenuto è costretto a dover gestire innumerevoli cambiamenti ambientali e personali, molto complessi, dalla perdita della libertà alla gestione degli spazi; dalle diverse situazioni di relazione con i detenuti e le altre figure previste nel carcere, alla sottocultura del carcere".



quem agride o detento, fazendo-o de modo degradante? Tendo em vista que a pena é apenas e tão somente privativa de liberdade, não atingido outros direitos do condenado<sup>9</sup>, como justificar a legitimidade de uma lesão praticada pelo poder público estatal contra a condição humana de alguém detido em suas cadeias imundas?

Muitos outros contextos vitimizam o detento. A detenção em estabelecimentos penais em locais distantes dificultam as visitas, quando não as impedem por completo, promovendo o distanciamento familiar e afrouxamentos de importantes vínculos afetivos, talvez os únicos que o detento ainda tenha. A ausência de oferta de trabalho e educação levam ao empobrecimento moral do indivíduo preso, impedem que obtenham acréscimos de cidadania e também subtraem do encarcerado valiosas possibilidades de readaptação ao meio aberto. Atualmente, estima-se que aproximadamente mais de 80% dos presos brasileiros não têm acesso ao trabalho nas unidades prisionais. Esse percentual é ainda pior quando se trata de atividades laborativas com reais condições de empregabilidade futura e atenção às necessidades do mercado de trabalho.

A ausência ou débil presença do Estado no efetivo cumprimento da pena torna o detento refém de grupos e lideranças que naturalmente formam-se no interior dos locais de privação de liberdade. Ao sujeitarem-se a tais pessoas ou grupos, os detentos passam a dever obediência a estes e a ter nos mesmos a referência que deveriam ter no Estado<sup>10</sup>. Eis que é assim que se inverte a ordem das coisas, infligindo-se sobre o detento nova forma de vitimizá-lo, consistente em sujeitá-lo ao poder paralelo das facções criminosas, exercido de maneira temível e mortífera.

O condenado, afinal, também se torna vítima do Judiciário, que não extingue antecipadamente as penas privativas de liberdade por motivo de excesso ou desvio de execução, o que deveria ser feito tendo em vista a lesão contra bens e direitos fundamentais do indivíduo preso: sua moral e sua saúde

---

<sup>9</sup> Art. 3º da Lei de Execução Penal: Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

<sup>10</sup> LEAL, César Barros. *Execução Penal na América Latina à luz dos direitos humanos; uma viagem pelos caminhos da dor*. 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2010, p. 107: “Tão vergonhoso quanto as condições infra-humanas das prisões atulhadas, que constituem um castigo sobre castigo, é dizer, uma sobrepena para seus moradores, é o autogoverno (uma tendência em alça de alguns países, o Brasil entre eles, e que teve na prisão *La Mesa*, no México, um exemplo desonroso durante anos), ou seja, o domínio dos cárceres por nutridos grupos de internos, czares do crime organizado, embusteiros poderosos, que não aceitam as normas oficiais, exercem uma autoridade *de facto* e ditam suas pautas não escritas de comportamento – de acordo com as quais hão de atuar os demais, posto que essa é a regra do jogo da vida, parafraseando o professor Spencer, personagem da novela *The Catcher in the Rye*, de Jerome David Salinger - , aplicam sanções, decidem quem deve morrer ou viver, ao mesmo tempo em que vedam o acesso a determinadas áreas do estabelecimento penal, alugam pequenas barracas, vendem serviços e produtos, (alimentos, bebidas alcoólicas, armas, colchões, proteção) e comandam a extorsão, o narcotráfico (dentro e fora) e o mercado do sexo”.

física e psíquica. Por exemplo, um preso diabético que fica cego por não ter recebido dieta adequada na penitenciária deveria ter sua pena extinta antecipadamente, por excesso de execução.

Bem estampado, portanto, o preso torna-se vítima do sistema prisional, sob diversos aspectos, por culpa ou dolo do Estado e omissão da sociedade.

No Brasil, responder à questão das péssimas condições penitenciárias com o argumento de que se trata de uma consequência dos limites orçamentários, decorrente da falta de recursos financeiros, é uma simplificação demasiadamente equivocada. Ora, no Brasil os cofres nunca estiveram tão cheios quanto no início do século XXI e, ademais, existem experiências administrativas nacionais exitosas que demonstram a viabilidade da execução da pena privativa de liberdade despendendo-se menos da metade do que se gasta por preso em um mês.

Interessa mais à sociedade que os muros e grades – esses sim – estejam bastante íntegros, a fim de impedir fugas. No mais, isto é, sobre as condições gerais dentro de uma unidade prisional, ora ...

## **6. O PRESO COMO NÃO HUMANO.**

Uma vez estampadas as infamantes condições de cumprimento de pena, podemos, agora, discorrer sobre os motivos pelos quais se nega tratamento humano ao preso.

O primeiro motivo decorre da polarização que se estabelece entre o ofensor e o ofendido. Por razões de psicologia social, o ofensor é automaticamente compreendido pela sociedade como uma entidade negativa, comunitariamente indesejável e merecedora de castigo. Ao mesmo tempo, a sociedade tende a identificar-se com a vítima do delito, colocando-se em seu lugar de pessoa lesada por uma conduta injusta praticada pelo criminoso. O ofendido é destinatário de especial atenção social, que vê nele um ente emblemático, para quem confluem preocupações de restabelecimento da paz e reparação do dano. Polarizam-se, assim, de um lado o ofensor, como aquele que representa o injusto, o que é “errado”, o que é “mal” e; de outro lado, a vítima e a sociedade que a observa, sendo que a sociedade automaticamente se identifica com o polo do “certo”, com o polo do “bem”, simplesmente por decorrência de sua condição passiva e de não ter cometido o mesmo ato criminoso. Isto é, todo e cada cidadão que não praticou o fato criminoso, justamente por não ter feito o “mal”, compreende a si mesmo como sendo o “bem”.

Estabelece-se a seguinte lógica, na qual o indivíduo diz para si mesmo: “eu não fiz o ‘mal’, logo eu sou o ‘do bem’”. Desse modo ocorre forte polarização cujos efeitos refletem-se na exclusão social do detento, pouco importando suas condições prisionais.

Ademais, após estabelecida essa polarização, a respectiva alteração se torna muito difícil, isto é, desde que identificados os postos de ofensor/preso e sociedade/vítima, dificilmente se conseguirá vislumbrar no encarcerado uma vítima institucional do sistema prisional por desumanidades ou crueldades no cumprimento da pena privativa de liberdade ou da prisão cautelar. A tendência é a de que os papéis se perpetuem, ou seja, que o detento permaneça como ofensor eterno e que a sociedade continue sempre como vítima.

Também, colabora para a desumanização da pessoa presa o fato de que o delito é conduta que, segundo teoria dominante, lesiona um bem jurídico. O portador ou detentor desse bem jurídico – seja ele individual ou coletivo – é justamente a vítima. Ou seja, o ataque contra o bem jurídico acaba por ser personificado, seja em um indivíduo seja na coletividade. Com isso, o bem jurídico ganha corpo, rosto, nome, fala e expressões vivas, o que colabora para o incremento da aversão social contra o causador do dano ou perigo.

A mídia, por sua vez – graças aos elevados índices de audiência que decorrem desses mecanismos psicológicos sociais de polarização e exclusão – encarrega-se de dar coloridos e contornos execráveis ao autor do fato, situando-o em zona de guerra contra a sociedade. A mensagem midiática assim formada entra na vida das pessoas em seus momentos cotidianos, dentro e fora de casa, com dramaticidade capaz de afetar o mais equilibrado monge.

Outrossim, a passagem do suposto autor do fato para o âmbito de custódia gerido pelo Estado provoca nas pessoas a sensação de que o cumprimento de um certo rito oficial confere legitimidade ao processo, independentemente do quão nocivo ou contraproducente seja o respectivo resultado<sup>11</sup>. Uma vez que o suposto autor do delito venha a ser preso, por ordem escrita e fundamentada de magistrado em um processo-crime, passará a ter quase toda a sua vida ordenada pela administração pública, mais precisamente, pelo Poder Executivo, que por sua vez sofre a supervisão do Poder Judiciário. O cumprimento desses procedimentos oficiais anestesiam a consciência dos cidadãos quanto ao que se passa com o detento, como se tudo o que sofre fosse próprio e lícito, inerente a um contexto de coisas que não pode, nem deve, ser modificado. Justifica-se a violência institucional da prisão sobre o detento.

Surge uma situação de difícil compreensão. O preso é pessoa em relação a quem não se tolera a lesão ao bem jurídico. Todavia, admitem-se violações de seus bens jurídicos, sem que isso seja percebido como uma agressão apta a deflagrar uma reação jurídica dotada de efetividade.

---

<sup>11</sup> LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 30.

A luz desses fatores surge questão assaz interessante: a vitimização do detento é uma questão de invisibilidade, isto é, trata-se de cegueira social sobre sua condição humana? Sim, sem dúvida.

Os fatores acima apontados promovem a invisibilidade da pessoa presa, ou mais precisamente, cegam a sociedade, que é incapaz de ver naquela pessoa detida um semelhante do gênero humano.

Mas, não só o detento é invisível. Todo o sistema penal também o é, bem como o contexto sócio-familiar do preso. Aliás, a própria sociedade não percebe a si mesma como sendo também lesada em seu direito à ressocialização do preso. Vejamos.

## **7. A INVISIBILIDADE SISTÊMICA.**

É incompleto dizer que o preso é invisível, enquanto alvo de desumanidades. Essa invisibilidade deve ser completada por outra. Também são invisíveis os profissionais que trabalham no sistema penitenciário e os recursos materiais respectivos.

De modo bastante claro, não há preocupação social com relação à escassez de profissionais no sistema prisional. Tampouco com relação à qualificação desses trabalhadores ou à disponibilização de cursos de profissionalização continuada.

Diversos são os profissionais que trabalham no sistema: agentes penitenciários (que se subdividem executando tarefas de controle e trânsito interno, portaria, segurança de muralhas e administrativas), psicólogos, assistentes sócias, advogados, médicos, enfermeiros, auxiliares de enfermagem, dentistas, etc.

Todos possuem grande relevância para o bom desempenho do sistema. Entre todos, o agente penitenciário é o que está mais presente no cotidiano do encarcerado, e por isso, possui relevância destacada. Em vários momentos do dia-a-dia do detento, o agente penitenciário é o mais importante, eficiente e eficaz instrumento e meio de contato daquele com a administração prisional e com o meio externo. Todas as necessidades e angústias do detento são – antes e primeiramente – reveladas ao funcionário que trabalha junto às grades. É profissional que frequentemente torna-se o (único) destinatário dos relatos das primeiras aflições e temores do recluso, de suas ansiedades e agruras. Ele é um misto de psicólogo e confidente. É nesse profissional que o sistema tem um de seus maiores trunfos para a ressocialização dos presos.

Paradoxalmente, é o profissional que mais falta, sendo que, aos poucos que atuam, dispensam-se insuficientes cursos de formação e qualificação continuada.

Evidentemente, isso pouco importa para a sociedade. A esmagadora maioria das pessoas sequer sabe da importância desse profissional que é a alma

do sistema prisional. Pouco conhece suas responsabilidades e habilidades. Quase nada entende sobre seu papel fundamental para os fins almejados pelo sistema prisional.

Não menos imperceptíveis são as condições materiais de uma unidade prisional. De modo geral, todos nós sabemos, por ouvir dizer, que as condições de cumprimento de pena ou de prisão provisória no Brasil são muito ruins. No entanto, não se especifica isso materialmente. Ou seja, evita-se tornar público que em diversas unidades prisionais existem alas inteiras interditadas pelos mais diversos motivos, aumentando ainda mais a falta de leitos.

As unidades prisionais padecem de graves problemas no sistema de água e esgoto, frequentemente entupidos, deficientes e insuficientes. Poucos locais possuem ventilação cruzada, luminosidade adequada, equilíbrio bio-ambiental na cela e nos espaços de convivência. Mofo e humidade são facilmente encontrados. Também há mal cheiro persistente, cujos odores variam desde o de fezes frescas até o de lixões (muitas unidades prisionais no Brasil estão próximas a áreas de descarte de lixo). Insetos (como percevejos, baratas, pulgas, etc.) e animais maiores (como ratos, pombos, urubus, etc.) são encontrados nas celas ou nas áreas de convivência, como o pátio de sol.

Prova segura da invisibilidade do sistema é o fato de que não existem indicadores de eficiência e gestão prisional. O sistema sequer dispõe de ferramentas de análise de dados sobre suas ações e resultados.

Sobre isso tudo a sociedade não se pronuncia. E por isso, é possível concluir que não apenas a população prisional, mas também o sistema penitenciário é invisível.

## **8. A INVISIBILIDADE DA FAMÍLIA DO PRESO.**

Além do sistema e do próprio detento, a família deste também se torna vítima do sistema prisional. A mesma escassez de recursos humanos e materiais que quase aniquila as possibilidades de ressocialização do detento, atinge igual e severamente a manutenção dos laços familiares do condenado ou preso provisório.

Isso ocorre porque a falta daqueles recursos impõe demorada realização de procedimentos de segurança para os familiares que chegam às unidades prisionais para visitar seus parentes reclusos. Esses procedimentos são também frequentemente vexatórios (motivado pelo receio de ingresso de drogas e armas no estabelecimento penal)<sup>12</sup>, de modo a desestimular a visitação por parte de quem tem que se submeter a eles.

---

<sup>12</sup> GONZÁLES-PALENZUELA, Francisco Javier & RAMÍREZ, Vicente Rodríguez. *Reglamento penitenciario; comentarios, jurisprudencia, concordancias, índices analíticos y de jurisprudencia*. 2ª ed., Madrid: COLEX, 2011, p. 148: “Aunque no es la única vía de entrada (quizás habría que contabilizar los

Afinal, no momento em que o visitante consegue chegar ao pátio interno do estabelecimento penal, nenhum recurso ou equipamento de convivência familiar é disponibilizado. Tampouco instalações para a realização de visitas íntimas, as quais tem por objetivo principal manter os laços familiares do detento e não satisfazer suas necessidades sexuais.

Em outras situações, o preso é transferido para estabelecimento penal de difícil acesso para seus familiares e amigos. Essa dificuldade pode ser decorrente da distância, da dificuldade de transporte ou de ambos. Em qualquer caso, é provável que o transporte seja fornecido ou facilitado pelos integrantes do crime organizado. E caso isso ocorra, como de fato ocorre em diversas situações, o detento e seus familiares se tornarão vinculados àqueles agentes das facções criminosas que os ajudaram na realização das visitas.

Além do claro desvio do objetivo de ressocialização, tal situação termina por violar a garantia constitucional de que nenhuma pena passará da pessoa do condenado (artigo 5º, XLV). Referida garantia não pode ser lida com os olhos voltados unicamente para a sua origem histórica, de uma época em que os parentes do condenado também respondiam pelos delitos deste. A interpretação atual dos valores transportados pelo supracitado direito constitucional tem que ser compreendida também no contexto da sociologia jurídica, mais precisamente, da sociologia do cárcere, a qual põe em relevo que os familiares do condenado de fato sofrem com as deficiências institucionais da administração penitenciária, sem que tenham qualquer responsabilidade por isso.

Aqui, também, a cegueira social é um fato.

## **9. PERCEPÇÃO DO DIREITO SOCIAL À RESSOCIALIZAÇÃO.**

Entretanto, o que causa especial perplexidade é a não percepção social de que a vitimização do detento pelas instituições prisionais é uma questão de atingimento negativa e diretamente a própria sociedade,

Para compreender isso é necessário que partamos da análise dos fins da pena. Segundo doutrina majoritária, até o momento em que a pena é fixada em sentença penal condenatória, a finalidade da sanção é a prevenção geral positiva, assim compreendido o fim de reafirmar a confiança social na norma jurídico-penal violada pelo agente.

Após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória que aplica uma pena privativa de liberdade, dois objetivos surgem concomitantemente: 1)

---

permisos de salida, las comunicaciones de convivencia, paquetes u otras), las comunicaciones íntimas y familiares constituyen la principal. Significa esto que las medidas de seguridad previstas (...), son eficaces pero insuficientes y que su uso debe estar restringido a la sospecha, al indicio o a la suposición y no a la utilización indiscriminada (pensamos en las consecuencias de un uso sistemático del desnudo integral de los visitantes)".

cumprir o dispositivo da sentença penal condenatória, e; 2) promover a ressocialização do condenado. A Lei de Execução Penal afirma esse duplo objetivo em seu art. 1º, ao determinar que a execução da pena deve “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal” e ao mesmo tempo “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Embora a LEP não use a expressão “ressocialização”, é claro o seu mandamento dirigido ao Estado para que este atue com o objetivo de que a pessoa presa retorne ao meio aberto portando um patrimônio de sociabilidade consistente.

A segunda finalidade (promover a ressocialização do condenado) se sobrepõe à primeira (cumprir o dispositivo da sentença penal condenatória)<sup>13</sup>. Entretanto, existem dificuldades desde muito tempo conhecidas para se admitir que o fim principal da pena de prisão em execução é a ressocialização, uma vez que nisso reside um paradoxo<sup>14</sup>. Como ressocializar alguém que está, justamente, atrás das grades e distante da sociedade? Ademais, nem todos os condenados necessitam de ressocialização, como por exemplo os criminosos do colarinho branco ou, até mesmo, os autores de crimes violentos cujo delito representa um fato absolutamente isolado em sua vida.

De qualquer forma, é perigoso abandonar o ideal de ressocialização na execução da pena de prisão, devido ao risco considerável de retrocesso à um direito penal autoritário, por sua vez decorrente da retirada do âmbito execução da pena da sua mais propalada finalidade útil.

Aqui não é a sede para se discutir o conceito que se deve atribuir à ideia de ressocialização, tendo em vista a extensão que tal exposição exige. Importa, isso sim, sublinhar que qualquer que seja, a atividade de ressocialização possui um conteúdo mínimo, sempre presente em todas as linhas científicas que exploram sua conceituação, qual seja, o de que se trata de atividade que incide sobre o detento, de tal modo que este não poderia deixar o cárcere e ganhar sua liberdade em condições piores de socialização que aquelas presentes no dia em que ingressou no sistema penitenciário<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> LAGUIA, Ignacio Muñagorri. *Sanción penal y política criminal. Confrontación con la nueva defensa social*. Madrid: Reus, 1977, p. 127: “Pero, sin olvidar el objetivo preventivo-general, la actuación de la policía, del juez y de la ejecución de la sanción sobre el autor, hacen que la prevención especial cobre, sobre todo en la fase de ejecución, una importancia prioritaria”.

<sup>14</sup> VILLALBA, Francisco Javier de León. La pena privativa de libertad en el derecho comparado. In: VILLALBA, Francisco Javier de León. *Derecho y prisiones hoy*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 25: “Y desde hace muchos años ya, prácticamente desde el segundo tercio del siglo XX, se discute la validez del binomio resocialización-ejecución carcelaria, en unos casos por la falta de contenido del primer concepto, en otros por la inadecuación de los sistemas del segundo y, casi siempre, por la falta de una relación bidireccional entre ambos conceptos que son ya casi míticos en el mundo del derecho penal y penitenciario”.

<sup>15</sup> CONDE, Francisco Muñoz. *Derecho penal y control social*. Jerez-Espanha: Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 117: “He aquí, pues, el único sentido que pude y debe tener en la realidad penitenciaria española el concepto de resocialización y de tratamiento que le es inherente: procurar la no desocialización del delincuente o, en todo caso, no potencializarla con instituciones de por sí desocializadoras”.

Isso significa que sempre e sempre a ressocialização tem conteúdo mínimo de *não dessocialização*. O detento não deve e não pode obter a liberdade em situação pior de sociabilidade que aquelas existentes no momento em que foi preso. Isso é direito seu. *E também é direito da sociedade*. Todo e qualquer cidadão tem o direito de exigir do Estado o desenvolvimento da atividade de execução da pena privativa de liberdade com atenção a esse conteúdo mínimo. Pois do contrário, tal atividade será contraproducente. E não se pode admitir que o Estado despenda forças e invista em uma atividade que resulta em piora da vida em comum.

A sociedade não consegue perceber que ela mesma é prejudicada pela vitimização sofrida pelo egresso durante o tempo em que este esteve atrás das grades. A dessocialização pode se dar em vários níveis. Em todos será socialmente indesejável e contraproducente.

Em um nível leve, pode ser que apesar da dessocialização sofrida, o egresso consiga evitar a prática de novos delitos e integrar-se harmonicamente à sociedade, desde que sejam feitos alguns investimentos estatais *junto ao e para* o egresso a fim de que obtenha trabalho, convívio familiar e social regulares.

Todavia, em níveis mais elevados de dessocialização, pode ocorrer que por mais investimentos sociais e assistências endereçadas *junto ao e para* o egresso, este não seja capaz de suportar mínimas frustrações e, ao passar por tais situações, não consiga reagir de modo não violento e racional. Em tais casos, o que se vê são as respostas violentas dadas pelo egresso para contratemplos que normalmente são experimentados por qualquer pessoa no cotidiano contemporâneo.

Tampouco a sociedade percebe que os déficits de humanização sofridos pelo detento durante o encarceramento também a atingem em seu direito fundamental à segurança pública. Vejamos. Como já dito acima, as más condições carcerárias são frequentemente supridas pelos líderes de facções criminosas. Imaginemos uma situação nada improvável: certa pessoa presa cumpre pena ou prisão provisória e necessita de um determinado medicamento. Todavia, a administração penitenciária não o provê. Outro preso, com liderança naquele espaço, obtém o medicamento e o fornece ao primeiro. Este, quando deixar o cárcere, o fará na condição de devedor do grupo criminoso ao qual está vinculado aquele que lhe deu o remédio. O egresso – por falta de recursos financeiros – pagará sua dívida com a facção executando ordens e ações que sejam do interesse do grupo criminoso. Tais ordens e comandos usualmente consistem na prática de assaltos, tráfico de drogas, furtos, etc.

Eis, então, a sociedade agredida mais uma vez, por responsabilidade do Estado que permitiu a vitimização do detento. Ou seja, o direito à



ressocialização é um direito que não pertence apenas ao condenado ou preso provisório, mas também, e sobretudo, à sociedade.

## 10. CONCLUSÕES.

Na antiguidade a vítima ocupava ao lado do ofensor, papel relevante na questão delitiva, podendo vingar-se de seu ofensor ou de seus familiares. Com o passar dos séculos e a estruturação do Estado, o monopólio do direito de punir e de sua execução passou para as mãos do Poder Público. Ao mesmo tempo, a vítima perdeu importância enquanto pessoa humana que sofrera uma ação injusta e lesiva.

O esquecimento da vítima promoveu sua “coisificação” e o sistema catalogou-a como mero objeto de prova no processo penal.

Após a 2ª Guerra, inicia-se movimento de redescoberta da vítima e de sua condição humana, com atenção para das perdas materiais e espirituais que experimentou, voltando a ser destinatária de preocupações sociais e do Estado em relação à reparação dos danos decorrentes da prática do delito.

Entretanto, algumas espécies de vítimas passaram e ainda passam despercebidas, principalmente em razão de suas respectivas vulnerabilidades sociais. São grupos de pessoas com escasso acesso à cidadania e aos respectivos equipamentos que a promovem, sendo essa débil participação na vida em sociedade que as torna praticamente invisíveis aos olhos dos demais cidadãos.

Dentre esses grupos, um dos mais emblemáticos são as populações carcerárias, cuja invisibilidade é favorecida pelos muros que as separam da sociedade em meio aberto.

É assim, que o preso - seja por sentença penal condenatória com trânsito em julgado, seja por motivo de prisão cautelar - perde sua visibilidade social e passa a sofrer todo tipo de lesões, especialmente àquelas dirigidas contra sua condição humana.

Inicia-se, dentro dos estabelecimentos penais, um processo de vitimização incidente sobre a pessoa presa, privando-a de saúde, educação, trabalho, manutenção dos vínculos familiares, higiene, convívio digno com os demais detentos e funcionários do sistema prisional, estes, também, aliás, outro grupo de vítimas da invisibilidade social.

A perda da dignidade humana que o detento sofre faz letra morta da garantia inscrita no artigo 5º, inciso XLIX da Constituição Federal. Onde se afirma que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, o direito morreu. As infamantes condições de cumprimento de pena, com o aval do Estado que se respalda na inércia da sociedade, criaram celas cuja bioambiência é semelhante à das masmorras medievais.

É como se houvésemos retornado aos tempos em que a vingança pública substituiu a privada. Tempos em que o poder central dispunha do corpo do autor do fato, aplicando-lhe penas cruéis, todavia, com a diferença de que a sociedade daqueles tempos não ignorava o sistema. Sabia exatamente o que se passava com os condenados da época. Já nos tempos de hoje, a sociedade nem mesmo deseja confrontar o sistema prisional contemporâneo – no sentido de *olhar para ele* ou admitir que ele existe nas condições em que existe. O sistema é socialmente invisível. E tudo que ele contém - trabalhadores, bens e estruturas – também o são.

Familiares do preso tornam-se vítimas desse sistema, junto com o detento. As conhecidas dificuldades para o exercício do direito de visitas fazem com que os laços familiares afrouxem-se e com que se perca o pouco que resta das referências afetivas externas do detento.

Impressiona que a sociedade ainda não tenha percebido que a agressiva atividade do Estado contra o preso, que lhe retira a dignidade humana e o põe sob o jugo de facções criminosas, é uma atividade contraproducente que atinge negativa e severamente também a própria sociedade. A ressocialização do detento tem um conteúdo mínimo, qual seja, o de que o detento - no dia em que retornar ao meio aberto - o faça em melhores condições de sociabilidade que aquelas que possuía no momento e quem foi preso.

Toda vez que o preso deixa o cárcere com um patrimônio de socialização menor que aquele que detinha ao ingressar na prisão, não somente o egresso sofre com isso. Toda a sociedade também, com prejuízos imponderáveis.

## BIBLIOGRAFIA

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça – CNJ, Resolução nº 225, de 31 de Maio de 2016.

CONDE, Francisco Muñoz. *Derecho penal y control social*. Jerez-Espanha: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 1ª ed., Coimbra: Coimbra, 2003.

FERNANDES, Scarance Fernandes. *O Papel da Vítima no Processo Criminal*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

GONZÁLES-PALENZUELA, Francisco Javier & RAMÍREZ, Vicente Rodríguez. *Reglamento penitenciario; comentarios, jurisprudencia, concordancias, índices analítico y de jurisprudencia*. 2ª ed., Madrid: COLEX, 2011.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Tradução Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984, p. 93.

LAGUIA, Ignacio Muñagorri. *Sanción penal y política criminal. Confrontación con la nueva defensa social*. Madrid: Reus, 1977.

LEAL, César Barros. *Execução Penal na América Latina à luz dos direitos humanos; uma viagem pelos caminhos da dor*. 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2010.

LIMOCCIA, Leandro. *Diritto penitenziario e dignità umana*. Pubblicazioni della Facoltà di Studi Politici e per L'Alta Formazione Europea e Mediterranea "Jean Monnet" della Seconda Università degli Studi di Napoli. Sezioni: Quaderni 40. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MARTINO, Paolo. *Criminologia: Analisi interdisciplinare della complessità del crimine*. III edizione, Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, Aprile 2009.

PROYECTO ALTERNATIVO SOBRE REPARACIÓN PENAL – Proyecto de un Grupo de Trabajo de Profesores de Derecho Penal Alemanes, Austríacos y Suizos. Tradução Beatriz de la Gándara Vallejo. Buenos Aires: CIEDLA, 1998.

VILLALBA, Francisco Javier de León. La pena privativa de libertad en el derecho comparado. In: VILLALBA, Francisco Javier de León. *Derecho y prisiones hoy*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.



# **DIVULGAÇÃO DESAUTORIZADA DE CONTEÚDO ÍNTIMO E OS PROCESSOS DE VITIMIZAÇÃO**

## *UNAUTHORIZED DISCLOSURE OF INTIMATE CONTENT AND THE VICTIMIZATION PROCESS*

**RENATO WATANABE DE MORAIS**

*Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Professor de Direito Penal, Processual Penal e de Criminologia da Universidade de Santo Amaro. Presidente da Comissão de Atualização do Vocabulário Básico Controlado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Palestrante e Advogado.*

**DÉCIO FRANCO DAVID**

*Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor Substituto de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogado.*

**RESUMO:** A divulgação para terceiros de imagens e vídeos privados é prática recorrente numa sociedade marcada pela ânsia do registro visual e que tem a falta de empatia, potencializada pelos processos de interação pessoal intermediados por dispositivos conectados à internet, como uma de suas características marcantes. A imagem da mulher carrega vários símbolos morais que a torna vítima costumeira e sobre quem as consequências se mostram mais severas. Se já se sabe a baixa eficácia do Direito Penal em impedir eventos indesejados, cabe a reflexão acerca de meios outros para a prevenção e redução de danos dessas condutas.

**Palavras-chave:** Vitimologia. Disseminação não consensual de conteúdo íntimo. Mulher. Redução de danos. Políticas públicas.

**ABSTRACT:** Disclosure of private images and videos for third parties is a standard practice on a society marked by the desire of visual records and has the lack of empathy, enhanced by personal interaction processes mediated by devices connected to the Internet, as one of its striking features. The image of women carries many moral symbols that makes them customary victims and whose consequences are more severe. If it is already known the low effectiveness of Criminal Law to prevent unwanted events, it is desirable to work on other ways for prevention and harm reduction of these behaviors.

**Keywords:** Victimology. Non-Consensual Intimate Images. Women. Harm reduction. Public policies.

## INTRODUÇÃO

O uso de tecnologias de informação e comunicação avançou a determinado ponto que pode ser visto como elemento estruturante de nossa atual organização social, dada a dependência de vários serviços aos avanços virtuais. Paralelamente, porém, observa-se o crescimento da utilização dessas ferramentas enquanto meio de perpetrar agressões. Se, por um lado, as ofensas às honras alheias são as manifestações mais corriqueiras e mitigadas, do outro, a divulgação pública de imagens íntimas sexuais deve ser alvo de maior preocupação.

O corpo humano e o sexo ainda são marcados por diversos tabus e símbolos<sup>1</sup>. Isso se torna mais evidente quando se dá a exposição indevida de uma mulher, cujo comportamento se encontra sob expectativas morais mais rigorosas.

Surgem, portanto, processos vitimizatórios diversos. Se a divulgação do material ocorre e somente a mulher consegue ser identificada no material, é facilitada a percepção dos três níveis de vitimização dela. Todavia, na hipótese de a disseminação do conteúdo conter tanto o homem quanto a mulher, as vitimizações secundária e, principalmente, terciária, não são percebidas na mesma intensidade por ambos.

Procurar-se-á, portanto, elucubrar acerca do fenômeno e como a figura da mulher sofre mais as consequências e, ainda, procurar apontar caminhos para a prevenção e para a redução dos seus efeitos nocivos, que não estejam adstritos à ampliação da atuação do Direito Penal.

### 1. DIVULGAÇÃO DE CONTEÚDO ÍNTIMO

A facilidade de armazenamento de conteúdo e troca de informações pela internet propiciou a intensificação de compartilhamento de mídias antes restritas a nichos comerciais. Se antes a pornografia era restrita em sua produção e distribuição, atualmente, catalisada pela internet e, também, por

---

<sup>1</sup> Embora, atualmente, exista forte corrente doutrinária defensora da impossibilidade de tutela penal de tabus e valores morais (Cf. ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 20-25; HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 36; GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord). *Novos rumos do Direito Penal Contemporâneo*: Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 411; DAVID, Décio Franco; ZAMBAZI, Larissa Horn. O papel do bem jurídico e a estrutura do delito no Sistema Penal. In: BUSATO, Paulo César. *Fundamentos do Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 52-53), o Supremo Tribunal Federal, em decisão de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, proferida em 2011, afirmou que a moralidade sexual e os bons costumes são “valores de elevada importância social a serem resguardados pelo Direito Penal” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 104.467*, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 08/02/2011, DJe-044, Divulg. em 04/03/2011, public. 09/03/2011 Ement. Vol-02477-01 PP-00057) demonstrando a necessidade de inserir a presente temática em debates.

uma gradual e lenta desmitificação do corpo, qualquer pessoa pode ser o modelo e o fornecedor.

É certo, não se olvida, de que o corpo, sobretudo o feminino, é controlado numa moral rígida que contribui para o molde do caráter do indivíduo. Em outras palavras, a maneira como a pessoa lida com o seu próprio corpo é visto como edificante de sua imagem perante a sociedade, impondo severa desqualificação nas hipóteses que não atendam a determinados ditames sociais, em especial ao sexo<sup>2</sup>. O corpo, nesse contexto, é hiperdimensionado na construção da imagem da mulher, de forma que sua vida sexual acaba lhe dizendo mais que sua capacidade construtiva ou socialmente agregadora, pouco importando suas habilidades e aptidões, mas sobrevalorizando seu recato<sup>3</sup>.

Não se pode ignorar, porém, ganho, ainda que diminuto, de autonomia pela mulher sobre seu corpo, principalmente, a partir da década de 1960. Encontra-se nesse período histórico diversas reivindicações no mundo ocidental, impulsionadas por novas doutrinas filosóficas e por avanços da medicina, como a pílula anticoncepcional. Até então, as principais pautas do movimento feminista que mais era permitida voz, majoritariamente, estavam adstritas à participação na política (a princípio, participação nos pleitos) e direitos civis<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Acerca das raízes e as formas como se dão a repressão da sexualidade feminina, ver ROBINSON, Patricia Murphy. *The Historical Repression of Women's Sexuality*. In: VANCE, Carole S (org.). *Pleasure and Danger: exploring female sexuality*. Boston: Routledge & Kegan Paul, 1984, p. 251-266.

<sup>3</sup> Especificamente quanto aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, verifica-se eles só foram reconhecidos como direitos humanos e fundamentais após um longo processo histórico, marcado por avanços e retrocessos que acompanham os movimentos de lutas feministas, notadamente quanto à extensão do conceito de família e do núcleo familiar, além dos métodos de concepção e contracepção, filiação e costumes ligados ao casamento. Sobre o assunto, PEGORER, Mayara Alice Souza. *Os direitos sexuais e reprodutivos da mulher e a atuação estatal: O respeito à diferença múltipla como fator orientador de políticas públicas de gênero*. 2013. 161. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, Paraná, p. 15 e ss; BREGA FILHO, Vladimir; ALVES, Fernando de Brito. O DIREITO DAS MULHERES: UMA ABORDAGEM CRÍTICA. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 10, p. 131-142, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/130>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

<sup>4</sup> Nesse sentido, Stuart Hall bem destaca que o feminismo é o quinto movimento de descentramento da identidade, no qual se demonstra o enfraquecimento das políticas de massa e a defesa dos grupos em sua política de identidade. Reestruturando o ser humano cartesiano e sociológico existente até a primeira metade do século passado (Cf. HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: DP & A, 2006, p. 43-46). Não se afasta, porém, que há certa imprecisão ao se definir marcos temporais e que, também, a direta associação entre a história das mulheres e o feminismo não é feita sem problematizações. “A história deste campo não requer somente uma narrativa linear, mas um relato mais complexo, que leve em conta, ao mesmo tempo, a posição variável das mulheres na história, o movimento feminista e a disciplina da história. Embora a história das mulheres esteja certamente associada à emergência do feminismo, este não desapareceu, seja como uma presença na academia ou na sociedade em geral, ainda que os termos de sua organização e de sua existência tenham mudado” (SCOTT, Joan. *História das mulheres*. In: Burke, Peter (org.). *A escrita da história: novas perspectivas*. São Paulo: Editora Unesp, 1992, p. 65).

Assim, observa-se uma diminuição da polícia moral sobre a mulher, a um ponto em que autorretratos mais reveladores, numa primeira análise, não sofrem tanta condenação quanto eventualmente sofreriam cinquenta anos atrás.

Infelizmente, trata-se de uma gradação de moralismo deveras tímida. Se a revelação do corpo já não é mais tão transgressora – ainda que o possa ser –, o julgamento sobre a forma se mantém quase intacto. O anonimato das redes, ou ainda que identificado, a falsa sensação de segurança e a impessoalidade trazida pela tela do computador permite que um sem número de agressões e assédios sejam proferidos contra qualquer mulher, pouco importando, em verdade seu fenótipo.

Ao mesmo tempo, há um fenômeno dúbio. Na era do registro visual, é cada vez mais comum a prática da gravação, por imagem ou vídeo, do próprio ato sexual ou de si mesmo, ou para armazenamento próprio ou para envio a terceiros em específico. Se, inicialmente, enxerga-se uma consequência da suposta revolução sexual acima citada, em que a mulher perderia parte das amarras opressivas sociais e se permitiria ver em tela, por outro lado, sua vontade pode ser sobrepujada pela imposição direta ou indireta do desejo de seu parceiro.

Em tempo, não se pode perder de vista que há uma realidade de perversidade no que tange à mulher e sua sexualidade. Por um lado, existe a revalorização do prazer feminino, mas sem a perda da repressão quando de sua busca. Perde-se o referencial da complexidade da questão quando se analisa a sexualidade das mulheres somente sob o aspecto da violência ou apenas do prazer. Portanto, há de se afastar por completo qualquer possibilidade de enxergar o fenômeno sob o ponto de vista da autocolocação da vítima em risco, não havendo o que se falar em princípio da autorresponsabilidade da vítima<sup>5</sup>, ao menos quando de eventual diminuição de responsabilidade do divulgador do conteúdo, pois nessa hipótese, mostra-se mais uma forma de controle moral da busca feminina pela sua realização<sup>6</sup>.

Retomando, o que será brevemente visto, portanto, é a prática da gravação, seja qual for essa forma, de qualquer ato que possa vir a ter conteúdo privado, mas, mais especificamente, de conteúdo erótico, que, sem a anuência de quem

---

<sup>5</sup> Sobre o princípio e a questão dos crimes sexuais, tema relacionado a este trabalho, ver MARINHO, Renato Silvestre. Princípio da autorresponsabilidade e crimes sexuais. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014, p. 587-614.

<sup>6</sup> Em sentido diverso no que tange às criminalidades virtuais em geral, TANGERINO, Dayane Aparecida Fanti. A (in)aplicabilidade da tese da autocolocação da vítima em risco aos delitos perpetrados por meio das novas tecnologias. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 101-107.



se encontra nessa mídia, acaba por ser espalhada pela rede mundial de computadores.

A divulgação desautorizada de conteúdo íntimo, tratada nesse trabalho, também pode aparecer como vazamento ou *revenge porn*. Porém, em relação a essas duas expressões, guardam-se algumas restrições. Em relação a “vazamento”, semanticamente, seu uso poderia levar à desoneração de responsabilidade do autor da ação, como se não lhe ocorresse a manifestação de vontade de divulgar, dando a impressão de que se trataria de um acidente.

Por óbvio, não se refuta a possibilidade de terceiros terem acesso aos arquivos, sem o consentimento dos atores envolvidos, e, assim, repassar para a internet, para domínio geral, ou para grupos restritos. Entretanto, há de se ter o cuidado de não confundir as duas hipóteses.

Quanto à expressão “*revenge porn*”, traduzindo literalmente como pornografia de vingança, há duas questões. A primeira é que, novamente, não são em todas as ocasiões que o elemento volitivo da vingança está presente. O intuito de obter uma compensação moral não é uma constante e, muitas vezes, pelo caldo cultural em que se está inserido, de falta de empatia com a figura feminina, sequer se tem ciência suficiente das consequências do ato cometido.

Certamente, em havendo imagens de caráter sexual, as consequências sociais tendem a ser mais severas, mas não necessariamente o que foi divulgado será dessa natureza. Para fins dessa pesquisa, o foco será no conhecido como *sexting*, junção das palavras inglesas *sex* e *texting*, que é o envio desse material por aplicativos de mensagens, e também será na publicação em lugares outros que não necessariamente possui um público-alvo determinado (desde que, não haja consentimento). Mas essas não são as únicas possibilidades. Há o compartilhamento de arquivos que não tenham esse cunho, mas que visam prejudicar a imagem da vítima igualmente. Imagina-se, a título de exemplificação, sabendo da carga moral que os entorpecentes carregam, a postagem de foto em que alguém está consumindo ou portando alguma droga ilícita. Embora, num primeiro momento, possa parecer uma informação de domínio geral, observam-se na imprensa e nas redes sociais, alguma confusão nesse sentido. Daí, também, a ter alguma cautela na utilização de “pornografia de vingança”, por se tratar de uma situação muito específica e que, por conseguinte, não contempla em sua inteireza o corte desse texto.

Do outro lado, o termo mais utilizado quanto a essa temática é a tradução da expressão em língua inglesa “disseminação não consensual de imagens íntimas”<sup>7</sup>. Uma vez sendo essa a maneira que se convencionou mais adequada

---

<sup>7</sup> Tem-se em mente, porém, que não são apenas essas as expressões variadas, sendo possível encontrar diversas variações (Cf. VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; BULGARELLI, Lucas. *O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil*. InternetLab: São Paulo, 2016, p. 5-6).

e por não haver prejuízo de significado com o que se utilizou para estabelecer o tema desse texto, ocorrerá o uso indistinto das duas formas, mas já ressaltando ser a “divulgação desautorizada” mera paráfrase para evitar repetição e não ser ela a forma usual. Há de se ter como norte a busca pela autonomia da mulher e em seu consentimento<sup>8</sup>.

No Brasil, registros de si próprio envolvendo nudez são certamente prática comum. Em pesquisa já datada, de 2012, alguns números obtidos pela empresa especialista em pesquisa de mercado eCGlobal são bem ilustrativos, ainda que, atualmente, o acesso à internet esteja ainda mais facilitado<sup>9</sup>.

Com base numa pesquisa envolvendo 1.956 adultos residentes no Brasil, 27% afirmaram possuir fotos ou vídeos com nudez própria. 39% disseram já ter praticado *sexting*, com imagens próprias ou de outras pessoas, sendo que a porcentagem sobe para 44% quando considerados apenas homens e cai para 33% em se tratando de mulheres, denotando um menor desconforto por parte do público masculino quando se trata do compartilhamento desse tipo de dados, já que a vivência sexual masculina é festejada e celebrada, em relação à feminina.

Porém, dois dados se mostraram mais pertinentes. O primeiro diz que, mesmo tendo problemas com o *sexting*, 60% dos homens continuariam com a prática de envio de material próprio, enquanto que para as mulheres, esse número cai 15%, demonstrando que a preocupação com o fato é muito menor entre os homens. Outra estatística diz respeito a quem o conteúdo é enviado. Das mulheres que já praticaram, 63% o fizeram com namorado, número muito acima do segundo lugar, amigas íntimas, com 29%. Ou seja, descartando a hipótese de terceiro interceptar esses arquivos, observa-se um alto índice de quebra de confiança vinda de alguém que mais se esperava discrição, vulnerabilizando ainda mais a vítima e potencializando as consequências psicológicas da disseminação<sup>10</sup>.

Completa-se o cenário com a constatação de que a divulgação desautorizada de conteúdo vem se tornando cada vez mais relevante no mundo digital. A SaferNet, associação que recebe denúncias anônimas de crimes e violações contra os Direitos Humanos na Internet, fornecendo auxílio, aponta

---

<sup>8</sup> VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; BULGARELLI, Lucas. Op. cit., p. 52.

<sup>9</sup> Dados completos disponíveis em <http://pt.slideshare.net/ecglobal/relatorio-sexting-brasilpt>. Acessado em 10 set. 2016.

<sup>10</sup> Essa preocupação é presente em diversos estudos e, dentre eles, pode-se destacar MENA, Erika Borrajo; GÁMEZ-GUADIX, Manuel. Comportamientos, motivos y reacciones asociadas a la victimización del abuso online en el noviazgo: un análisis cualitativo. *Revista de Victimología*. Barcelona. Societat Catalana de Victimologia. Euskal Biktimologia Sozietatea. N. 2, 2015, 73-95, em que os autores mostram como as novas tecnologias de comunicação podem agravar relacionamentos abusivos.

que a principal violação que os brasileiros pedem auxílio é justamente a de exposição indevida íntima<sup>11</sup>.

## 2. PROCESSO DE VITIMIZAÇÃO

Especificamente quanto aos efeitos da exposição sofridos por uma pessoa em razão da conduta de terceiro, torna-se necessário destacar que o fato criminoso não encerra em si mesmo a vitimização de alguém. Segundo Ana Sofia Schmidt de Oliveira, existe um processo de várias vitimizações, nas quais o fator desencadeante do fato criminal pode não representar a mais grave das vitimizações sofridas<sup>12</sup>. Por isso, torna-se imperioso identificar quais são os fatos que possibilitam o desencadeamento do processo de vitimização para, então, buscar encontrar soluções preventivas e tratativas das causas<sup>13</sup>.

Nesse sentido, a doutrina divide os momentos de vitimização em três fases denominadas *vitimização primária*, *vitimização secundária* e *vitimização terciária*. A primeira está relacionada aos atos que a pessoa sofre como sujeito passivo<sup>14</sup> de um fato típico (consequências físicas, psíquicas, econômicas e sociais)<sup>15</sup>. A vitimização secundária corresponde às experiências negativas provocadas pelo aparelho estatal (instâncias formais de controle social) nas quais a vítima se expõe em repetidas descrições e depoimentos, tendo de relembrar o sofrimento de forma reiterada a cada nova oitiva<sup>16</sup>. Além disso, como bem destaca Antônio Pitombo, ao sofrimento do processo em si para a vítima, há um acréscimo do nivelamento de mau atendimento por parte dos funcionários públicos e a demora processual provocadora de insegurança social e jurídica<sup>17</sup>, convertendo a vítima do crime em vítima do Poder Judiciário. Por

---

<sup>11</sup> Disponível em <http://www.safernet.org.br/divulgue/helpineviz/helpchart-page.html>. Acessado em 11 set. 2016.

<sup>12</sup> OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt. Vitimologia e Mulher. In: REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaína. *Mulher e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 71.

<sup>13</sup> Justamente sobre tal perspectiva, é que se busca identificar a origem da vitimologia na criminologia, havendo, em decorrência disso, embate doutrinário sobre a autonomia científica da vitimologia. Sobre o desenvolvimento histórico e autonomia científica, MAZUTTI, Vanessa de Biassio. *Vitimologia e Direitos Humanos*: O processo penal sob a perspectiva da vítima. Curitiba: Juruá, 2012, p. 57 e ss; SILVA, João Felipe. VITIMOLOGIA E DIREITOS HUMANOS. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 18, p. 223-250, set. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em:

<<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/10-18>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

<sup>14</sup> Alessandra Greco refuta a identificação dos termos “vítima” e “sujeito passivo”, pois, segundo a autora, o segundo termo “traduz uma ideia de inércia, incompatível com a figura da vítima, visto que ela interage com o criminoso e com o ambiente” (GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da Vítima em Risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 161). Em sentido contrário, uniformizando os termos “vítima” e “sujeito passivo” como titular do bem jurídico atingido (GALVÃO, Fernando. *Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 234-235).

<sup>15</sup> PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Prostituta e Vítima. In: REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaína. *Mulher e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 105; Igualmente em: OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt. *Op. cit.*, p. 72.

<sup>16</sup> PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. *Op. cit.*, p. 106; OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt. *Loc. cit.*

<sup>17</sup> PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. *Loc. cit.*

fim, a terceira esfera de vitimização corresponde ao desamparo de assistência pública e social<sup>18</sup>, notadamente pela inexistência de políticas públicas adequadas aos tratamentos de amparo às vítimas de delitos. Como consequência dessa falibilidade da atuação estatal, exsurtem preocupações quanto à possibilidade de respostas da própria vítima contra o agressor (transmutando-a em criminosa) e, dependendo do fato, quanto à generalização de reprimendas coletivas<sup>19</sup>, pautadas em um espírito vingativo típico de comportamentos de massas, consoante analisado pela psicologia das massas<sup>20</sup>.

Em especial aos mecanismos eletrônicos e informáticos, há uma maior dificuldade de compreensão e tratamento do complexo processo de vitimização. Notadamente, a influência de uma sociedade machista tende a inverter a situação fática atribuindo à vítima mulher (em regra, vítima dos casos de *revenge porn*) o papel de ator principal no delito praticado contra ela, realocando o ofensor em um papel coadjuvante<sup>21</sup>. Além de reforçar a insegurança jurídica, essa inversão de papéis amplia as margens de cifras negras sobre as condutas delitivas<sup>22</sup>. Por tal razão, exige-se um repensar sobre o papel da vítima no sistema criminal. Por certo, tal afirmação não representa a propositura de novas ampliações punitivistas ou um novo modelo de vingança privada por intermédio do aparelho estatal. O que se propõe é uma reinterpretação do problema baseada em critérios político-criminais adequados ao modelo de um Estado Democrático de Direito.

Assim, urge superar a neutralização da vítima no modelo de justiça criminal, possibilitando que na alçada processual seja ofertada à vítima uma maior proteção, ampliando sua participação no processo, deixando encenar um figurante inerte. Deste modo, segundo Hassemer, “a vítima deve poder tomar

---

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. *Loc. cit.*

<sup>19</sup> HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introdução à criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 146.

<sup>20</sup> O aspecto psicológico das massas e coletividades é bem delineado pelos escritos de Sigmund Freud (especialmente em seu trabalho intitulado “Massenpsychologie und Ich-Analyse” de 1921”, disponível em tradução para o português na obra FREUD, Sigmund. *Obras Completas*, v. 15: Psicologia das massas e análise do eu e outros textos (1920-1923). São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 13-113), merecendo, igualmente, destaque a observação da influência coletiva e da possibilidade de que um grupo de pessoas venha a praticar delitos pelo impulso coletivo criado pelo “nivelamento por baixo”, o qual fora estudado de Gustave Le Bon (cf. LE BON, Gustave. *Psicologia das Multidões*, 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. 29-59). Evidentemente, o fato de se dar atenção a essas teorias não implica na adoção dos posicionamentos discriminantes e racistas apresentados por Le Bon.

<sup>21</sup> Como bem afirma Maria Claudia Giroto do Couto: “Dentro das normas hierárquicas de gênero às quais a mulher está submetida se encontram a divisão sexual do trabalho e a violência, que historicamente refletem o controle masculino sobre os bens femininos, seu comportamento e seu corpo”. [COUTO, Maria Claudia Giroto do. *Lei Maria da Penha e princípio da subsidiariedade: Diálogo entre um direito penal mínimo e as demandas de proteção contra a violência de gênero no Brasil*. 2016. 151. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 22]

<sup>22</sup> Especificamente sobre a etiologia das cifras negras: CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal: orientado para a vítima de crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 91 e ss.

nas mãos “sua” causa e entrar, mesmo sob certa fiscalização estatal, em mediação (“*mediation*”) com o suspeito do ato, (...) em um processo de aprendizagem mutuo”<sup>23</sup>, obtendo uma melhor solução ao processo. Entretanto, uma perspectiva adequada nos moldes idealizados por Hassemer, não implica em adotar sua ponderação para todos os casos, mas identificar e delimitar situações em que sua proposta se aplique. Afinal, como o saudoso mestre Tedesco afirma existem, ainda, muitas incertezas sobre os efeitos a longo prazo da adoção de perspectivas mais ativas à vítima dentro do sistema penal<sup>24</sup>.

### 3. POSSIBILIDADES PARA MINIMIZAR OS EFEITOS DO FENÔMENO

Muito embora, hoje em dia, já se trabalhe com a ideia de ressignificação da função simbólica do Direito Penal, entende-se, aqui, ser ferramenta inócua para prevenir a conduta indesejada. É certo que, dada sua capacidade comunicativa, alguns autores entendem ser válido o uso da tipificação de condutas como meio de externar à população que elas não podem ser toleradas. Entretanto, não se olvida que o Direito Penal é, por natureza, perpetuador de violência.

Em realidade, caso se pense num ideal de Estado Democrático de Direito, a existência de um Direito violador de liberdades, garantias e direitos fundamentais é questionável. Ainda que se argumente que há alguma função e que ainda não se alcançou substitutivo próprio para responder às ações mais indesejadas na sociedade, é democraticamente incompatível que se crie um sistema de liberdades civis e direitos sociais que crie, ele próprio, exceções e que, quando de sua execução, resultem cisões na população e contribua para a manutenção dos problemas das classes periféricas. Assim, o recrudescimento do Direito Penal cumpre somente com o ímpeto punitivo e em nada contribui para a prevenção do evento indesejado. Isso não significa que não deve existir algum tipo de consequência, mas que, caso se opte pela aplicação da pena, há

---

<sup>23</sup> HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 121.

<sup>24</sup> “Tanto no Direito Processual Penal como também no Direito Penal material as considerações sobre a vítima tem – apesar de todas as disparidades notórias – um denominador comum. Elas trabalham, conseqüentemente, para remover o volume de proteção dos bens jurídicos (Direito Penal material) e a realização do processo (Direito penal formal) da disposição tendente do Estado para a disposição privada. O *Direito Penal* torna-se ‘civilizado’, ‘privatizado’, ‘não-estatal’, e também ‘socializado’. O que isto significa a longo prazo, atualmente não se pode avaliar de modo seguro. Certo é que as considerações sobre a vítima somente são plausíveis em determinadas situações: nos delitos com vítima individual e com possibilidade individuais de proteção dos bens jurídicos no Direito Penal material; em relações mais próximas entre autor e a vítima no Processo Penal. O urgente é garantir as possibilidade de decisão autônoma dos participantes e não executar juridicamente uma decisão da vítima, se ela é resultado da coação ou fraude. É possível que se estabeleçam situações tanto no Direito Penal material como no Processo Penal, que tornem desnecessárias regulações jurídicas formalizadas e generalizadas, porque assim os participantes podem utilizar seu problema, e que além disso satisfaçam o interesse público na regulação deste problema. É improvável que a vítima renuncie a sua posição marginal no Direito Penal e junto ao autor para tornar-se um participante legítimo; isso significaria pois que o Estado se despediria da justiça penal” (HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. *Op. cit.*, p. 122-123).

de se ter em mente que vai se estar diante de um mero castigo, que não vai adentrar no âmago do problema, que é a organização falocêntrica de nossa sociedade<sup>25</sup>.

Por outro lado, pode o sistema jurídico contribuir no auxílio do rompimento do ciclo de violência. Nesse sentido, é pertinente que haja melhor preparo das delegacias de crimes informáticos, ou daquelas que ficarem responsáveis por eles, para lidar com cenários desse tipo. Uma vez sendo a vítima mulher, como mostrado, o julgamento moral que recai sobre ela é diverso daquele que é feito sobre o homem<sup>26</sup>, assim, quando do acolhimento da vítima pelo aparato policial, não é possível admitir que seja alvo de descaso, escárnio ou questionamentos que a coloquem no papel de culpada pelo ocorrido<sup>27</sup>. Caso notório noticiado no primeiro semestre de 2016 é exemplo dessa preocupação. Uma garota, menor de idade, foi violentada sexual por cerca de trinta homens no Rio de Janeiro. Imagens foram feitas com ela desacordada e postadas em redes sociais por alguns que participaram do estupro coletivo. A disseminação do conteúdo fez com que o caso fosse investigado pela Delegacia

---

<sup>25</sup> Especificamente quanto à organização falocêntrica da sociedade e da concepção dos fetiches humanos: FREUD, Sigmund. *Obras Completas*, volume 17: Inibição, sintoma e angústia, O futuro de uma ilusão e outros textos (1926-1929). São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 302-310. Em especial nas passagens: “A investigação do fetichismo é recomendada a todos que ainda duvidam da existência do complexo da castração ou acreditam que o pavor ao genital feminino tenha outro motivo, que derive, por exemplo, da suposta lembrança do trauma do nascimento. Para mim, o esclarecimento do fetiche teve ainda outro interesse teórico” (FREUD, Sigmund. *Op. cit.*, p. 303) e “A ternura e a hostilidade no tratamento do fetiche, que correspondem à recusa e ao reconhecimento da castração, misturam-se desigualmente em casos diversos, de maneira que ora uma, ora outra, é mais facilmente reconhecível (...) Por fim, pode-se dizer que o modelo normal do fetiche é o pênis do homem, assim como o do órgão inferior é o pequeno pênis da mulher, o clitoris” (FREUD, Sigmund. *Op. cit.*, p. 310).

<sup>26</sup> Corroborando, ainda mais, aponta-se o posicionamento da professora Maria Alves de Toledo Bruns, da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras, da USP de Ribeirão Preto e do professor Lino de Macedo, do Instituto de Psicologia da USP: “A professora Maria Alves afirma que as consequências psicológicas são enormes: “Isso é evidenciado pelas situações atuais que temos visto, como suicídio, perda do emprego. A garota passa a ser identificada como uma garota de programa, o que ela não é. Dessa forma, a identidade profissional dela também é afetada.” Mas essas consequências, nesse tipo de situação, acontecem apenas com as mulheres. De acordo com Maria Alves, “O fato do homem expor um vídeo em que ele é o ator tem um valor muito grande”. O professor Macedo concorda com ela: “Na nossa cultura machista, dizer que um homem transou é algo positivo.” (Jornal do Campus. Consequências psicológicas de revenge porn são maiores em mulheres, afirma professora. 7 dez. 2013. Disponível em <http://www.jornaldocampus.usp.br/index.php/2013/12/consequencias-psicologicas-de-revenge-porn-sao-maiores-em-mulheres-afirma-professora/>. Acesso em 02 set. 2016).

<sup>27</sup> Infelizmente, o Direito detém claramente uma aceção de gênero masculino. Notadamente, na esfera penal, existem diversos julgados que incentivam e corroboram uma postura sexista patriarcal, conforme bem critica Ana Lúcia Sabadell (SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica: Introdução a uma leitura externa do Direito*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 274-282). Um exemplo claro dessa postura excludente e machista está contido no voto de lavra do Ministro Marco Aurélio, datado de 21 de maio de 1996, no qual o referido Ministro afirma: “Nos nossos dias, não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de consequências que lhes pode advir”. [BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 73.662, Relator: Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 21/05/1996, DJ 20/09/1996 PP-34535, Ement Vol-01842-02 PP-00310, RTJ Vol-00163-03 PP-01028, (p. 317 do processo, p. 8 do voto)]. O mesmo julgado é citado por SABADELL, Ana Lúcia. *Op. cit.*, p. 284.

de Repressão de Crimes de Informática da cidade. Quando da tomada de depoimento da vítima, o delegado, então titular da Delegacia, foi acusado pela advogada da garota por tentar desqualificá-la e imputar-lhe responsabilidade pelo ocorrido, chegando ao ponto de questionar se ela tinha o hábito de participar de práticas sexuais em grupo<sup>28</sup>.

Outra eventual saída jurídica seria uma mudança legislativa, para que a divulgação desautorizada de cunho sexual com vítima mulher passe a ser de responsabilidade investigativa da Delegacia da Mulher, pois, ainda que não necessariamente se enquadre no conceito de violência doméstica, o fator mais determinante para que essa violência ocorra é a mesma, qual seja, a estrutura social que coloca a mulher em posição subalterna a do homem. Na hipótese de não vislumbrar essa possibilidade, ao menos que haja alguma integração e atuação conjunta entre as duas delegacias especializadas ou que estrutura semelhante de atendimento à vítima seja implementada na delegacia responsável pela apuração do crime informático. De qualquer forma, é fundamental que estes locais tenham um horário de funcionamento amplo, preferencialmente, sem horário de fechamento. Isso porque se trata de violência que se perpetua a cada novo compartilhamento, a cada nova visualização e, tendo em vista a velocidade com que isso ocorre, é necessário que se atue o mais rápido possível para tentar impedir que o ato prossiga.

É importante a criação de um efetivo Plano Nacional tendente à erradicação da violência contra a mulher, estabelecendo metas e prazos que mobilizem diversas pastas ministeriais e ação conjunta entre governo federal, estados e municípios. Dentre as medidas que poderiam ser implementadas encontram-se a, repete-se, ampliação da rede de delegacias da mulher e de crimes informáticos, bem como de seu horário de funcionamento; fazer incluir no plano nacional de educação o ensino sobre questões de gênero; ainda no âmbito da educação, políticas de conscientização e conciliação de conflitos entre os jovens, pois, como dito, trata-se de situação recorrente entre adolescentes. Um diálogo aberto que trate de violência de gênero, não apenas da disseminação de imagens é ponto nevrálgico na questão. O problema não reside na tecnologia, nem mesmo na criação do arquivo (desde que haja pleno consentimento). A conduta opressiva à figura feminina é anterior a esse cenário e o que aqui se apresenta é apenas um de seus desdobramentos.

No âmbito do Direito Administrativo é conveniente trabalhar com a hipótese de ampliação da responsabilidade da empresa que hospedar o conteúdo impróprio, determinando sanções caso haja recusa ou criação de

---

<sup>28</sup> Portal G1. Delegado diz ainda não saber se houve estupro e causa polêmica: O que diz a lei. 30 mai. 2016. Disponível em <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/05/delegado-diz-ainda-nao-saber-se-houve-estupro-e-causa-polemica-o-que-diz-a-lei.html>. Acessado em 11 set. 2016.

empecilhos para retirada da mídia. Ou, ao menos, que haja eficácia do Marco Civil da Internet (Lei 12.695/2014), que, como apontado em pesquisa, é ignorado por parte dos magistrados brasileiros<sup>29</sup>. Uma saída plausível seria a disponibilização de um mecanismo automatizado de denúncia de conteúdo e posterior bloqueio dele. Hoje, já existe a tecnologia para encontrar uma foto em específico nos servidores.

É certo, porém, que não se podem restringir as soluções ao limitado âmbito do Direito. Mesmo que a questão de gênero seja comum a todas as classes, estas não percebem aquela de maneira igual. Tratam-se, em verdade, de pontos indissociáveis, em que se admite, inclusive, certa imprecisão nesse trabalho em tratar do assunto de modo generalizado por uma necessidade de corte epistemológico, quando se é sabido que a posição social que a mulher goza também influencia em seu processo de vitimização. O papel social ostentado pela vítima, ainda que, por óbvio, não elimine os danos colaterais – vez que tende, inclusive, o caso a ter mais repercussão –, certamente acaba por ampliar o julgamento de culpa do agressor<sup>30</sup>. Como se fosse possível dimensionar a importância da figura da vítima pelo status ostentado. Figurativamente, imagina-se uma porção de culpa livremente distribuível. Em se tratando de vítima de classe mais favorecida, a distribuição de culpa recairia completamente sobre o agressor, (o que haveria de ser a regra) e, assim, não havendo qualquer dúvida acerca da culpabilidade do agente. Mas, em se tratando de mulher menos abastada, ocorreria um compartilhamento de culpa que pode pender mais para o lado da agredida que do agressor. O Direito nos atuais moldes liberais, quase que por definição, seletivo em sua eficácia, não tem o condão de superar as cisões. Ao contrário, imaginar que somente por vias legais o problema se dará por extinto é agravar a problemática.

Desta forma, não é plausível imaginar que alterações jurídicas irão acabar com a problemática, se a estrutura social se mantiver a mesma. É necessária a realização de trabalho de base, com mobilização social e ampliação da consciência acerca não somente da divulgação desautorizada, mas sobre a violência de gênero. Numa sociedade verdadeiramente democrática, em que todos e todas possuem a capacidade de fazer valer o direito elementar de existência, o fim dessas condutas indesejadas virá naturalmente e com o rompimento das divisões sociais que o Direito não tem o condão de extinguir.

## CONCLUSÃO

---

<sup>29</sup> VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; BULGARELLI, Lucas. Op. cit., p. 96.

<sup>30</sup> VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; BULGARELLI, Lucas. Op. cit., p. 57.



Ignorar o fenômeno ou acreditar que ele é possível de ser extinto é realizar uma análise deficiente da conjuntura social. Contendas sempre existirão a partir do momento do surgimento de interesses contrapostos e cabe ao Direito, mais que prevenir, fornecer meios para reduzir os danos. Ademais, não é cabível imaginar uma sociedade democrática que reprima a produção desse tipo de conteúdo, já que se está diante de conduta praticada no âmbito privado. Contudo, é possível, em verdade, dever, a criação de estratégias que possibilitem que, caso a mulher participe da criação da mídia, o faça de pleno consentimento e o que foi produzido seja acessado somente por quem ela desejar. Na hipótese de isso não se concretizar, que haja meios de interromper de imediato a violação de sua privacidade de forma eficaz e comprometida com os direitos e garantias fundamentais da vítima<sup>31</sup>.

## BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 73.662*, Relator: Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 21/05/1996, DJ 20/09/1996 PP-34535, Ement Vol-01842-02 PP-00310, RTJ Vol-00163-03 PP-01028.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 104.467*, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 08/02/2011, DJe-044, Divulg em 04/03/2011, public. 09/03/2011 Ement Vol-02477-01 PP-00057.

BREGA FILHO, Vladimir; ALVES, Fernando de Brito. O DIREITO DAS MULHERES: UMA ABORDAGEM CRÍTICA. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 10, p. 131-142, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/130>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal: orientado para a vítima de crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

COUTO, Maria Claudia Giroto do. *Lei Maria da Penha e princípio da subsidiariedade: Diálogo entre um direito penal mínimo e as demandas de proteção contra a violência de gênero no Brasil*. 2016. 151. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

DAVID, Décio Franco; ZAMBIAZI, Larissa Horn. O papel do bem jurídico e a estrutura do delito no Sistema Penal. In: BUSATO, Paulo César. *Fundamentos do Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 43-70.

FREUD, Sigmund. *Obras Completas*, volume 15: Psicologia das massas e análise do eu e outros textos (1920-1923). São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

\_\_\_\_\_. *Obras Completas*, volume 17: Inibição, sintoma e angústia, O futuro de uma ilusão e outros textos (1926-1929). São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

---

<sup>31</sup> Recordando-se, deste modo, que a proteção do débil se expressa na proteção da vítima no momento do crime e na proteção do réu no curso do processo, conforme preleciona Aury Lopes Jr. (LOPES JR., Aury. *Direito Processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48).

- GALVÃO, Fernando. *Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da Vítima em Risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord). *Novos rumos do Direito Penal Contemporâneo: Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 401-426.
- HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: DP & A, 2006.
- HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005
- \_\_\_\_\_; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introdução à criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- LE BON, Gustave. *Psicologia das Multidões*. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MAZUTTI, Vanessa de Biassio. *Vitimologia e Direitos Humanos: O processo penal sob a perspectiva da vítima*. Curitiba: Juruá, 2012.
- MARINHO, Renato Silvestre. Princípio da autorresponsabilidade e crimes sexuais. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014.
- MENA, Erika Borrajo; GÁMEZ-GUADIX, Manuel. Comportamientos, motivos y reacciones asociadas a la victimización del abuso online en el noviazgo: un análisis cualitativo. *Revista de Victimología*. Barcelona. Societat Catalana de Victimologia. Euskal Biktimologia Sozietaatea. N. 2, 2015.
- OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt. Vitimologia e Mulher. In: REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaína. *Mulher e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 55-78.
- PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Prostituta e Vítima. In: REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaína. *Mulher e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 95-110.
- PEGORER, Mayara Alice Souza. *Os direitos sexuais e reprodutivos da mulher e a atuação estatal: O respeito à diferença múltipla como fator orientador de políticas públicas de gênero*. 2013. 161. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, Paraná.
- ROBINSON, Patricia Murphy. The Historical Repression of Women's Sexuality. In: VANCE, Carole S (org.). *Pleasure and Danger: exploring female sexuality*. Boston: Routledge & Kegan Paul, 1984, p. 251-266.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica: Introdução a uma leitura externa do Direito*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCOTT, Joan. História das mulheres. In: Burke, Peter (org.). *A escrita da história: novas perspectivas*. São Paulo: Editora Unesp, 1992.

SILVA, João Felipe. VITIMOLOGIA E DIREITOS HUMANOS. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 18, p. 223-250, set. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/10-18>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

TANGERINO, Dayane Aparecida Fanti. A (in)aplicabilidade da tese da autocolocação da vítima em risco aos delitos perpetrados por meio das novas tecnologias. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014.

VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; BULGARELLI, Lucas. *O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil*. InternetLab: São Paulo, 2016.



**CIFRAS OCULTAS DO CRIME  
DE ASSÉDIO SEXUAL: CONSCIENTIZAÇÃO  
E ATENÇÃO ASSISTENCIAL  
À VÍTIMA NAS UNIVERSIDADES BRASILEIRAS**

*THE DARK FIGURE OF SEXUAL HARASSMENT CRIME:  
AWARENESS AND VICTIM ASSISTANCE IN BRAZILIAN UNIVERSITIES.*

**BEATRIZ CORRÊA CAMARGO**

*Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Mestre pela Universidade de Bonn. Profa. Adjunta de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.*

**BRENDA FERREGUTTI**

*Estudante da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.*

**RESUMO:** Apesar dos elevados índices violência sexual no Brasil, os crimes contra a autodeterminação sexual se caracterizam pelo baixo número de denúncias às autoridades competentes (cifras ocultas). Tomando como referencial de análise o crime de assédio sexual, este trabalho investiga a relevância de práticas institucionais de conscientização e de assistência às vítimas a partir do protagonismo assumido por organizações que agregam estudantes, docentes e trabalhadores das universidades públicas brasileiras na luta contra a violência e a discriminação de gênero.

**Palavras-chave:** Cifras-ocultas; assédio sexual; autodeterminação sexual; crimes sexuais; assistência às vítimas; discriminação de gênero; vitimologia.

**ABSTRACT:** *Despite the high levels of sexual violence in Brazil, crimes against sexual self-determination are characterized by the low number of complaints to the competent authorities (the dark figure of crime). Taking as reference for analysis the crime of sexual harassment, this paper investigates the relevance of institutional practices of assistance to victims carried out by organizations that aggregate students, teachers and workers of the Brazilian public universities in the aim of increasing awareness of people and fighting against gender violence and discrimination.*

**Key-words:** *Dark figure of crime; sexual harassment; sexual self-determination; sexual offenses; assistance to victims; gender discrimination; victimology.*

---

## 1. INTRODUÇÃO

A história dos crimes contra a dignidade sexual no ordenamento jurídico brasileiro é marcada por diversos embates em torno da significação social de comportamentos pelos diversos atores envolvidos no sistema punitivo. Diferentemente de outros crimes do Código Penal em que se verificam movimentos políticos claramente posicionados de forma contrária ou favorável à tipificação de condutas, como, por exemplo, o crime de aborto, o crime de assédio sexual se notabiliza por uma disputa velada na qual as questões de gênero exsurgem de forma acirrada e revelam a falta de reconhecimento dessas condutas como lesivas por parte significativa dos grupos sociais.

Partindo especificamente da experiência da universidade pública brasileira, o presente trabalho se propõe a estudar a relevância de práticas institucionais de assistência às vítimas de crimes, tomando como referencial de análise o crime de assédio sexual. Essa figura típica foi escolhida justamente por sua característica de ser uma ação que não é fisicamente violenta e cuja forma de realização pode ser bastante sutil, sendo, por isso mesmo, de fácil banalização no ambiente universitário, sobretudo no que diz respeito à relação professor-aluno.

## 2. O CRIME DE ASSÉDIO SEXUAL

### 2.1. DEFINIÇÃO

O assédio sexual é um fenômeno complexo, que envolve intrincados fatores psicológicos e sociais na interpretação de sua existência, assim como na compreensão de suas consequências, lesivas aos direitos individuais e deletérias ao adequado funcionamento de instituições diversas.

Na linguagem cotidiana, a ideia de assédio sexual é bastante ampla apesar da divergência sobre o seu significado<sup>1</sup>. A tradição norte-americana que cunhou a expressão – no inglês: “*sexual harassment*” – apresenta uma compreensão que engloba inúmeras formas de comportamento, que incluem “elogios” inadequados e comentários sexuais indesejados, toques não consentidos no corpo de outrem, ofertas autoritárias de troca de sexo por vantagens no ambiente de trabalho, exigência de sexo via ameaças de quaisquer natureza, até

---

<sup>1</sup> Cf. FOOTE/ GOODMAN-DELAHUNTY (2002), p. 14.

a prática de relações sexuais porque a pessoa subordinada se encontrava sob risco de sofrer retaliações do superior hierárquico.

A origem do termo, tal como acabamos de descrever, remonta a reivindicações feministas que enxergam nessas condutas o exercício do domínio masculino sobre a mulher, o qual impede uma real igualdade de gêneros nas instituições sociais<sup>2</sup>.

No entanto, existem outros modos de aproximação ao problema, particularmente aqueles que se focam na ideia de autodeterminação sexual das pessoas que sofrem assédio. Nesta acepção, o assédio sexual é visto como forma de violação da dignidade sexual de pessoas de quaisquer gêneros, ou seja, homens e mulheres que sofrem assédio de pessoas de outro ou do mesmo sexo, indistintamente. Nesse sentido, os influxos de criminalização das condutas costumam se limitar a relações de hierarquia entre o assediador e o assediado, principalmente no que tange o abuso de poder exercido pelos chefes em relação aos seus empregados no ambiente de trabalho. Esse enviesamento caracteriza a política de proteção adotada pela União Europeia<sup>3</sup> e influenciou fortemente a reforma legislativa de 2001 no Brasil, que introduziu o crime de assédio sexual em nosso ordenamento jurídico. Nos termos do art. 216-A do Código Penal, será punida com uma pena de detenção de um a dois anos a pessoa que:

“Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.”

A criação desse tipo penal suscitou críticas e um profundo ceticismo na doutrina brasileira, que classificou o crime do art. 216-A, CP como expressão da atuação de gestores indevidos da moral alheia. Levantaram-se, ainda, dúvidas quanto à necessidade, a funcionalidade e a efetividade do crime de assédio sexual, concluindo-se, afinal, ser um fenômeno que seria melhor regulado fora do Direito Penal – por exemplo, através de ações indenizatórias na esfera cível e trabalhista<sup>4</sup>.

À primeira vista, tais considerações parecem ser confirmadas pela realidade da prática judiciária no Brasil. Uma breve consulta aos acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais confirma um fato que está ao alcance de todos: o assédio sexual não está na pauta dos tribunais brasileiros. Após quinze anos da promulgação da lei que introduziu o art. 216-A no Código Penal, somente quatro processos criminais foram encontrados no site do

---

<sup>2</sup> Sobre o conceito, veja-se a obra paradigmática de MACKINNON (1996), pp. 45 e ss.

<sup>3</sup> Sobre os modelos norte-americano e europeu, cf. ZIPPEL (2006), pp. 3 e s.

<sup>4</sup> SILVEIRA (2008), p. 359 e s.; NUCCI (2009), p. 888.

Tribunal de Justiça do segundo estado mais populoso do Brasil<sup>5</sup>. Destes recursos, apenas dois confirmavam a condenação por esse dispositivo. Ainda assim, são dois casos extremos, que poderiam inclusive receber enquadramento no crime de estupro do art. 213, CP. Em um deles, o gerente de um supermercado trancou uma das empregadas em seu escritório, agarrando, tocando e a beijando à força. Quando, finalmente, ela consegue impor sua negativa e sair da sala, o aviso de demissão chega às suas mãos<sup>6</sup>. O outro caso é muito semelhante: o diretor de um hospital tentou beijar à força duas assistentes, por diversas vezes, chegando inclusive a trancar uma delas em uma sala de cirurgia, em certa ocasião. Ambas receberam ameaças de serem demitidas, e, diante da recusa, tiveram suas cargas de trabalho aumentadas e estendidas para os finais de semana<sup>7</sup>.

## 2.2. CIFRAS OCULTAS NO CRIME DE ASSÉDIO SEXUAL

O diagnóstico feito pela doutrina brasileira sobre o crime de assédio sexual seria satisfatório se não fosse a sensação, vivenciada especialmente por mulheres pertencentes a diversas instituições, de que as relações de subordinação e hierarquia entre homens e mulheres são muito mais problemáticas que o ceticismo apontado acima parece querer perceber.

Para além da apreciação subjetiva sobre o problema, uma avaliação recentemente realizada no âmbito universitário revela que 56% das mulheres entrevistadas já haviam sido assediadas sexualmente dentro da universidade, por parte de colegas, funcionários ou professores, enquanto que um número ainda maior de pessoas (73%) conhecia ocorrências deste tipo nas instituições de ensino em que estudavam<sup>8</sup>.

Muito embora a pesquisa tivesse avaliado um leque amplo de situações que não necessariamente dão ensejo ao crime de assédio do art. 216, CP – quais sejam: comentários com apelos sexuais indesejados, cantada ofensiva e abordagem agressiva – o fato é que atitudes abusivas que afetam a autodeterminação sexual de alunas fazem parte do cotidiano da universidade brasileira.

---

<sup>5</sup> A pesquisa partiu das palavras “assédio” combinada com “sexual”, e termos relacionados, na aba correspondente para a busca de acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Foram encontrados 47 processos, num universo de demandas civis e criminais. Algumas ementas de processos criminais, apesar de conterem a expressão “assédio sexual”, em realidade versavam sobre crimes de estupro e assédio contra a criança para a prática de ato sexual. Acesso em: 30 ago. 2016.

<sup>6</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, Apelação Criminal 1.0017.05.014081-7/001. Relator Des. Judimar Biber. Julgado em 11/05/2010.

<sup>7</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, Apelação Criminal 1.0347.10.000264-6/001. Relator Des. Adilson Lamounier. Julgado em 17/05/2011.

<sup>8</sup> INSTITUTO AVON/ DATA POPULAR (2015), p. 9.



Tal realidade espelha um momento anterior da vida desses estudantes que é o ambiente escolar. Nos Estados Unidos, um estudo realizado com adolescentes revelou números semelhantes quanto ao assédio praticado contra ambos os sexos nas escolas. Como se pode imaginar, o levantamento mostrou que as meninas são as mais afetadas com interpelações sexuais não desejadas por parte dos colegas: 56% delas vivenciaram alguma forma de assédio sexual em comparação com 40% dos meninos, os quais se sentiam sobretudo incomodados por serem identificados pejorativamente com comportamentos homossexuais<sup>9</sup>.

Tais dados indicam tratar-se de um crime com elevadas taxas de subnotificação. As chamadas “cifras ocultas” denotam aquelas infrações penais que são desconhecidas pelos órgãos de persecução penal. É a diferença entre a quantidade de crimes praticados e o número de crimes que de fato chegam ao conhecimento das autoridades competentes, ou seja, são crimes que acabam não entrando nas estatísticas oficiais de criminalidade<sup>10</sup>. Tal disparidade ocorre por diversos motivos, dentre os quais o fato de que as vítimas não denunciam o delito por uma falta de confiança no funcionamento dos dispositivos policiais e na Administração da Justiça, como também por acreditarem que o sistema é ineficiente e burocrático demais<sup>11</sup>.

No caso específico do crime de assédio sexual na Universidade, existem dois fatores a serem considerados na avaliação dessas cifras. Conforme apontam BUSTOS e LARRAURI, em certas situações “o comportamento delitivo está tão integrado em nossa experiência cotidiana” que dificilmente as pessoas se enxergam como vítimas de um delito<sup>12</sup>. Por outro lado, o baixo índice de denúncias também pode indicar uma falta de poder por parte das pessoas atingidas, o que acontece via de regra com grupos minoritários e lhes dificulta dar início a um procedimento penal<sup>13</sup>.

Além dessas barreiras para que o crime de assédio sexual chegue a ser denunciado, não podem ser ignoradas as dificuldades enfrentadas pelas denúncias efetivamente realizadas, já que, muitas vezes, as autoridades envolvidas não conferem a mesma dimensão ao problema que a própria vítima do abuso – aliás, a principal razão pela qual se justificou a criação da delegacia da mulher no Brasil foi a necessidade de resposta às críticas feministas sobre o atendimento policial a mulheres em situação de violência<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> HILL/ KEARL (2011), pp. 3, 11.

<sup>10</sup> TAMARIT (1998), p. 19.

<sup>11</sup> KAISER (1983), p. 96.

<sup>12</sup> BUSTOS/ LARRAURI (1993), p. 86.

<sup>13</sup> BUSTOS/ LARRAURI (1993), p. 88.

<sup>14</sup> SANTOS (2010), p. 157.

### 2.3. INVISIBILIDADE INSTITUCIONAL

Há pouco mencionamos o baixo número de processos criminais envolvendo decisões de mérito no tocante ao crime do art. 216-A, CP. Enquanto as únicas duas condenações confirmadas na jurisdição superior de Minas Gerais remontam a uma razão de relevante gravidade, as duas absolvições criminais remontam a razões diversas, que parecem indicar uma falta de escuta institucional das mulheres que em algum momento decidem falar sobre os abusos que sofreram.

A primeira absolvição foi concedida sob o fundamento de que a tipificação do crime de assédio não teria sido suficientemente comprovada nos autos. Ainda que o acusado tivesse agredido verbalmente e ameaçado utilizar sua influência como ex-presidente da empresa para que a denunciante perdesse seu emprego, caso ela não se encontrasse com ele, a ameaça não teria sido formulada de forma explícita enquanto ele era seu chefe, muito embora a vítima se visse obrigada a tolerar contatos insistentes, agressivos e ciumentos do réu até que ele se aposentasse<sup>15</sup>. Em outro caso, foram indicados problemas de prazo na representação da vítima, apesar de indícios suficientes para a comprovação da existência do assédio sexual a partir dos dados colhidos no inquérito policial<sup>16</sup>.

Com efeito, tais desfechos não deixam de refletir a percepção dos julgadores sobre a dimensão das questões envolvidas. Voltando ao ambiente universitário, a mesma pesquisa que revela um elevado número de mulheres vítimas de assédios sexuais demonstra que os homens que convivem com elas tendem a não se enxergar como assediadores, abusadores ou violentadores<sup>17</sup>, além de minimizarem a importância dessas agressões em comparação com as experiências vivenciadas pelas mulheres, já que também é menor o número de homens que acreditam que as instituições de ensino deveriam criar meios de punir os responsáveis por cometer esse tipo de violência, e que enxergam a necessidade de tematizar o problema, por exemplo, incluindo o assunto em tema de aulas<sup>18</sup>.

Para além de sua “invisibilidade” concreta na vida cotidiana, a significância do crime de assédio sexual se mostra desapercibida em nível normativo, relativamente à interpretação de certas condutas como crime. Sob a ótica do

---

<sup>15</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, Apelação Criminal 1.0123.08.026704-0/001. Relator Des. Alexandre Victor de Carvalho. Julgado em 29/04/2014.

<sup>16</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, Apelação Criminal 1.0518.09.185207-0/001. Relator Des. Flávio Leite. Julgado em 17/09/2013.

<sup>17</sup> A diferença é de 67% de mulheres que admitem ter sofrido alguma das violências apontadas na enquete para 38% dos homens que admitem ter praticado alguma das violências apontadas na enquete. INSTITUTO AVON/ DATA POPULAR (2015), p. 5.

<sup>18</sup> Cf. INSTITUTO AVON/ DATA POPULAR (2015), p. 11.

gênero, se os homens são suspeitos no que dizem sobre as mulheres por serem, ao mesmo tempo, juiz e parte na causa<sup>19</sup>, não há que se surpreender com o fato do legislativo, a justiça e a universidade em nosso país dificultarem discussões de fundo sobre esse assunto.

Sintomática é a vertente doutrinária que restringe o âmbito de aplicação do tipo penal a situações extremas, limitando-o às relações empregatícias e exigindo para sua existência a realização de ameaças diretas por parte do agressor<sup>20</sup>. Isso explica como um penalista brasileiro de grande renome é capaz de apoiar movimentos contrários à criminalização do assédio sexual, justificando sua postura com a alegação de que faltaria o “sentimento popular” de que o assédio sexual deva ser sancionado com uma pena. Supondo a inexpressividade social dessas condutas, este autor chega inclusive a se referir ao assédio sexual como “um delito natimorto, sem qualquer utilidade prática”<sup>21</sup>. Infelizmente, essa foi a tônica institucional que recepcionou a criação de um tipo penal importante, cuja formulação, apesar de toda a crítica (e resistência) da doutrina brasileira, oferece a possibilidade de garantir o respeito à autonomia sexual das pessoas no trabalho, no ensino e nas demais organizações da sociedade civil.

### **3. NOVOS MOVIMENTOS DAS UNIVERSIDADES BRASILEIRAS NO COMBATE AO ASSÉDIO, À VIOLÊNCIA E À DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO**

#### **3.1. VOZ**

O problema do assédio, da violência e da discriminação de gênero vem ganhando cada vez mais destaque no âmbito universitário, o que tem possibilitado um maior diálogo com a comunidade e, também, aberto a Universidade aos espaços de discussão política. Papel fundamental é desempenhado pelos núcleos de pesquisa e os movimentos voltados para a proteção da mulher e da comunidade LBGT.

Muitas instituições de ensino superior acrescentaram em seus currículos o estudo de gênero, levando com isso a uma maior conscientização dos estudantes sobre a importância do tema. Mencionem-se, nesse sentido, a atuação de grupos como o Núcleo de Estudos de Gênero da Universidade Federal do Paraná, criado em 1994 com o objetivo de estimular o estudo e a discussão sobre as questões de gênero, através de seminários, palestras, projetos

---

<sup>19</sup> BEAUVOIR (1970), p. 15, alusão feita a Poulain de la Barre.

<sup>20</sup> Para um apanhado da doutrina a este respeito, vide FRANCO/ SILVA (2007), pp. 1061 e s.

<sup>21</sup> NUCCI (2009), p. 888.

e eventos de extensão<sup>22</sup>, e o Pagu, núcleo de estudos de gêneros da UNICAMP, em atividade desde 1999<sup>23</sup>. Vale mencionar, ainda, o protagonismo de organizações desta natureza, que culminaram na criação do primeiro curso sobre gênero e diversidade do país, no ano de 2009, por iniciativa do Núcleo de Estudos Interdisciplinares sobre a Mulher da Universidade Federal da Bahia (NEIM/UFBA).<sup>24</sup>

Frente a uma demanda cada vez maior por segurança e respeito dentro dos campi universitários, no entanto, os espaços de núcleos de estudos e de salas de aula se mostram pequenos. Mais recentemente, movimentos ativos e reativos de luta contra a violência de gênero tem se organizado tendo como uma das suas principais demandas o assédio sexual dentro das instituições de ensino. A voz desses movimentos ecoa muitas vezes a partir de casos de violência contra a mulher, ganhando força, sobretudo, por meio de reivindicações feitas por professoras e alunas que visam obter o espaço institucional das Universidades através da participação em Comissões de Curso e Ouvidorias. A seguir, apresentamos a experiência de três instituições nesse sentido.

### **3.2. CONSCIENTIZAÇÃO, ACOLHIMENTO E ASSISTÊNCIA**

Na Universidade de São Paulo, professoras e pesquisadoras criaram a Rede Não Cala! USP, composta por cerca de 200 professoras e pesquisadoras de 23 unidades<sup>25</sup>. Constituída em abril de 2015, a iniciativa de formação de uma rede de mulheres para combater os abusos sexuais e de gênero na universidade foi uma das pioneiras no país<sup>26</sup>. Dentre seus objetivos se encontram a criação de espaços de escuta, de acolhimento e encaminhamentos de casos de abuso, bem como a elaboração de contribuições de aperfeiçoamento dos regulamentos e mecanismos institucionais que levem à responsabilização dos agressores<sup>27</sup>. Parte importante do trabalho da Rede consiste, ainda, em estimular a criação de redes de solidariedade e à organização das mulheres, e despertar a percepção

---

<sup>22</sup> UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Núcleo de Estudos de Gênero. Disponível em: <http://www.generos.ufpr.br/index.php/historico>. Acesso em: 29 ago. 2016.

<sup>23</sup> UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS. Núcleo de estudos de gênero Pagu. Disponível em: <http://www.pagu.unicamp.br/pt-br/o-pagu>. Acesso em: 29 ago. 2016.

<sup>24</sup> O curso surge com a finalidade de responder a uma demanda crescente por profissionais capazes de formular, acompanhar e monitorar projetos e ações de direito com uma perspectiva crítica de gênero e diversidade. UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. Bacharelado gênero e diversidade. Disponível em: [http://www.generoediversidade.ufba.br/?page\\_id=126](http://www.generoediversidade.ufba.br/?page_id=126) Acesso em: 29 ago. 2016.

<sup>25</sup> ASSOCIAÇÃO DOS DOCENTES DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Disponível em: <http://www.adusp.org.br/index.php/universidade2/2441-professoras-e-pesquisadoras-criam-rede-nao-cala-usp-contra-abusos-sexuais-e-de-genero>. Acesso em: 31 ago. 2016.

<sup>26</sup> UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Jornal da USP. Disponível em: <http://jornal.usp.br/universidade/rede-de-professoras-da-usp-luta-contra-a-violencia-sexual-e-de-genero/>. Acesso em: 02 set. 2016.

<sup>27</sup> UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Escritório USP Mulheres realiza treinamento com assistentes sociais. Disponível em: <http://www.usp.br/imprensa/?p=58519>. Acesso em: 31 ago. 2016.

política de todos através da realização de eventos para discussão sobre a violência contra a mulher, o que também é feito por intermédio das redes sociais<sup>28</sup>.

Na mesma instituição, o Escritório USP Mulheres é responsável pela proposição e implantação de iniciativas ou projetos voltados para a igualdade de gêneros e empoderamento de mulheres. Formado em meados de 2015, o Escritório passou a integrar as atividades da Universidade de São Paulo na participação do programa ElesPorElas da Organização das Nações Unidas (ONU), com o projeto-piloto Impacto 10x10x10. Dentre outras coisas, a proposta consiste em pensar soluções contra a discriminação e violência de gênero em conjunto com o corpo universitário e com o auxílio dos grupos e coletivos estudantis e de docentes<sup>29</sup>.

Outra instituição que desenvolve atuação importante para lidar com a violência de gênero é Universidade de Brasília (UnB), por meio da Diretoria da Diversidade, criada em 2013. A Diretoria possui uma Coordenação dos Direitos das Mulheres, que tem a função de dar acolhimento e apoio institucional às mulheres, com acompanhamento psicológico e instruções para ações legais<sup>30</sup>. Atualmente está em andamento um projeto para levantar situações de agressão às mulheres dentro dos quatro campi e propor a reelaboração do estatuto para punir mais adequadamente esse tipo de violência<sup>31</sup>. Ainda na UnB cabe destacar a existência do Ledas - Frentes de Mulheres da UnB, formado por estudantes de diversos cursos e de todos os campi da universidade. Por meio desta forma

---

<sup>28</sup> O Data Popular divulgou um vídeo sobre o tema, contemplando falas de alunas e da professora da USP Heloísa Buarque (Rede Não Cala). O vídeo traz ainda depoimentos de alunos de diversas universidades brasileiras e demonstra dados percentuais sobre a violência contra a mulher no ambiente universitário. Cf. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Escritório USP Mulheres. Disponível em: <<http://sites.usp.br/uspmulheres/data-popular-violencia/>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

<sup>29</sup> UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Escritório USP Mulheres. Disponível em: <http://sites.usp.br/uspmulheres/escritorio/>. Acesso 31 ago. 2016.

<sup>30</sup> UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. Notícias UNB. Disponível em: <http://www.noticias.unb.br/publicacoes/112-extensao-e-comunidade/604-violencia-contra-a-mulher-e-tema-de-aula-publica-na-unb>. Acesso em: 31 ago. 2016.

<sup>31</sup> No âmbito de formulação de políticas institucionais de enfrentamento da violência de gênero, a UnB também tem se articulado com a Organização das Nações Unidas. Nesse sentido, a Diretoria da Diversidade em conjunto com o Núcleo de Estudos e Pesquisa sobre a Mulher (Nepem) promoveram uma reunião aberta para a “Construção coletiva de ações para o enfrentamento à violência contra as mulheres” em 05 de maio de 2016, no campus Darcy Ribeiro, em Brasília. Na reunião, foram levantadas sugestões para planos de ações da UnB em parceria com a ONU Mulheres para conscientização, prevenção e enfrentamento à violência contra as mulheres nos campi da universidade. Cf. ONU MULHERES. UnB e ONU Mulheres realizam reunião aberta em 5/4, para levantar propostas para o enfrentamento à violência contra as mulheres nos campi. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/noticias/unb-e-onu-mulheres-realizam-reuniao-aberta-em-5-4-para-levantar-propostas-para-o-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres-nos-campi/>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

de organização, as alunas pretendem oferecer espaços menos formais, e, portanto, mais efetivos de escuta e de troca de informações<sup>32</sup>.

Na Universidade Federal de Uberlândia (UFU), por sua vez, a organização das estudantes desempenhou papel essencial na consolidação de mecanismos de assistência e conscientização contra a violência de gênero. Em 2015, uma tentativa de estupro gerou uma intensa mobilização por segurança dentro do campus<sup>33</sup>, o que abriu espaço para a escuta de diversos relatos de alunas que sofrem assédio principalmente por parte dos professores. O episódio permitiu a criação de uma Comissão de Gênero pela Reitoria<sup>34</sup>. No início de 2016, porém, alunas da Faculdade de Direito se articularam com professoras e funcionárias para criar em parceria com o Escritório de Assessoria Jurídica Popular (ESAJUP/UFU) a Ouvidoria ACOLHIDAS de Atendimento Especializado à Mulher na Universidade Federal de Uberlândia, com o intuito de oferecer suporte às vítimas que se encontram em estado de vulnerabilidade, necessitando de acolhimento e apoio psicológico e jurídico, para atos praticados dentro da Universidade. O projeto consiste em realizar uma série de intervenções de caráter contínuo e duradouro que se destinam a estruturar um espaço institucional representativo de promoção, defesa e valorização dos direitos das mulheres<sup>35</sup>.

### 3.3. OBSERVAÇÕES FINAIS

Os movimentos citados se organizam sob o pressuposto comum de que a discriminação, a violência de gênero e os abusos sexuais no ambiente acadêmico são problemas cuja solução não pode prescindir de mecanismos coercitivos, seja através de medidas aplicadas pela própria instituição de ensino, seja pelo sistema punitivo criminal.

A constituição mais ou menos próxima dessas organizações com a burocracia da universidade surge da descrença nos sistemas repressivos atuais, tanto no que diz respeito à disposição dos atores encarregados para receber e processar as demandas por responsabilização, como no que tange a sua própria

---

<sup>32</sup> O grupo recebe dúvidas e contribuições pela página que possuem na rede social do facebook desde fevereiro de 2016. LEDAS, frente de mulheres da UnB. Disponível em: <<https://www.facebook.com/iedasunb/>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

<sup>33</sup> ESTUDANTE é vítima de tentativa de estupro em banheiro da UFU. Disponível em: <<http://www.correioeuberlandia.com.br/cidade-e-regiao/estudante-e-vitima-de-tentativa-de-estupro-em-banheiro-da-ufu/>>. Acesso em: 02 set. 2016.

<sup>34</sup> ESTUDANTES da UFU fazem manifestação no campus Santa Mônica. Disponível em: <<http://www.correioeuberlandia.com.br/cidade-e-regiao/estudantes-da-ufu-fazem-manifestacao-no-campus-santa-monica/>>. Acesso em: 02 set. 2016.

<sup>35</sup> ACOLHIDAS, Ouvidoria. Disponível em: <<https://www.facebook.com/Acolhidas/>>. Acesso em: 02 set. 2016.

capacidade de compreender a dimensão do problema e lidar com as vítimas de maneira digna e adequada.

A tarefa de acolhimento, ressaltada pelas iniciativas estudantis, se mostra fundamental no propósito da apuração efetiva de responsabilidades por dois motivos. Primeiramente, ela oferece o fortalecimento da pessoa atingida, que recebe apoio e respaldo para que as denúncias sejam conduzidas aos órgãos competentes. Trata-se, portanto, de um passo efetivo no sentido de reduzir as cifras ocultas de crimes como o assédio sexual. Em segundo lugar, o acolhimento e o acompanhamento da vítima que deseja fazer uma denúncia se apresenta como forma de minimizar os efeitos da vitimização secundária sofrida pela pessoa que não é compreendida ou levada à sério no relato de sua denúncia. O trabalho junto aos agentes da administração desempenha contribuição essencial nesse sentido.

Tão importante quanto o acolhimento e o acompanhamento é a atuação para promover a conscientização. Esta se dirige às (potenciais) vítimas, no que diz respeito à percepção sobre a naturalização de comportamentos discriminatórios e abusivos, e também sobre a necessidade de que tais práticas sejam denunciadas e punidas. Ao mesmo tempo, a conscientização da comunidade (acadêmica) tem o propósito de tornar visíveis os aspectos nocivos de certas condutas, para que passem a ser reconhecidas enquanto tal pelas instituições de ensino e da justiça.

## REFERÊNCIAS

ACOLHIDAS, Ouvidoria. Disponível em: <<https://www.facebook.com/Acolhidas/>>. Acesso em: 02 set. 2016.

ASSOCIAÇÃO DOS DOCENTES DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Disponível em: <<http://www.adusp.org.br/index.php/universidade2/2441-professoras-e-pesquisadoras-criam-rede-nao-cala-usp-contra-abusos-sexuais-e-de-genero>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

BEAUVOIR, Simone. O segundo sexo - fatos e mitos. Tradução de Sérgio Milliet. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970.

BUSTOS, Juan/ LARRAURI, Helena. Victimologia, presente y futuro (hacia um sistema penal de alternativas). Barcelona: PPU, 1993.

ESTUDANTE é vítima de tentativa de estupro em banheiro da UFU. Disponível em: <<http://www.correiodeuberlandia.com.br/cidade-e-regiao/estudante-e-vitima-de-tentativa-de-estupro-em-banheiro-da-ufu/>>. Acesso em: 02 set. 2016.

ESTUDANTES da UFU fazem manifestação no campus Santa Mônica. Disponível em: <<http://www.correiodeuberlandia.com.br/cidade-e-regiao/estudantes-da-ufu-fazem-manifestacao-no-campus-santa-monica/>>. Acesso em: 02 set. 2016.

FOOTE, William E./ GOODMAN-DELAHUNTY, Jane. Sexual Harassment - Psychological, Social, and Legal Considerations in Forensic Examinations. Washington DC: American Psychological Association, 2002.

FRANCO, Alberto Silva/ SILVA, Tadeu Antonio Dix. Assédio sexual - art. 216-A. In: FRANCO, Alberto Silva/ STOCO, Rui (org.), Código Penal e sua interpretação – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HILL, Catherine/ KEARL, Holly. Crossing the Line - sexual harassment at school. Washington, DC: AAUW, 2011.

INSTITUTO AVON/ DATA POPULAR. Violência contra a mulher no ambiente universitário. Pesquisa realizada com alunas e alunos dos cursos de graduação e pós-graduação de universidades brasileiras. São Paulo, 2015. Disponível em: <[http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/Pesquisa-Instituto-Avon\\_V9\\_FINAL\\_Bx.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/Pesquisa-Instituto-Avon_V9_FINAL_Bx.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2016.

KAISER, Günter. Criminología: una introducción a sus fundamentos científicos. Madrid: Espasa Calpe, 1983.

LEDAS, frente de mulheres da UnB. Disponível em: <<https://www.facebook.com/iedasunb/>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

MACKINNON, Catharine A. Only Words. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. São Paulo: RT, 2009.

ONU MULHERES. UnB e ONU Mulheres realizam reunião aberta, em 5/4, para levantar propostas para o enfrentamento à violência contra as mulheres nos campi. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/noticias/unb-e-onu-mulheres-realizam-reuniao-aberta-em-5-4-para-levantar-propostas-para-o-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres-nos-campi/>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

SANTOS, Cecília MacDowell. Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: Absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado. In: Revista Crítica de Ciências Sociais, 2010.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Crimes Sexuais – bases críticas para a reforma do direito penal sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

TAMARIT, Josep M. La víctima en el derecho penal - de la víctima-dogmática a uma dogmática de la víctima. Barcelona: Aranzadi, 1998.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, Apelação Criminal 1.0017.05.014081-7/001. Relator Des. Judimar Biber. Julgado em 11/05/2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, Apelação Criminal 1.0123.08.026704-0/001. Relator Des. Alexandre Victor de Carvalho. Julgado em 29/04/2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, Apelação Criminal 1.0347.10.000264-6/001. Relator Des. Adilson Lamounier. Julgado em 17/05/2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, Apelação Criminal 1.0518.09.185207-0/001. Relator Des. Flávio Leite. Julgado em 17/09/2013.



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. Notícias UNB. Disponível em: <http://www.noticias.unb.br/publicacoes/112-extensao-e-comunidade/604-violencia-contra-a-mulher-e-tema-de-aula-publica-na-unb> . Acesso em: 31 ago. 2016.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Escritório USP Mulheres realiza treinamento com assistentes sociais. Disponível em: <<http://www.usp.br/imprensa/?p=58519>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Escritório USP Mulheres. Disponível em: <<http://sites.usp.br/uspmulheres/data-popular-violencia/>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Escritório USP Mulheres. Disponível em: <http://sites.usp.br/uspmulheres/escritorio/> . Acesso 31 ago. 2016.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Jornal da USP. Disponível em: <http://jornal.usp.br/universidade/rede-de-professoras-da-usp-luta-contra-a-violencia-sexual-e-de-genero/> . Acesso em: 02 set. 2016.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS. Núcleo de estudos de gênero Pagu. Disponível em: <http://www.pagu.unicamp.br/pt-br/o-pagu> . Acesso em: 29 ago. 2016.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. Bacharelado gênero e diversidade. Disponível em: [http://www.generoediversidade.ufba.br/?page\\_id=126](http://www.generoediversidade.ufba.br/?page_id=126) Acesso em: 29 ago. 2016.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA. Ações afirmativas. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/diaaf/2016/07/29/criacao-de-ouvidoria-especializada-e-um-marco-no-combate-a-violencia-e-a-discriminacao/>>. Acesso em: 09 set. 2016.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Núcleo de Estudos de Gênero. Disponível em: <http://www.generos.ufpr.br/index.php/historico>. Acesso em: 29 ago. 2016.

ZIPPEL, Kathrin S. *The Politics of Sexual Harassment - A Comparative Study of the United States, the European Union, and Germany*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.



# **O DIREITO À PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA EM FACE DO SUJEITO ATIVO DO DELITO DE ESTUPRO COMO INSTRUMENTO PARA A DESVITIMIZAÇÃO**

*THE RIGHT TO ALIMONY AGAINST THE ACTIVE RAPE OFFENCE SUBJECT AS A DEVICTIMIZATION INSTRUMENT*

**ANA CAROLINA MORAES ABOIN**

*Professora de Direito Privado da Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT –, Campus de Alta Floresta/MT. Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo – USP. Especialista em Direito da Medicina pelo Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra, Portugal. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP) da Universidade de São Paulo (USP). Contato: ana.aboin@gmail.com.*

**MATEUS JOSÉ TIAGO LOPES MUSSI**

*Acadêmico do 7º semestre do Curso de Direito da Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT –, Campus de Alta Floresta/MT. Assistente de gabinete da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso.*

Por justicia (no por caridad),  
podrán participar eficazmente durante el proceso (...)  
Antonio Beristain<sup>1</sup>

**RESUMO:** Em um cenário de crimes contra a dignidade sexual, quando da prática do tipo do art. 213 do Código Penal, em 7,3% dos casos há risco de gravidez, e das mulheres fecundadas, 67,4% não realizam o aborto humanitário. A ausência da figura paterna, em muitos destes casos, pode representar diversas privações à genitora e à criança, subsistindo, respectivamente, a vitimização terciária e indireta. Fitando este contexto, denota-se que, muito embora as redes teóricas tenham avançado nos estudos quanto à vítima, encerrada a persecução penal, o direito brasileiro aloca a pessoa vitimada para fora de seu campo de visão, relegando-a a sua própria vulnerabilidade. Por conseguinte,

---

<sup>1</sup> BERISTAIN, Antonio. Las víctimas siguen olvidadas. *El País*, 25 de maio de 1996. Disponível em: <[http://elpais.com/diario/1996/05/25/opinion/832975207\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1996/05/25/opinion/832975207_850215.html)>. Acesso em: 07 set. 2016.

com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, da supremacia do interesse do menor e da solidariedade, defende-se ser possível a imposição de prestar alimentos, seja pelo agressor seja pelo Estado, de modo a evitar a revitimização da figura materna e a extensão de danos a criança. Para tanto, neste estudo se analisou cinco possíveis contextos nos quais pode se dar a gestação e nascimento da criança, levantando as principais discussões que surgem em cada um deles, de modo a abrir caminhos para a tutela de direitos de personalidade das vítimas, para além da indenização pecuniária.

**Palavras-chave:** Estupro. Vitimização indireta. Pensão alimentícia. Desvitimização.

**ABSTRACT:** *In a scenario of crimes against sexual dignity, such as the ones committed under the article 213 of the Brazilian Penal Code, there is a risk of pregnancy in 7.3% of the cases and, as regards fertilized women, 67.4% do not perform humanitarian abortion. The absence of the paternal figure may, in most of these cases, entail deprivations of many sorts to the mother and to the child, consequently causing tertiary and indirect victimization to persist, respectively. By analyzing this context, one notices that even though theoretical networks have made progress in the studies regarding the victim, once penal prosecution ends, the Brazilian law places the affected people out of its field of vision, leaving them to their own vulnerability. Therefore, on the grounds of the principles of solidarity, human dignity and the supremacy of the minor's interest, it is argued that it is possible to compel the aggressor or the state to provide alimony payments to avoid the mother's revictimization and also to prevent the child from being also harmed. To that end, five possible contexts were analyzed, in which a child's gestation and birth may take place. This study will bring up the main discussions that emerge in each one of such contexts so as to open the way towards a protection of the victims' personality rights that does not limit itself to monetary compensation.*

**KEY-WORDS:** Rape. Indirect victimization. Alimony duty. Devictimization.

## 1. INTRODUÇÃO: POR UMA ANÁLISE DAS EVIDÊNCIAS

No ano de 2014 foram registrados aproximadamente 47 mil estupros no Brasil<sup>2</sup>. Como demonstra o cotidiano forense, as vítimas dos crimes contra a dignidade sexual transpassam pelos três estágios daquilo que a criminologia define como vitimização. Em se tratando do gênero feminino, quando vitimado pela conduta do artigo 213<sup>3</sup> do Código Penal, além dos diversos estereótipos

---

<sup>2</sup> FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário de Segurança Pública 2015**, ano 9. São Paulo, 2015. Disponível em: <[http://www.forumseguranca.org.br/storage/download/anuario\\_2015\\_retificado\\_.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/storage/download/anuario_2015_retificado_.pdf)>. Acesso em 11 set. 2016.

<sup>3</sup> “**Estupro**. Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos”.

Vale ressaltar que o artigo foi alterado recentemente pela Lei nº 12.015, de 2009.

incrustados pela sociedade, a possibilidade de ocorrência de uma gravidez, que de fato ocorre em cerca de 7,3%<sup>4</sup> das violações sexuais, intensifica o sofrimento.

Do percentual de gestantes fecundadas em um cenário de abuso sexual, 67,4%<sup>5</sup> não realizam o aborto humanitário<sup>6</sup>. Dentre as razões para o elevado percentual<sup>7</sup>, ganham destaque, além das convicções morais da vítima e do meio em que ela está inserida, a falta de conhecimento da população sobre essa exceção prevista pela legislação brasileira, o despreparo dos profissionais<sup>8</sup> e dos estabelecimentos da área da saúde, bem como a invocação da objeção de consciência por parte de médicos<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo Santa Cruz. Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar). 11.ed. Brasília: IPEA, 2014. p.14-18. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/140327\\_notatecnicadiest11.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf)> Acesso em 11 set. 2016.

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> O termo aborto humanitário é utilizado em referência ao aborto realizado quando a gravidez é decorrente de estupro, conforme previsto pelo art. 128, inciso II, do Código Penal: “Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto no caso de gravidez resultante de estupro: II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

<sup>7</sup> POUZA, Anna Beatriz; PESSOA, Gabriela Sá Pessoa; CORTÉZ, Natacha. Dor em dobro. **Revista eletrônica Agência Pública de Reportagem e Jornalismo Investigativo**, São Paulo, mai. 2014. Disponível em <<http://apublica.org/2014/05/dor-em-dobro-2/>> Acesso em 11 set. 2016.

<sup>8</sup> “Assim, quando o profissional de saúde previne ou trata doenças sexualmente transmissíveis de mulheres violentadas, realiza contracepção de emergência e, eventualmente interrompe uma gestação, está se deparando com um fragmento do contexto de subordinação que marca a vida das mulheres, contexto no qual está necessariamente implicado. Nesse sentido, o atendimento às mulheres que sofreram violência vai além da oferta de condutas e procedimentos, pois implica a cumplicidade do profissional, e no seu empenho pessoal e ideológico com o rompimento da condição de opressão de gênero que possibilita o estupro. Dessa particularidade decorre que não é qualquer profissional que tem condições, em termos emocionais, de sensibilização e capacitação técnica e de crenças pessoais, para atender mulheres violentadas sexualmente. Do mesmo modo, o conjunto de necessidades postas pelas mulheres estupradas, como um acolhimento adequado e acompanhamento psicossocial até a superação do trauma, os diferentes manejos de uma eventual gravidez-interrupção, aceitação ou encaminhamento do recém-nascido para adoção, extrapola a oferta dos procedimentos médicos, que também são imprescindíveis, exigindo dos serviços uma organização complexa e a contínua atualização dos procedimentos e condutas, à luz dos desafios colocados pela prática”. OLIVEIRA, Eleonora Menicucci de. Fórum violência sexual e saúde. [Introdução]. **Cad Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v.23, n.2, p. 455-458, fev., 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v23n2/22.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2016.p.456.

<sup>9</sup> Para uma breve explicação sobre o conceito de objeção de consciência e suas implicações para o presente estudo, Débora Diniz aduz: “O fato é que a objeção de consciência é tradicionalmente entendida como um direito dos médicos em situações de conflito moral. No entanto, a diversidade moral como um valor ético implica no direito universal à objeção de consciência para todos os profissionais de saúde. Um instrumentalista, por exemplo, poderia recorrer a esse princípio para negar-se a auxiliar um médico em um procedimento. A universalidade do direito à objeção de consciência não representa risco de fato aos serviços de saúde, pois é um dispositivo moral utilizado em situações muito particulares. Em geral, é uma proteção acionada em situações limite: aquelas em que o profissional de saúde se vê moralmente ofendido caso prossiga um procedimento ou atendimento. Caso fosse cotidianamente utilizada para mediar conflitos morais entre profissionais de saúde e pacientes haveria pouco espaço para a neutralidade moral, que se espera nos cuidados de saúde. Ou seja, o que garante a permanência do direito à objeção de consciência como um recurso de proteção em situações de conflito moral é, por um lado, seu fundamento no pluralismo moral, mas, por outro, a baixa frequência com que é acionado nos serviços de saúde. Mas uma característica dos casos de objeção de consciência que ascendem à esfera pública é que, em geral, são situações envolvendo mulheres e decisões reprodutivas. Nesse cenário, a situação mais recorrente é a de aborto, que se manifesta, especialmente, nos serviços destinados aos casos de abortamento permitidos por lei – Programa Aborto Legal”. **Bioética e gênero. Revista Bioética**, Brasília, v.16, n.2, p.207-216, 2008.p.209.

Em pesquisa realizada no estado do Rio de Janeiro, no ano de 2014, o Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA) mostrou que de 432 profissionais da saúde, 5% disseram realizar abortamento legal em caso de estupro<sup>10</sup>. Além disso, o tempo que a gestante gasta vagando entre hospitais é determinante para continuidade obrigatória da gravidez, dado que a partir da 20ª semana de gestação não é mais possível a realização de um aborto<sup>11</sup>.

Se considerarmos que todas as vítimas dos estupros mencionados no primeiro parágrafo eram mulheres e que em todos os casos houve a prática de conjunção carnal, a partir de um cálculo simples poderíamos chegar em 3.431 concepções e 2.312 partos resultantes de uma conduta delituosa.

A gravidez é causa de aumento de pena nos crimes previstos pelo título VI do Código Penal. O aumento de metade da pena, previsto no inciso III do artigo 234-A, incluído pela Lei n. 12.015/09, justifica-se pelas dificuldades e consequências conhecidas das mulheres que optam pelo abortamento ou pela criação de uma criança.

Neste último caso, a ausência da figura paterna pode representar diversas privações à genitora e à criança, subsistindo, respectivamente, a vitimização terciária e indireta, que consistem no sofrimento ocasionado pelo desamparo dos órgãos públicos além da própria sociedade<sup>12</sup> ao indivíduo alvo da conduta delituosa e nos dissabores desencadeados em decorrência do crime naqueles que convivem com a vítima<sup>13</sup>.

Fitando este contexto, denota-se que, muito embora as redes teóricas tenham avançado nos estudos quanto à vítima, encerrada a persecução penal, o sistema penal pátrio aloca a pessoa vitimada para fora de seu campo de visão, lançando-a à sua própria vulnerabilidade.

A partir desse cenário, defende-se nesse estudo a possibilidade de imposição ao autor do delito, ou ao Estado, nas hipóteses em que aquele não seja conhecido ou não tenha condições de realizá-lo, o dever de prestar alimentos à criança que foi gerada nessas circunstâncias, como meio de minimizar os danos causados pela vitimização terciária – da genitora – e indireta – da criança.

---

Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/68/71](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/68/71)>. Acesso em: 11 set. 2009.

No mesmo sentido: “Mesmo sabendo que a realização do aborto decorrente de estupro é legalmente permitida, muitos profissionais relutam em realizar este procedimento, seja por objeção de consciência ou por não se sentirem confortáveis em ter seu nome relacionado a este tipo de prática”. OLIVEIRA, Eleonora Menicucci de. *Op. cit.* p.457.

<sup>10</sup> CFEMEA. Tolerância institucional à violência contra as mulheres. Brasília-DF, 2014. Disponível em: <[http://www.cfemea.org.br/images/stories/pdf/tolerancia\\_institucional\\_violencia\\_contra\\_mulheres.pdf](http://www.cfemea.org.br/images/stories/pdf/tolerancia_institucional_violencia_contra_mulheres.pdf)>. Acesso em 11 set. 2016.

<sup>11</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes**. Norma técnica. 3.ed. Brasília, 2012.p.81.

<sup>12</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.55.

<sup>13</sup> SUMARIVA, Paulo. **Criminologia: Teoria e prática**. Niterói/RJ: Impetus, 2013.p.51.

## 2. RECONSTRUINDO O CENÁRIO DO CRIME

No Direito brasileiro as questões inerentes à prestação alimentícia têm ganhado paulatinamente maior elasticidade. Tanto é assim, que atualmente existem discussões acerca da responsabilidade civil por dano imputável ao genitor biológico que não assumiu seus deveres alimentares decorrentes da paternidade, bem como da obrigação alimentar do Estado na inexistência de familiares que com esta possam cumprir. Afinal, esta tendência em facilitar o fornecimento dos alimentos justifica-se frente a sua imprescindibilidade. Nas palavras de Yussef Said Cahali<sup>14</sup>:

Adotada no direito para designar o conteúdo de uma pretensão ou de uma obrigação, a palavra “alimentos” vem a significar tudo o que é necessário para satisfazer aos reclamos da vida; são as prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode promovê-las por si; mais amplamente, é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigi-la de outrem, como necessário à sua manutenção.

Tomando por ponto de partida o princípio da dignidade da pessoa humana e da supremacia do interesse da criança e do adolescente, defende-se ser possível a percepção de alimentos sem a revitimização massiva da figura materna e nem a extensão de danos à criança. Garantir, nesse contexto, o direito a alimentos para a criança permite que ela tenha – ao menos – assistência material, de modo a permitir um melhor desenvolvimento de sua personalidade durante sua infância e adolescência, além de auxiliar a genitora a cumprir com seu dever de sustento.

Em busca da concretização da possibilidade, delineiam-se cinco hipóteses e suas respectivas problemáticas: (i) genitora e criança que mantenham relações de afetividade com o agressor; (ii) genitora que, apesar de não manter relações conjugais com o agressor, permite que a criança estabeleça com aquele vínculos de parentalidade; (iii) alimentos gravídicos; (iv) alimentos indenizatórios a cargo do agressor, sem manutenção de nenhum tipo de contato entre vítimas e agressor; (v) imposição ao Estado do dever alimentar.

O primeiro cenário é aquele em que a mãe da criança mantém relação afetiva com o agressor, tendo sido o crime realizado dentro desse contexto.

Hodiernamente, tem se admitido que a mulher casada pode ser vítima de um estupro praticado por seu marido<sup>15</sup>, restando o ideário de débito conjugal

---

<sup>14</sup> CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.15.

<sup>15</sup> “Embora o estupro seja uma situação limite, é um ato que deve ser entendido como o ponto extremo de um *continuum* de negação da autonomia das mulheres sobre seus corpos. Além das mulheres que chegam aos serviços com queixas de violência sexual, existem várias que são obrigadas a ter relações sexuais sem vontade, mesmo sob coação e mesmo sem proteção com seus parceiros, maridos ou namorados, e que não

praticamente superado<sup>16</sup>. Reconhecem-se, dessa forma, direitos que tutelam a liberdade sexual da mulher, inclusive direitos reprodutivos, como é o caso do direito ao aborto, decorrente de sua dignidade, permitindo a ela decidir livremente sobre a condução de sua vida sexual, ainda que dentro de um relacionamento, independentemente de sua forma – casamento, união estável, ou qualquer outro tipo de entidade familiar ou relacionamento afetivo.

Desta forma, reais são os casos em que a ofendida volta a conviver com aquele que lhe ofendeu e, em determinados casos, com este mantém relacionamento estável. São fatídicos também os casos de mulheres que mesmo não conhecendo previamente o autor, passam a com este conviver, ou permitem que sua prole o faça, após o crime.

Nos casos em que a mulher retorna ou passa a se relacionar maritalmente com aquele que a agrediu, a prestação alimentícia é embutida na própria economia doméstica, a ser custeada pelos rendimentos de ambos os cônjuges ou conviventes. Decorre do próprio dever de sustento dos filhos a obrigação alimentar. Nesses casos, é reconhecida a paternidade em face do agressor, ou caso não o seja, há diversos recursos que permitem seu reconhecimento, facilitado principalmente pelo acesso a exames genéticos, como o caso do exame de DNA, comumente utilizado em ações de paternidade, e, portanto, o dever de alimentos dela decorre.

Guilherme de Souza Nucci chega a defender que, havendo casamento do réu com a ofendida, a aplicação da causa de aumento do artigo 234-A, inciso III, é demasiadamente severa<sup>17</sup>. Apesar do Código Civil ainda trazer a possibilidade de casamento de menores de 16 anos, prevista pelo art. 1520<sup>18</sup> do Código Civil, em caso de gravidez, ou para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal, dependente de autorização judicial, a Lei n. 11.106/2005 revogou o

---

procuram serviços de saúde por esta razão, entendendo que este é um ônus inerente à sua condição de mulher”. OLIVEIRA, Eleonora Menicucci de. *Op. cit.*, p.456.

<sup>16</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p.47. Para Maria Berenice Dias, “a presença do Estado é tão invasiva, que chega à vida íntima do par. Há quem diga que o casamento gera o chamado **débito conjugal**. O exercício da sexualidade seria um encargo, a ponto de gerar no par o direito de exigir o seu adimplemento. Por tudo isso, é possível afirmar que o Estado acaba na cama com o casal! Arvora-se o direito de ditar comportamentos, impondo aos cônjuges uma série de encargos e deveres. Parece que, com sua onipotência, olvida que são **pactos íntimos** que ligam duas pessoas: parte subjacente das relações, baseadas em um contrato ou “trato”. O fato é que ninguém consegue imiscuir-se nos espaços de convívio do par, e não são normas legais que irão mantê-los unidos. De nada adianta tentar impor condutas ou ditar o modo de viver a quem optou por oficializar o seu relacionamento afetivo. Dita ingerência, além de notadamente descabida, é de todo desnecessária”. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p.173-174.

<sup>17</sup> “Embora não mais subsista a causa de extinção da punibilidade pelo casamento da vítima com o agressor, cremos ser demasiadamente severo e despiendo um aumento de pena para a gravidez, que, no fim, terminou aceita e desejada”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p.246. A causa de aumento de pena aqui tratada diz respeito ao aumento de metade da pena se do crime resultar gravidez.

<sup>18</sup> Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.



inciso VII do art. 107 do Código Penal, excluindo, assim, essa causa de exclusão de punibilidade<sup>19</sup>.

No que se refere à pessoa vitimada que aceita a convivência de seu filho com o ofensor, porém não deseja com este conviver no mesmo lar, a prestação de alimentos mostra-se adequada e pouco controvertida, ante o estabelecimento de vínculos de paternidade entre agressor e criança.

Nessas duas primeiras hipóteses, não se inflama o debate acerca da possibilidade de fixação de prestação de alimentos, tanto se tratando de vítima e agressor que passam (ou mantêm) a conviver no âmbito do mesmo núcleo familiar, quanto de criança que convive com o agressor, ainda que a genitora não mantenha com aquele relacionamento afetivo, uma vez que em ambos os casos é – ou pode ser – reconhecida a paternidade do agressor.

Acrescenta-se que o cometimento de crime, dentre os quais o tipo do art. 213 do Código Penal, poderia ensejar a perda do poder familiar, com fundamento no art. 1638, inciso III, do Código Civil. Todavia, essa é uma análise que deve ser feita em face de cada caso concreto, visando sempre a proteção do melhor interesse da criança. Insta mencionar que em 07 de março de 2016, em notícia publicada no site do Superior Tribunal de Justiça, informou-se que o Tribunal manteve a suspensão do direito de visita de um pai condenado por estupro, com fundamento essencialmente no princípio da proteção integral da criança e do adolescente. Cabe ainda dizer que o estupro que ensejou a condenação do pai da criança não fora praticado contra a mãe deste<sup>20</sup>.

Não se pretende tolher o direito de convivência da pessoa presa com sua descendência, resguardado pela Lei nº 12.962/2014. Malgrado a brutalidade do delito capitulado no artigo 213 do Código Penal, acredita-se em uma Justiça reparativa, ressocializadora e capaz de modificar pessoas. Destarte, um ser humano ressocializado pode exercer os ofícios da paternidade. Todavia, essas circunstâncias devem ser analisadas frente às particularidades do caso concreto.

Como terceira hipótese, há que se falar ainda, pensando aqui na mulher enquanto vítima, na possibilidade de pleitear a fixação de alimentos gravídicos<sup>21</sup>, considerando que eles possuem como função garantir a vida da

---

<sup>19</sup> “Em consequência, o casamento deixou de evitar a imposição ou o cumprimento de pena criminal, nos crimes contra os costumes de ação penal pública”. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. v.6. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p.54.

<sup>20</sup> O número do processo não foi revelado por se tratar de segredo de justiça, mas as informações foram divulgadas em notícia no site do STJ. PORTAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **STJ mantém suspenso direito de visita a pai condenado pelo crime de estupro**. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/STJ-a-mant%C3%A9m-suspenso-direito-de-visita-a-pai-condenado-pelo-crime-de-estupro](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/STJ-a-mant%C3%A9m-suspenso-direito-de-visita-a-pai-condenado-pelo-crime-de-estupro)>. Acesso em 11 set. 2016.

<sup>21</sup> Os alimentos gravídicos foram regulamentados pelo ordenamento por meio da Lei n. 11.804, de 5 de novembro de 2008 – Lei de Alimentos Gravídicos –, que, em seu art. 2º, considera que “Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação

gestante, e indiretamente do nascituro, durante o período de gestação. Assim, sua fixação objetivaria a divisão das despesas decorrentes da gravidez, que, de acordo com a legislação, devem ser divididas entre gestante e suposto pai da criança proporcionalmente às suas possibilidades econômicas. Nesse caso específico, os alimentos serviriam de auxílio financeiro à vítima que se encontra gestante em decorrência da prática do crime e que optou por não pôr termo à gravidez, ou até mesmo nas hipóteses em que não conseguiu acesso ao

---

especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes”. Há discussão doutrinária quanto à titularidade dos alimentos gravídicos, dividindo-se a doutrina entre os que entendem que o titular dos alimentos gravídicos seria o nascituro (nesse sentido, MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Procedimentos cautelares e especiais:** ações coletivas, ações constitucionais, jurisdição voluntária, antecipação dos efeitos da tutela, Juizados Especiais Cíveis, Federais e da Fazenda Pública. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010), e entre aqueles que entendem ser a gestante a titular (por todos: LÔBO, Paulo. **Direito civil:** famílias. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011; DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*). O posicionamento do STJ segue o primeiro entendimento, conforme se denota pela análise do seguinte Recurso Especial: DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA.SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA. 1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil - que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento -, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei. 2. Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, caput, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser tutelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe o atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro - embora não nascida - é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida" - tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.658). 3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro - natalista e da personalidade condicional - fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa - como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros. 4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais. 5. Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n. 6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina. 6. Recurso especial provido. (grifo nosso). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1415727/SC**, Quarta Turma, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 04/09/2014, DJe 29/09/2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiretor/?num\\_registro=201303604913&dt\\_publicacao=29/09/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiretor/?num_registro=201303604913&dt_publicacao=29/09/2014)>. Acesso em: 12 set. 2016.

procedimento de aborto em tempo hábil. Considerando que a lei prevê a imposição dos alimentos existindo apenas indícios de paternidade, conforme disposto no art. 6º da Lei n. 11.804/2008, defende-se a mesma possibilidade no caso de gravidez decorrente de crime de estupro em que se conheça a autoria delitiva.

Adentrando a análise da quarta hipótese, depara-se com uma genitora que sabe sobre quem recai a autoria delitiva e conseqüentemente a paternidade, no entanto, independentemente dos motivos que tenha, não deseja com este conviver e também não quer que com ele seus filhos mantenham algum tipo de vínculo. Neste caso, uma possível imposição de prestação alimentícia em favor da criança poderia ensejar discussões acerca de reconhecimento de paternidade biológica e, ainda, direito à convivência.

O primeiro questionamento que pode surgir quando da cogitação de imposição de dever de prestar alimentos diz respeito ao estabelecimento de vínculo de paternidade entre o autor do delito e a criança gerada, especialmente pelo fato de que o dever de prestar alimentos fundamenta-se nos laços de parentesco existente entre as pessoas, salvo as hipóteses de alimentos compensatórios, que estariam mais próximos do instituto da responsabilidade civil.

A realização de exames para determinação da autoria do delito e da conseqüente paternidade biológica da criança se mostram necessários, de modo a comprovar que a gravidez é conseqüência da prática do crime. Uma vez comprovado, impositivo o dever alimentar.

Deve-se levar em consideração, contudo, todos os avanços e conquistas da doutrina e da jurisprudência pátria em termos de relações de filiação. Em primeiro lugar, cabe ressaltar que hoje prevalece no ordenamento jurídico a constatação de que a paternidade – ou filiação, a depender do prisma que se esteja encarando – fundamenta-se na socioafetividade<sup>22</sup>, e não apenas em laços

---

<sup>22</sup> Por todos, cita-se: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. 1. PREFACIAL. PRINCÍPIOS DA CONCENTRAÇÃO DA DEFESA NA CONTESTAÇÃO E DA ADSTRIÇÃO. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. EMENDA DA INICIAL. AQUIESCIDA PELA PARTE REQUERIDA, COM REITERAÇÃO DAS MATÉRIAS DE DEFESAS DESENVOLVIDAS NO CURSO DO PROCESSO. 2. MÉRITO. DECLARANTE, SOB A PRESUNÇÃO PATER IS EST, INDUZIDO A ERRO. VERIFICAÇÃO. RELAÇÃO DE AFETO ESTABELECIDADA ENTRE PAI E FILHO REGISTRAS CALCADA NO VÍCIO DE CONSENTIMENTO ORIGINÁRIO. ROMPIMENTO DEFINITIVO. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. 3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Afigura-se absolutamente estéril a discussão afeta à observância ou não dos princípios da eventualidade e da adstrição, notadamente porque a tese de paternidade socioafetiva, não trazida inicialmente na contestação, mas somente após o exame de DNA, conjugada com a também inédita alegação de que o demandante detinha conhecimento de que não era o pai biológico quando do registro, restou, de certo modo, convalidada no feito. Isso porque o autor da ação pleiteou a emenda da inicial, para o fim de explicitar o pedido de retificação do registro de nascimento do menor, proceder aquiescido pela parte requerida, que, posteriormente, ratificou os termos de sua defesa como um todo desenvolvida no processo. 2. A controvérsia instaurada no presente recurso especial centra-se em saber se a paternidade registral, em desacordo com a verdade biológica, efetuada e declarada por indivíduo que, na fluência da

biológicos. O tema inclusive teve sua Repercussão Geral reconhecida pelo STF, na RG 622<sup>23</sup>.

---

união estável estabelecida com a genitora da criança, acredita, verdadeiramente, ser o pai biológico desta (incidindo, portanto, em erro), daí estabelecendo vínculo de afetividade durante os primeiros cinco/seis anos de vida do infante, pode ou não ser desconstituída. 2.1. Ao declarante, por ocasião do registro, não se impõe a prova de que é o genitor da criança a ser registrada. O assento de nascimento traz, em si, esta presunção, que somente pode vir a ser ilidida pelo declarante caso este demonstre ter incorrido, seriamente, em vício de consentimento, circunstância, como assinalado, verificada no caso dos autos. Constatou-se, por conseguinte, que a simples ausência de convergência entre a paternidade declarada no assento de nascimento e a paternidade biológica, por si, não autoriza a invalidação do registro. Ao marido/companheiro incumbe alegar e comprovar a ocorrência de erro ou falsidade, nos termos dos arts. 1.601 c.c 1.604 do Código Civil. Diversa, entretanto, é a hipótese em que o indivíduo, ciente de que não é o genitor da criança, voluntária e expressamente declara o ser perante o Oficial de Registro das Pessoas Naturais ("adoção à brasileira"), estabelecendo com esta, a partir daí, vínculo da afetividade paterno-filial. A consolidação de tal situação (em que pese antijurídica e, inclusive, tipificada no art. 242, CP), em atenção ao melhor e prioritário interesse da criança, não pode ser modificada pelo pai registral e socioafetivo, afigurando-se irrelevante, nesse caso, a verdade biológica. Jurisprudência consolidada do STJ. 2.2. A filiação socioafetiva, da qual a denominada adoção à brasileira consubstancia espécie, detém integral respaldo do ordenamento jurídico nacional, a considerar a incumbência constitucional atribuída ao Estado de proteger toda e qualquer forma de entidade familiar, independentemente de sua origem (art. 227, CF). 2.3. O estabelecimento da filiação socioafetiva perpassa, necessariamente, pela vontade e, mesmo, pela voluntariedade do apontado pai, ao despendar afeto, de ser reconhecido como tal. É dizer: as manifestações de afeto e carinho por parte de pessoa próxima à criança somente terão o condão de convolverem-se numa relação de filiação, se, além da caracterização do estado de posse de filho, houver, por parte daquele que despende o afeto, a clara e inequívoca intenção de ser concebido juridicamente como pai ou mãe daquela criança. Portanto, a higidez da vontade e da voluntariedade de ser reconhecido juridicamente como pai, daquele que despende afeto e carinho a outrem, consubstancia pressuposto à configuração de toda e qualquer filiação socioafetiva. Não se concebe, pois, a conformação desta espécie de filiação, quando o apontado pai incorre em qualquer dos vícios de consentimento. Na hipótese dos autos, a incontestada relação de afeto estabelecida entre pai e filho registrais (durante os primeiros cinco/seis anos de vida do infante), calcada no vício de consentimento originário, afigurou-se completamente rompida diante da ciência da verdade dos fatos pelo pai registral, há mais de oito anos. E, também em virtude da realidade dos fatos, que passaram a ser de conhecimento do pai registral, o restabelecimento do aludido vínculo, desde então, nos termos deduzidos, mostrou-se absolutamente impossível. 2.4. Sem proceder a qualquer consideração de ordem moral, não se pode obrigar o pai registral, induzido a erro substancial, a manter uma relação de afeto, igualmente calcada no vício de consentimento originário, impondo-lhe os deveres daí advindos, sem que, voluntária e conscientemente, o queira. Como assinalado, a filiação socioafetiva pressupõe a vontade e a voluntariedade do apontado pai de ser assim reconhecido juridicamente, circunstância, inequivocamente, ausente na hipótese dos autos. Registre-se, porque relevante: Encontrar-se-ia, inegavelmente, consolidada a filiação socioafetiva, se o demandante, mesmo após ter obtido ciência da verdade dos fatos, ou seja, de que não é pai biológico do requerido, mantivesse com este, voluntariamente, o vínculo de afetividade, sem o vício que o inquinava. 2.5. Cabe ao marido (ou ao companheiro), e somente a ele, fundado em erro, contestar a paternidade de criança supostamente oriunda da relação estabelecida com a genitora desta, de modo a romper a relação paterno-filial então conformada, deixando-se assente, contudo, a possibilidade de o vínculo de afetividade vir a se sobrepor ao vício, caso, após o pleno conhecimento da verdade dos fatos, seja esta a vontade do consorte/companheiro (hipótese, é certo, que não comportaria posterior alteração). 3. Recurso Especial provido, para julgar procedente a ação negatória de paternidade. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1330404/RS**, Terceira Turma. Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, julgado em 05/02/2015, DJe 19/02/2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201201279511](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201201279511)>. Acesso em: 08 set. 2016.

<sup>23</sup> RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. IMPRESCRITIBILIDADE. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. PATERNIDADE BIOLÓGICA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. CONTROVÉRSIA GRAVITANTE EM TORNO DA PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM DETRIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. ART. 226, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PLENÁRIO VIRTUAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

Ademais, a doutrina ainda deixa clara a distinção entre paternidade e origem genética, a exemplo da lição de Paulo Lôbo<sup>24</sup>:

O estado de filiação, decorrente da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, constitui fundamento essencial da atribuição de paternidade ou maternidade. Nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética. São duas situações distintas, tendo a primeira natureza de direito de família, e a segunda, de direito da personalidade. As normas de regência e os efeitos jurídicos não se confundem nem se interpenetram.

Assim, o simples fato de se ter reconhecida a ascendência genética da criança não seria suficiente ao estabelecimento de vínculos de paternidade, uma vez que seu estabelecimento pauta-se na socioafetividade, e, ademais, há outras situações previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro em que ocorre a perda (ou destituição) do poder familiar (art. 1638, Código Civil), mas que pode subsistir o dever de prestar assistência material à criança<sup>25</sup>. Essa situação pode ser utilizada como parâmetro para justificar a imposição do dever nos casos aqui analisados.

Uma crítica que poderia ser feita nesses casos seria a constante revitimização da genitora que se vê obrigada a manter contato com o seu

---

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 692186**. Relator Min. Luiz Fux, julgado em 29/11/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=692186&classe=ARE-RG&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 08 set. 2016. O Recurso Extraordinário 841528, representativo da controvérsia, ainda não foi julgado pelo Plenário do Tribunal.

<sup>24</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista CEJ**, Brasília, n. 27, p. 47-56, out./dez., 2004.p.53. No mesmo sentido Heloisa Helena Barboza, para quem “O reconhecimento do direito à identidade genética, sem dúvida, em muito contribuirá para a ligação do ser humano consigo mesmo”. BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à identidade genética. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família, Família e Cidadania. O novo CCB e a vacatio legis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 379-390.

<sup>25</sup> Para Maria Berenice Dias, o dever de alimentos é obrigação unilateral e independe do poder familiar. “A perda ou suspensão do poder familiar não retira dos pais o dever de alimentos. Entendimento em sentido contrário premiaria quem faltou com seus deveres”. DIAS, Maria Berenice, *Op. cit.*, p. 466. No mesmo sentido, Maria Paula Gouvêa Galhardo, para quem a perda ou suspensão do poder familiar não exonera os pais do dever de sustentar os filhos, (GALHARDO, Maria Paula Gouvêa. Da destituição do pátrio poder e dever alimentar. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, n. 52, p. 42–48, jul./set., 2002). E ainda Ênio Gentil Vieira Júnior e Amanda Oliari Melotto, que fazem a distinção entre extinção do poder familiar e destituição do poder familiar. Para eles, o único caso em que se teria o rompimento dos vínculos de parentesco seria na adoção, por determinação do próprio ECA. Assim, mesmo nos casos de destituição do poder familiar seriam mantidos os deveres, dentre os quais, o dever de prestar alimentos. “Deste modo, não há que se falar em cancelamento do registro de nascimento e, consequentemente, de rompimento dos vínculos de parentesco e obrigações ou deveres disto decorrentes”(p.33). Acrescenta-se: “Destarte, uma vez destituído ou extinto o poder familiar, a obrigação de sustento cessa, mas o dever de prestar alimentos permanece, exigindo apenas a comprovação da necessidade de quem os pleiteia” (p.38). VIEIRA JÚNIOR, Ênio Gentil; MELOTTO, Amanda Oliari. Os pais destituídos do poder familiar e a obrigação de prestar alimentos. **Revista da ESMESC**, v. 18, n. 24, p.29-45, 2011.

agressor, e, conseqüentemente, a reviver constantemente com a lembrança do crime, em todos os momentos nos quais tiver de efetuar a cobrança dos alimentos.

Soluções transitórias para esta situação nos são apresentadas com a invocação dos princípios da dignidade da pessoa humana e supremacia do interesse da criança. Poder-se-ia, nesta hipótese, adotar uma política de redução de danos, a ser exaustivamente pensada e trabalhada com medidas como, por exemplo, o pagamento da prestação alimentícia via depósito judicial ou desconto em folha de pagamento, como já ocorre em muitas ações de alimentos, com previsão expressa pelo Novo Código de Processo Civil, no art. 529, podendo inclusive ser fixada na própria sentença penal condenatória, devendo apenas ser executada no cível no caso de inadimplemento.

Neste passo, abre-se outra possibilidade e se ingressa no breve debate sobre a possível fixação de alimentos indenizatórios a serem pagos pelo autor do crime ou pelo Estado, divergente dos alimentos decorrentes de relações de parentesco, revelando-se estes a forma mais comum de alimentos pleiteados perante o Poder Judiciário.

O debate sobre os alimentos indenizatórios a serem pagos pelo indivíduo condenado, trava-se essencialmente na comprovação de danos. Atente-se, a pretensão não se funda na reparação do constrangimento sofrido pela mãe, mas sim nos gastos futuros e essenciais para a formação da criança.

Comumente é aplicável a imposição de alimentos indenizatórios quando há acidente que impossibilite para o trabalho<sup>26</sup>, ou então quando ocorre morte de uma pessoa<sup>27</sup> que era responsável pelo sustento de outras, sendo os alimentos fixados para garantir o sustento dos dependentes da vítima<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> O fundamento para imposição dessa modalidade de indenização encontra-se nos arts. 949 e 950 do Código Civil, abaixo transcritos:

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

<sup>27</sup> Nesse contexto é aplicável a SÚMULA 491: “É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”.

<sup>28</sup> No caso específico de homicídio, o fundamento encontra-se previsto no art. 948 do Código Civil, abaixo transcrito:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Ainda sobre essa situação, confira-se decisão do STJ: RECURSOS ESPECIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE FERROVIÁRIO. MORTE. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. PENSÃO POR MORTE DE FILHO COM 17 ANOS. 13º SALÁRIO.

Uma iniciativa legislativa inova nesse sentido, tratando diretamente da criança gerada em decorrência do cometimento de crime de estupro. Buscando o real *mens legis* do Estatuto do Nascituro (Projeto de Lei 478/2007, em trâmite na Câmara dos Deputados<sup>29</sup>) é possível interpretar o disposto no artigo 13 do projeto como alimentos reparatórios. O referido dispositivo prevê a possibilidade de imposição do dever alimentar em benefício do nascituro concebido a partir de ato de violência sexual, recaindo a imposição ao Estado caso o agressor não seja identificado.

Outra dificuldade seria a execução destes alimentos em caso de inadimplemento, pelo fato de haver discussão quanto ao procedimento que deve ser adotado para execução dos alimentos indenizatórios.

---

TAXA DE JUROS LEGAIS MORATÓRIOS APÓS O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO CIVIL. TAXA SELIC. JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. 1. Ação de indenização por danos materiais e morais movida pela mãe de adolescente morto em acidente em estação de trem, em razão de falha na prestação de serviço da ré, acarretando a morte de seu filho, com apenas 17 anos (queda da composição ferroviária, em razão de uma porta que se encontrava indevidamente aberta). 2. Majoração do valor da indenização por dano moral na linha dos precedentes desta Corte, considerando as duas etapas que devem ser percorridas para esse arbitramento, para o montante correspondente a 400 salários mínimos. Método bifásico. 3. Concessão de pensão por morte em favor da mãe da vítima adolescente, fixada inicialmente em dois terços do salário mínimo, a partir da data do óbito até o dia em que completaria 65 anos de idade, reduzindo-se para um terço do salário mínimo a partir do momento em que faria 25 anos de idade. Aplicação da Súmula 491 do STF na linha da jurisprudência do STJ. 4. Fixação da taxa dos juros legais moratórios, a partir da entrada em vigor do artigo 406 do Código Civil de 2002, com base na taxa Selic, seguindo os precedentes da Corte Especial do STJ (REsp. 1.102.552/CE e EREsp 267.080/SC, em ambos o rel. Min. Teori Zavascki). 5. Exclusão da parcela relativa ao 13º salário por não ter sido demonstrado que a vítima trabalhava na época do fato. 6. Sucumbência redimensionada, sendo reconhecido o decaimento mínimo da autora. 7. RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1279173/SP**, Terceira Turma, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, julgado em 04/04/2013, DJe 09/04/2013). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1279173&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 10 set. 2016.

<sup>29</sup> Muitas críticas estão sendo dirigidas ao Projeto de Lei intitulado “Estatuto do Nascituro”, interessando às considerações aqui desenvolvidas a questão da necessidade de reaproximação da vítima com o agressor para que sejam pleiteados os alimentos, o que pode ser resolvido com medidas específicas já apresentadas no presente trabalho. Ainda, conforme redação original do Projeto, entendia-se pela vedação de qualquer forma de aborto. Todavia, a Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) aprovou a alteração do art. 13 do Projeto, passando a constar a ressalva ao art. 128 do Código Penal, que prevê justamente a realização de aborto no caso de estupro. O artigo foi aprovado com a seguinte redação:

“Art. 13. O nascituro concebido em decorrência de estupro terá assegurado os seguintes direitos, ressalvados o disposto no Art. 128 do Código Penal Brasileiro:

I – direito à assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico da mãe;

II – direito de ser encaminhado à adoção, caso a mãe assim o deseje.

§ 1º Identificado o genitor do nascituro ou da criança já nascida, será este responsável por pensão alimentícia nos termos da lei.

§ 2º Na hipótese de a mãe vítima de estupro não dispor de meios econômicos suficientes para cuidar da vida, da saúde do desenvolvimento e da educação da criança, o Estado arcará com os custos respectivos até que venha a ser identificado e responsabilizado por pensão o genitor ou venha a ser adotada a criança, se assim for da vontade da mãe”.

Atualmente o Projeto se encontra em análise na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), tendo sido aprovada a realização de Audiência Pública com a finalidade de debater o Estado do Nascituro. Para maiores informações sobre o PL 478/2007, confira-se: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>>. Acesso em: 10 set. 2016.

Maria Berenice Dias<sup>30</sup>, em defesa dos infantes, aduz em sua obra que não existindo pessoa com grau de parentesco que possa fornecer alimentos ao dependente, assim deve fazer o Estado:

Identifica o ECA como criança, a pessoa de até 12 anos incompletos e, como adolescente, quem tem menos de 18 anos (ECA 2º). Uma vez que a Constituição (7º. XXXIII e 227 §3º I) veda o trabalho até os 16 anos de idade, só admitindo o trabalho como aprendiz depois dos 14 anos, claramente até essa idade crianças e adolescentes não dispõem de condições de prover à própria subsistência. Não possuindo os pais meios de atender ao dever de sustento decorrente do poder familiar (CC 1.568 e ECA 22) e nem os demais parentes que têm obrigação alimentar (CC 1.591, 1.592 e 1.694), é do Estado a obrigação de assegurar a manutenção dos jovens carentes no âmbito da assistência social.

Há julgados responsabilizando o Estado pela ocorrência de crime de estupro, sendo fixada indenização por danos morais. Colaciona-se como exemplo a Apelação Cível nº 70065438269<sup>31</sup>, julgada em 2015 pela Quinta

---

<sup>30</sup> DIAS, Maria Berenice, *Op. cit.*, p.585.

<sup>31</sup> APELAÇÕES CIVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ESTUPRO NA UNIDADE DE ENSINO ESTADUAL. CULPA DO ESTADO COMPROVADA NO FEITO. VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA E SEXUAL CONTRA INFANTE. DANOS MORAIS VERIFICADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO MAJORADO. 1. A violência sofrida pelo autor é fato incontroverso nos autos, na forma do art. 334, inciso III, do Código de Processo Civil, uma vez que não impugnado pelo réu. Dessa forma, basta definir aonde ocorreu o evento danoso que deu causa à lide, para, assim, responsabilizar o Estado. 2. Assiste razão à parte autora ao imputar ao Estado a responsabilidade pelos danos ocasionados, tendo em vista que a prova angariada evidencia que o autor foi estuproado por outro aluno, dentro das dependências da Escola Estadual Leopoldo Ost. 3. A Administração Pública tem responsabilidade de ordem objetiva pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, nos termos do § 6º, do art. 37 da CF, o que dispensaria a parte prejudicada de provar a culpa do Poder Público para que ocorra a reparação, bastando à relação de causalidade entre a ação ou omissão administrativa e o dano sofrido. 4. Hipótese que não se verifica no caso dos autos, porquanto o evento danoso aqui analisado não foi causado por nenhum agente do ente estatal, sendo inaplicável a norma constitucional relativa à responsabilidade civil objetiva do Estado à espécie. O presente feito versa sobre responsabilização subjetiva, restando verificar, então, a ocorrência de omissão pelo ente público para aferir o dever de indenizar por parte deste. 5. A responsabilidade subjetiva do Estado só pode ser reconhecida quando provada a conduta culposa por seus agentes, contrária aos ditames legais e ao ordenamento jurídico vigente. Imprescindível, neste caso, a comprovação da culpa. 6. A falta prova produzida nos autos demonstra inequivocamente a responsabilidade do demandado, devido à omissão em adotar as providências necessárias de forma a evitar o dano causado, violando a garantia de cuidado e zelo pelo aluno, menor, que teve sua segurança confiada por sua mãe. 7. O demandado deve ressarcir os danos morais causados, conforme determina o art. 186 do Código de Processo Civil, decorrentes de a parte autora experimentar sentimento de frustração e impotência, tendo sua intimidade violada sob agressão. Tal medida abusiva resulta na violação ao dever de respeitar esta gama de direitos inerentes a personalidade de cada ser humano, em especial o estado psicológico daquela. 8. Ademais, sequer comprovou a ocorrência de qualquer causa excludente de sua responsabilidade, fato este impeditivo do direito da autora, ônus processual que se impunha e do qual não se desincumbiu, a teor do que estabelece o art. 333, inc. II, do CPC. 9. Com relação ao valor a ser arbitrado a título de indenização por dano moral, há que se levar em conta o princípio da proporcionalidade, bem como as condições do ofendido, in casu, menor do ofensor, o Estado do Rio Grande do Sul. 10. Deve ser valorado que o autor possuía oito anos na data em que foi agredido e compelido a praticar sexo anal não o outro aluno, tudo dentro das dependências da instituição de ensino. Além da gravidade do ocorrido, vale ressaltar que a lembrança prejudicará muito a formação psicológica da criança, sinalando que a recordação a assolará até o último de seus dias. 11. Dessa forma, levando em consideração as questões fáticas, a extensão do prejuízo, bem como a quantificação da conduta ilícita e capacidade



Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na qual o Estado foi condenado a indenizar a vítima em R\$ 80.000,00, por ter se tratado de um estupro de vulnerável que ocorreu nas dependências de uma Escola Estadual, tendo sido invocada, assim, a responsabilidade subjetiva por omissão do Estado, uma vez que os agentes de ensino tinham o dever de resguardar pela segurança dos alunos dentro do estabelecimento de ensino.

Outra situação que se traz para exemplificar é o caso do REsp 910.256/CE<sup>32</sup>, em que o Estado do Ceará foi condenado a indenizar as vítimas pelo crime de estupro praticado por dois policiais militares, no valor de R\$ 160.000,00. No caso em questão, os policiais abordaram o casal, roubaram seu veículo, e fizeram o rapaz testemunhar o duplo estupro de sua namorada.

No caso de responsabilidade do Estado, por força da inteligência do próprio art. 37, §6º da Constituição Federal, que dispõe que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de

---

econômica do ofensor, entendo que, no caso em concreto, a importância a título de danos morais deve ser majorada, sendo fixada em R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), de acordo com os parâmetros precitados. 12. Juros moratórios devidos desde a data do evento danoso, de acordo com a Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça, a base de 1% ao mês, na forma do artigo 406, do Código Civil, em consonância com o disposto no artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional. 13. Correção monetária que incide a partir do arbitramento da indenização. Súmula nº. 362 do STJ. 14. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9.494/97, vez que este reproduz as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios, incorrendo nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, §12 dado provimento ao recurso do autor, por maioria, vencido em parte o vogal. RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70065438269. Quinta Câmara Cível, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 30/09/2015. Disponível em: < [http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=APELA%C3%87%C3%95ES+CIVEIS.+RESPONSABILIDADE+CIVIL.+A%C3%87%C3%83O+DE+INDENIZA%C3%87%C3%83O+POR+DANOS+MORAIS.+ESTUPRO+NA+UNIDADE+DE+ENSINO+ESTADUAL.+CULPA+DO+ESTADO+COMPROVADA.+DANOS+MORAIS+VERIFICADOS.+QUANTUM+INDENIZAT%C3%93RIO+MAJORADO&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang\\_pt&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as\\_qj=70065438186&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=APELA%C3%87%C3%95ES+CIVEIS.+RESPONSABILIDADE+CIVIL.+A%C3%87%C3%83O+DE+INDENIZA%C3%87%C3%83O+POR+DANOS+MORAIS.+ESTUPRO+NA+UNIDADE+DE+ENSINO+ESTADUAL.+CULPA+DO+ESTADO+COMPROVADA.+DANOS+MORAIS+VERIFICADOS.+QUANTUM+INDENIZAT%C3%93RIO+MAJORADO&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=70065438186&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris)>. Acesso em 11 set. 2016.

<sup>32</sup> PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ESTUPRO PRATICADO POR POLICIAIS MILITARES. DANOS MORAIS. REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. O Tribunal de Justiça condenou o Estado do Ceará ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes de ato brutal praticado por dois ex-policiais militares que, imobilizando o recorrido com a utilização de suas próprias vestes rasgadas a faca, o forçaram a testemunhar o duplo estupro praticado contra sua namorada e, após, o abandonaram em local deserto. 2. Diante da torpeza e brutalidade do ato danoso, as instâncias ordinárias foram até parcimoniosas na fixação do quantum, de modo que não há se falar em desproporcionalidade da quantia arbitrada ou em enriquecimento ilícito do recorrido que permitisse sua redução. 3. Ainda que a indenização fixada nas instâncias ordinárias seja superior ao valor de trezentos salários mínimos adotado pela jurisprudência deste Superior Tribunal como teto para as reparações por dano moral, tenho que esse limite não pode ser absoluto, devendo ser afastado em situações de especialíssimas, como a descrita nos autos. 4. Recurso especial não provido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 910.256/CE**, Segunda Turma, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, julgado em 05/08/2008, DJe 24/09/2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiretor/?num\\_registro=200602727389&dt\\_publicacao=24/09/2008](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiretor/?num_registro=200602727389&dt_publicacao=24/09/2008)>. Acesso em: 09 set. 2016.

dolo ou culpa”, verifica-se que o Estado apenas é responsabilizado quando o dano é causado por um de seus agentes, ou ainda nos casos de responsabilidade por omissão, como foi o caso do crime cometido nas dependências da Escola Estadual.

O que se defende no presente estudo é a possibilidade de imposição de responsabilidade ao Estado pelo dever de prestar alimentos às crianças geradas em decorrência da prática de um crime de estupro, quando o agressor não for conhecido ou não puder arcar com a prestação, com fundamento no art. 227 da Constituição Federal, que impõe como dever da família, da sociedade e do Estado “assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, e ainda destaca a proteção contra “toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”, pelo que se entende cabível a imposição.

Ademais, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 245, assim assegura: “A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito”.

Nesse toar, a Bioética vem ressaltando o papel do Estado na proteção dessas vítimas.

Para a bioética da proteção, o Estado tem a missão política de proteger os membros da sociedade. Partindo desse pressuposto, aponta-se a responsabilidade do Estado em fomentar ações preventivas e de enfrentamento à violência sexual contra as mulheres, atuando na ampliação, qualificação e integração da rede de atenção à saúde para esse fim, além de garantir integralidade do cuidado e atendimento humanizado e qualificado, observando os preceitos da bioética e considerando, principalmente, os seguimentos em situação de vulnerabilidade<sup>33</sup>.

Antes mesmo da promulgação dos dispositivos acima colacionados, o Código Penal já destacava os efeitos da condenação penal: “Art. 91 - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”.

Com a leitura dos textos legais, torna-se imperioso cogitar a hipótese de alimentos pagos a título de indenização ou reparação de danos pelo Estado, no

---

<sup>33</sup> BARRETO, Paula Peixoto Messias Barreto *et al.* Bioética e atendimento a mulheres vítimas de violência sexual: revisão de literatura. **Rev. bioét. (Impr.)**, Brasília, v. 24, n.2, p. 267-275, 2016.p. 271. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/1293/1493](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1293/1493)>. Acesso em: 11 set. 2016.

caso de não se conhecer a autoria delitiva, ou caso o condenado não tenha condições de cumprir com esse dever.

O que se verifica a partir da análise dos julgados elencados, é que há uma tendência crescente na jurisprudência na fixação de indenização à vítima do crime de estupro, tanto por danos morais, quanto por danos materiais. A vitimologia avança no sentido de reconhecer que a vítima possui um papel ativo no processo de reparação de danos e consequente desvitimização, que vai além da indenização pecuniária pelos danos sofridos em direção de uma efetiva tutela de direitos personalíssimos.

Em todo caso, o movimento vitimológico persegue uma redefinição global do *status* da vítima e de suas relações com o delinquente, com o sistema legal, a sociedade, os poderes públicos, a ação política (econômica, social, assistencial etc.). Identificar, em consequência, as expectativas da vítima, assim como a valiosa contribuição que cabe esperar dos numerosos estudos científicos sobre a mesma, com pretensões *monetárias*, *mercantilistas*, representa uma manipulação simplificadora que a realidade empírica desmente<sup>34</sup>.

Assim, considera-se que a fixação do dever de prestar alimentos por parte do agressor, independentemente do contexto fático no qual se encontra – partindo das cinco situações que se analisou no presente estudo –, representaria um passo a mais no processo de desvitimização da vítima do crime de estupro, bem como de desvitimização indireta da criança gerada nessas circunstâncias.

### **3. POR UMA (NOVA) ALTERNATIVA DE PROTEÇÃO À VÍTIMA: A PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA COMO FERRAMENTA NO PROCESSO DE DESVITIMIZAÇÃO**

Há muitos programas e políticas públicas de cuidado com a saúde e proteção da mulher vítima de crimes sexuais já em andamento, dentre os quais se referênciam a Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, de 2011. Tais políticas públicas representam a efetivação do princípio de integralidade do SUS, e tutelam o direito fundamental à saúde dessas mulheres. Entretanto, ainda se demanda uma especialização dos profissionais de saúde envolvidos, principalmente quando se pensa na necessidade de humanização da relação entre médico e paciente.

Vulneradas, essas mulheres – e as crianças por elas geradas – demandam mais uma sorte de cuidados ao longo de toda a sua vida. Objetiva-se dar guarida à vítima que opte por levar adiante a gravidez, ainda que nessas circunstâncias, mas ainda proteger tanto a mulher quanto a criança de qualquer espécie de aproximação não desejada com o agressor.

---

<sup>34</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.81.

Necessário, assim, um aprofundamento da discussão de modo a desembocar no desenvolvimento de políticas públicas, assegurando o direito aos alimentos como uma forma de auxílio para a genitora no sustento de seu filho e tutela de direito de personalidade da criança. No caso específico de imposição ao Estado da obrigação alimentar, deve-se pensar em mecanismos e políticas que evitem a oneração exacerbada de um Estado já demasiadamente onerado, podendo-se pensar, inclusive, na criação de um Fundo de Recursos para essas ações direcionadas às vítimas desses crimes específicos.

Por derradeiro, há de se destacar que não se exaure a discussão acerca do tema neste momento. Existe muito ainda a ser vencido. O que se tem por certo é que a criação de mecanismos que protejam tanto as mulheres que decidem por abortar o feto oriundo de um estupro, quanto as que tomam para si o encargo de criar, educar e amar apesar das condições adversas o filho concebido em um crime.

O reconhecimento do direito a alimentos da criança nascida em decorrência de um crime de estupro vai além de mecanismos meramente indenizatórios. Os alimentos tem natureza de direito de personalidade, por garantir justamente o saudável crescimento da criança, vista pelo ordenamento como pessoa com personalidade em desenvolvimento. E mais, representa mais um mecanismo colocado à disposição da vítima para que possa assumir uma postura ativa no seu processo de desvitimização, afinal, “o que a vítima mais espera e exige é justiça, e não uma compensação econômica”<sup>35</sup>.

## REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à identidade genética. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Família e Cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BARRETO, Paula Peixoto Messias Barreto et al. Bioética e atendimento a mulheres vítimas de violência sexual: revisão de literatura. **Rev. bioét. (Impr.)**, Brasília, v. 24, n.2, p. 267-275, 2016.p. 271. Disponível em: [http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/1293/1493](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1293/1493). Acesso em: 11 set. 2016.

BERISTAIN, Antonio. Las víctimas siguen olvidadas. **El País**, 25 de maio de 1996. Disponível em: <[http://elpais.com/diario/1996/05/25/opinion/832975207\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1996/05/25/opinion/832975207_850215.html)>. Acesso em: 07 set. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 478, de 2007, que dispõe sobre o Estatuto do Nascituro**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>>. Acesso em: 10 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1279173/SP**, Terceira Turma, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, julgado em 04/04/2013, DJe 09/04/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1279173&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 10 set. 2016.

---

<sup>35</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, GOMES, Luiz Flávio, *Op. cit.*, p.81.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1330404/RS**, Terceira Turma, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, julgado em 05/02/2015, DJe 19/02/2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201201279511](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201201279511)>. Acesso em: 08 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1415727/SC**, Quarta Turma, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 04/09/2014, DJe 29/09/2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroor/?num\\_registro=201303604913&dt\\_publicacao=29/09/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroor/?num_registro=201303604913&dt_publicacao=29/09/2014)>. Acesso em: 12 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 910.256/CE**, Segunda Turma, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, julgado em 05/08/2008, DJe 24/09/2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroor/?num\\_registro=200602727389&dt\\_publicacao=24/09/2008](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroor/?num_registro=200602727389&dt_publicacao=24/09/2008)>. Acesso em: 09 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 692186**, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 29/11/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=692186&classe=ARE-RG&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 08 set. 2016.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo Santa Cruz. **Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar)**. 11.ed. Brasília: IPEA, 2014. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/140327\\_notatecnica\\_diest11.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnica_diest11.pdf)> Acesso em 11 set. 2016.

CFEMEA. **Tolerância institucional à violência contra as mulheres**. Brasília-DF, 2014. Disponível em: <[http://www.cfemea.org.br/images/stories/pdf/tolerancia\\_institucional\\_violencia\\_contra\\_mulheres.pdf](http://www.cfemea.org.br/images/stories/pdf/tolerancia_institucional_violencia_contra_mulheres.pdf)> . Acesso em 11 set. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de famílias**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Débora. Bioética e gênero. **Revista Bioética**, Brasília, v.16, n.2, p.207-216, 2008. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/68/71](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/68/71)>. Acesso em: 11 set. 2009.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário de Segurança Pública 2015**, ano 9. São Paulo, 2015. Disponível em: <[http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario\\_2015.retificado\\_.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015.retificado_.pdf)>. Acesso em 11 set. 2016.

GALHARDO, Maria Paula Gouvêa. Da destituição do pátrio poder e dever alimentar. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, n. 52, p.42-48, jul./set., 2002.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de família.** v.6. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista CEJ**, Brasília, n. 27, p. 47-56, out./dez., 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito civil: famílias.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Procedimentos cautelares e especiais:** ações coletivas, ações constitucionais, jurisdição voluntária, antecipação dos efeitos da tutela, Juizados Especiais Cíveis, Federais e da Fazenda Pública. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes.** Norma técnica. 3.ed. Brasília, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual.** 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eleonora Menicucci de. Fórum violência sexual e saúde. [Introdução]. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v.23, n.2, p. 455-458, fev., 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v23n2/22.pdf>. Acesso em: 11 set. 2016.

PORTAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **STJ mantém suspenso direito de visita a pai condenado pelo crime de estupro.** Disponível em : <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/STJ-a-mant%C3%A9m-suspenso-direito-de-visita-a-pai-condenado-pelo-crime-de-estupro](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/STJ-a-mant%C3%A9m-suspenso-direito-de-visita-a-pai-condenado-pelo-crime-de-estupro)>. Acesso em 11 set. 2016.

POUZA, Anna Beatriz; PESSOA, Gabriela Sá Pessoa; CORTÊZ, Natacha. Dor em dobro. **Revista eletrônica Agência Pública de Reportagem e Jornalismo Investigativo**, São Paulo, mai. 2014. Disponível em <<http://apublica.org/2014/05/dor-em-dobro-2/>> Acesso em 11 set. 2016.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70065438269.** Quinta Câmara Cível, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 30/09/2015. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=APELA%C3%87%C3%95ES+CIVEIS.+RESPONSABILIDADE+CIVIL.+A%C3%87%C3%83O+DE+INDENIZA%C3%87%C3%83O+POR+DANOS+MORAIS.+ESTUPRO+NA+UNIDADE+DE+ENSINO+ESTADUAL.+CULPA+DO+ESTADO+COMPROVADA.+DANOS+MORAIS+VERIFICADOS.+QUANTUM+INDENIZAT%C3%93RIO+MAJORADO&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang\\_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as\\_qj=70065438186&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=##main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=APELA%C3%87%C3%95ES+CIVEIS.+RESPONSABILIDADE+CIVIL.+A%C3%87%C3%83O+DE+INDENIZA%C3%87%C3%83O+POR+DANOS+MORAIS.+ESTUPRO+NA+UNIDADE+DE+ENSINO+ESTADUAL.+CULPA+DO+ESTADO+COMPROVADA.+DANOS+MORAIS+VERIFICADOS.+QUANTUM+INDENIZAT%C3%93RIO+MAJORADO&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=70065438186&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=##main_res_juris)>. Acesso em 11 set. 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SUMARIVA, Paulo. **Criminologia: Teoria e prática.** Niterói, RJ: Impetus, 2013.

VIEIRA JÚNIOR, Ênio Gentil; MELOTTO, Amanda Oliari. Os pais destituídos do poder familiar e a obrigação de prestar alimentos. **Revista da ESMESC**, v. 18, n. 24, p.29-45, 2011.

# MUDANÇAS ADMINISTRATIVAS: O DECRETO FEDERAL 7.958 E A COLABORAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE COM O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

*ADMINISTRATIVE CHANGES: THE FEDERAL DECREE 7.958 AND  
THE COLLABORATION OF HEALTH PROFESSIONALS WITH THE  
CRIMINAL JUSTICE SYSTEM*

RICARDO VAZ DE OLIVEIRA

*Mestrando pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto  
da Universidade de São Paulo (FFCLRP/USP)*

**RESUMO:** Recentemente, foi editado o Decreto Federal 7.958, de 13 de março de 2013, regulamentando parcialmente a Lei Federal 8.080/90, estabelecendo diretrizes para o atendimento às vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e da rede de atendimento do Sistema Único de Saúde (SUS), parcela de usuários que necessitam de uma especial atenção para evitar ou diminuir os efeitos e sofrimentos psicológicos da sobrevivência causados pelo Estado durante a persecução criminal. O presente trabalho busca analisar as novidades trazidas pela nova norma, chegando à conclusão de que o Decreto Federal 7.958 irá aumentar a segurança jurídica necessária para elaboração de laudos periciais por meio dos chamados exames de corpo de delito indireto, os quais utilizam-se de documentos médicos elaborados por profissionais pertencentes ao SUS, bem como poderá diminuir a exposição e a sobrevivência causada pelo Estado.

**Palavras-chave:** Justiça Criminal; Profissionais de Segurança Pública; Profissionais da Saúde

**ABSTRACT:** *Recently, the Federal Decree 7.958, of March 13, 2013 was edited, regulating partially the Federal Law 8.080/90 and establishing guidelines to care the sexual violence victims by public safety personnel and the service network of the Health Unic System (HUS). Portion of users who need special attention to prevent or lessen the effects and psychological sufferings of overvictimization caused by the State during the criminal prosecution. This study seeks to analyze the innovations brought by the new standards and concluded that the Federal Decree 7.958 will increase the legal certainty necessary for the preparation of expert reports by so-called indirect forensic tests, which are used documents prepared by professionals from the HUS and may decrease the exposure and the overvictimization caused by the state.*

*Keywords: Criminal Justice, Public Safety Professionals; Health professionals*

Dentro da sistemática moderna do Direito Penal brasileiro, a vítima nunca alcançou uma posição de destaque, pois, com o Estado assumindo a responsabilidade de aplicar o *jus puniend*, muitas vezes, aquela que deveria ser o centro da atenção do processo criminal, acaba sendo considerada tão somente um mero informante ou uma testemunha diferenciada.

Isso ocorre quando o próprio Estado, que ao invés de amparar, consolar e buscar algum tipo de reparação realmente eficaz para aqueles que tiveram algum bem jurídico violado por um crime, acaba sendo o protagonista da sobrevitimização ou vitimização secundária, a qual ocorre quando as agências de controle estatal tratam a vítima com descaso ou desconfiança, fazendo com que ela seja novamente vitimizada, criando um novo sofrimento desnecessário, normalmente de ordem psicológica, em decorrência da dinâmica da Justiça Criminal.

No campo da perícia criminal, requisitada durante a investigação ou processo criminal não é muito diferente, tendo em vista a determinação expressa do próprio Código de Processo Penal (CPP), em seu artigo 158, ao dizer que “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”. Desta forma, não se trata de mera faculdade, mas sim de uma imposição legal que as autoridades policiais e o Ministério Público deverão adotar, sob pena de alegação de eventual nulidade processual devido à ausência de justa causa para oferecimento da denúncia, já que, em tese, não teria sido confirmada a materialidade do delito.

Em que pese a boa intenção de tal determinação normativa, a execução da prática, da forma expressa em lei, para construção do exame de corpo delito, nem sempre é possível, muitas vezes por causa da falta de estrutura administrativa, fato em que se agrava ainda mais em crimes de grande que causam lesão corporal, onde o objeto periciado seria o próprio corpo da vítima. É neste momento em que a autoridade encarregada da investigação criminal se encontra de frente a um dilema que deverá ser enfrentado, onde deverá escolher se irá privilegiar que a vítima tenha um atendimento humanizado, encaminhando-a imediatamente ao atendimento de saúde ou submetê-la a exame de corpo de delito, seguindo *ipsis litteris* o determinado no texto legal.

Devemos lembrar que, na realidade, dentre os profissionais que contribuem para apuração de um crime, participando de ocorrências de relevância, mas que permanecem no anonimato, estão aqueles da área da saúde. Já que a utilização de conhecimentos dessa área é imprescindível para o exercício da atividade policial, existindo, inclusive nos quadros de servidores da Polícia Civil e Federal, funcionários com formação acadêmica em medicina para



oferecer suporte durante as investigações criminais (POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2013).

Formalmente, o perito médico legista, no curso de procedimentos criminais, é o único profissional incumbido de fornecer assessoria técnica e prestar auxílio às autoridades em assuntos relativos à saúde. Todavia, o que ocorre na prática, devido ao limitado número de unidades dos Institutos Médicos Legais (IMLs), normalmente existentes nos grandes centros, as delegacias de pequenas cidades são levadas a se socorrerem, quando necessário, ao auxílio de equipes de saúde do local, como, por exemplo, na retirada de sangue que irá ser periciado de alguém surpreendido dirigindo embriagado ou ainda no fornecimento de fichas de prontuário médico e outros papéis para serem utilizados como provas de lesões corporais de vítimas de crimes violentos ou de acidentes. Tais documentos são encaminhados pelas delegacias aos IMLs para realização de “exame de corpo de delito indireto”, onde o médico legista, o qual deveria realizar atendimento direto à vítima, acaba elaborando o laudo pericial por meio da análise das documentações confeccionadas por outros profissionais de saúde.

Talvez, em casos envolvendo crimes de menor potencial ofensivo, como a lesão corporal culposa ou a lesão corporal dolosa de natureza leve, essa escolha não traga grandes repercussões, devido aos princípios da celeridade, praticidade e informalidade que norteiam o rito sumaríssimo do processo penal, o qual foi inserido pela Lei Federal 9.099/96 (lei que regulamenta os Juizados Especiais Cíveis e Criminais). Contudo, em se tratando de crimes mais graves, que seguem o rito sumário ou ordinário do direito processual pátrio, como no caso dos crimes sexuais em que há emprego de violência e que causam grande abalo psicológico a vítima, tal decisão não é tão fácil de ser tomada.

Se o acolhimento da vítima trilhar de modo a privilegiar seu atendimento de saúde, a atitude da própria autoridade como o eventual e futuro exame de corpo de delito, realizado em outra oportunidade, de forma indireta, poderão ser questionados durante o processo penal, já que os vestígios não foram diretamente examinados pelos peritos e a construção do laudo não seguirá o rigor expresso em lei, causando verdadeira insegurança jurídica. Já se o caminho adotado for o de submeter a vítima aos processos e burocracias exigidos legalmente, o Estado poderá estar atuando como verdadeiro instrumento de vitimização secundária.

Em que pese à boa vontade de enfermeiros, médicos e outros servidores da saúde, até recentemente não existia previsão legal autorizando que profissionais que não pertençam aos quadros de servidores do sistema de justiça contribuíssem no auxílio à coleta de vestígios.

Neste contexto, com a finalidade de se ter uma melhor prestação de serviço público fornecido pela Administração, além de criar a segurança jurídica necessária, foi editado o Decreto Federal 7.958, de 13 de março de 2013, regulamentando parcialmente a Lei Federal 8.080/90, que estabeleceu diretrizes para o atendimento às vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e da rede de atendimento do SUS, parcela de usuários que necessitam de uma especial atenção para evitar ou diminuir os efeitos e sofrimento psicológico da sobrevivitização causados pelo Estado após a ocorrência do crime (PENTEADO FILHO, 2010).

Atualmente, além de estabelecer expressamente tal possibilidade, pelo menos no tocante aos crimes sexuais, os profissionais de saúde, no atendimento à vítima, deverão proceder à coleta, guarda e transporte dos vestígios encontrados durante o exame clínico, e o posterior encaminhamento do material para a perícia oficial, observando regras e diretrizes técnicas preconizadas pelo Ministério da Justiça e pelo Ministério da Saúde.

Devemos lembrar que, após a implantação de uma nova ordem constitucional em 1988, a década de 90 foi marcada como um período de adaptação a um novo modelo de democracia e pela implantação de políticas públicas destinadas a promover e garantir aos usuários direitos previstos na carta magna. Foi com esta perspectiva que foi publicada a Lei 8080/90, que organizou o SUS, com a proposta de criação de um serviço público de qualidade, igualitário, integral e universal, rompendo com um modelo historicamente marcado por diferenciações e segmentações (MENICUCCI, 2009).

O princípio da integralidade de assistência, definido no Inciso II do artigo 7º da Lei 8.080 como sendo o “conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”, visam dar uma resposta ao sofrimento do usuário que busca o SUS com a prestação de serviços que vão além da mera intervenção biológica, havendo uma constante procura por um modelo mais justo de política pública através de inovações institucionais obtidas na organização dos serviços de saúde e no desenvolvimento de novas tecnologias de assistência de atenção ao paciente (PINHEIRO, 2007).

Desta forma, as propostas trazidas pelo Decreto Federal 7.958 visam à implantação de um atendimento humanizado, que deverá ser alcançado por meio de significantes mudanças nos procedimentos de prestação de serviços públicos no âmbito da saúde e da segurança pública, em uma proposta de esforços conjuntos de dois setores de extrema importância.

No âmbito da saúde, destaca-se a criação de novas atribuições e responsabilidades aos servidores do SUS, entre elas, o acolhimento, anamnese e realização de exames clínicos e laboratoriais, preenchimento de prontuários,

escrituração de termo de relato circunstanciado e termo de consentimento Informado e orientação à vítima ou ao seu responsável a respeito de seus direitos, bem como sobre a existência de serviços de referência para atendimento às vítimas de violência sexual.

Ganha destaque a autorização para que os servidores da saúde procedam à coleta, guarda e transporte dos vestígios encontrados durante o exame clínico e o posterior encaminhamento do material para a perícia oficial, observando regras e diretrizes técnicas preconizadas pelo Ministério da Justiça e pelo Ministério da Saúde, quebrando com um paradigma onde tal procedimento sempre foi adotado pelos IMLs, órgão legalmente responsável pela prestação de assessoria técnico-científica em assuntos relativos à saúde, mas que devido às limitações da Administração, normalmente estão instalados em todas as cidades (CROCE, 2011; FRANÇA, 2011).

A provável intenção dessa mudança é a melhora da qualidade das provas produzidas durante a fase de investigação criminal, tendo em vista que o vestígio será coletado com maior rapidez e ainda dentro da própria unidade de saúde, além da diminuição do impacto psicológico da vítima, ao evitar que seja novamente constrangida ao ter que ser imediatamente encaminhada a outro órgão público onde passará pela submissão a novos exames.

Outro ponto importante é a previsão de criação de serviços de referência qualificados para oferecer atendimento às vítimas de violência sexual e que seguirão normas e protocolos adotados pelo Ministério da Saúde e pelo Ministério da Justiça. Em decorrência disso, Ministério da Saúde emitiu a Portaria 528, de 1º de abril de 2013, onde regulamentou o Serviço de Atenção Integral à Saúde de Pessoas em Situação de Violência Sexual, subdividido em serviços especializados de atenção a mulheres, crianças, homens e pessoas idosas em situação de violência sexual, além do Serviço de Atenção à Interrupção de Gravidez nos Casos Previstos em Lei.

A título de comparação, programas de atendimento às vítimas de crimes sexuais envolvendo o acolhimento humanizado, focando na garantia do direito à informação do usuário e na diminuição da vitimização e dos constrangimentos por meio da realização de procedimentos por servidores da saúde que seriam de atribuição de órgãos de persecução criminal, foram implantados em diversas comunidades dos Estados Unidos, onde obtiveram resultados positivos (LITTEL, 2001).

Apesar da publicação do decreto ter sido há um pouco mais de dois anos, na prática, aparenta-se que houve conhecimento, por parte dos profissionais de saúde e de segurança pública, da expedição da nova norma. Todavia, por alterarem de maneira significativa a estrutura de ambos setores, acredita-se que essa implantação deva ocorrer de forma gradual, haja vista possíveis dúvidas e

incertezas que devam surgir durante o processo. Presume-se que, com a normatização desse tema, haja uma melhor capacitação e profissionalização dos servidores da saúde do SUS que atuarão na coleta de provas, uma vez que até então não passavam de colaboradores ocultos dentro do sistema de persecução criminal.

Por fim, espera-se que o novo modelo de acolhimento humanizado às vítimas de crime sexual diminua a sobrevivitização gerada pelos setores de segurança pública e saúde, onde as atitudes de enfermeiros, médicos e de outros profissionais poderão refletir em uma melhor qualidade dos serviços de perícias forenses, de investigações e de justiça criminal.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

CROCE, D.; JÚNIOR, D. C. **Manual de medicina legal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRANÇA, G. V. **Medicina legal**. 9 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011.

LITTEL, Kristin. **Sexual assault nurse examiner (SANE) programs: Improving the community response to sexual assault victims**. Washington DC: US Department of Justice, Office of Justice Programs, Office for Victims of Crime, 2001.

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. O Sistema Único de Saúde, 20 anos: balanço e perspectivas. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 7, 2009.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PINHEIRO, Rosiani. Integralidade em saúde. **Ciênc Saúde Coletiva**, p. 255-62, 2007.

POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Manual de polícia judiciária: doutrina, modelos, legislação**. 6 ed. São Paulo: Delegacia Geral de Polícia, 2013

# **O FUNDO NACIONAL DE ASSISTÊNCIA ÀS VÍTIMAS DE CRIMES E O ART. 387, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: QUANDO A INDENIZAÇÃO É FIXADA A UM CONDENADO INSOLVENTE**

*NATIONAL FUND FOR ASSISTANCE OF CRIME VICTIMS  
AND THE ART. 387, IV, OF CRIMINAL PROCEDURE CODE:  
WHEN THE COMPENSATION IS FIXED TO AN INSOLVENT  
CONVICTED*

**ANDERSON BURKE**

*Aluno Especial do Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV- Brasil). Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV - Brasil). Professor Assistente de Prática Penal da Faculdade de Direito de Vitória (FDV - Brasil). Assessor do Ministério Público do Estado do Espírito Santo (MPES).*

**JOVACY PETER FILHO**

*Mestre em Direito Penal e Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP - Brasil), Professor de Direito Penal e Processual Penal da Faculdade de Direito de Vitória (FDV - Brasil) e da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES - Brasil). Advogado.*

“Devemos promover a coragem onde há medo, promover o acordo onde existe o conflito e inspirar esperança onde há desespero” (MANDELA, Nelson).

**RESUMO:** O presente trabalho busca observar a relação entre o instituto previsto no art. 387, IV, do Código de Processo Penal (CPP) com o Fundo Nacional de Assistência às Vítimas de Crimes Violentos (FUNAV) que é objeto do Projeto de Lei 3.503/04. Será destacada a importância da reparação civil no âmbito do processo penal como instrumento em defesa da dignidade das vítimas de crimes, bem como a necessidade de políticas públicas de responsabilidade do Estado que garantam o pagamento da indenização e assistência financeira aos ofendidos. Aqui se questionará se o texto do Projeto de Lei 3.503/04 será eficaz quando trabalhado sistematicamente com a indenização mínima do art. 387, IV, do CPP, especificamente na hipótese do Estado assumir a reparação civil das vítimas quando o condenado seja insolvente, esta condição

financeira que é uma realidade na população carcerária brasileira. Deste modo, é importante trazer para a análise, a Lei 104/2009 portuguesa, que já trata sobre o assunto aqui discutido. É sobre estes novos e prematuros institutos no ordenamento jurídico brasileiro que debateremos.

**Palavras-chave:** Vítimas de Crime; Indenização Mínima; Comissões de Indenização; Fundo Nacional; Insolvência do Condenado; Vitimologia; Processo Penal; Políticas Públicas.

**ABSTRACT:** *This study aims to observe the relationship between the institute referred to in art. 387, IV, of the CPP with the National Fund for Assistance of Violent Crime Victims bill which is the object 3.503/04. Will be highlighted the importance of civil damages in criminal proceedings as a tool in defense of the dignity of victims of crime, and the need for public policies of State responsibility to ensure the payment of compensation and financial assistance to aggrieved. Here we will question whether the text of the Bill 3.503/04 will be effective when systematically worked with the minimum compensation of art. 387, IV, of CPP, specifically in the state hypothesis assume civil reparations for victims when the offender is insolvent, this financial condition that is a reality in the Brazilian prison population. Thus, it is important to bring to the analysis, the Law 104/2009 Portuguese, which already deals with the issue discussed here. It's about these new and premature institutes in the Brazilian legal system that we will discuss.*

**Keywords:** *Victims of Crime; Minimum compensation; Commissions Compensation; National Fund; Insolvency of the Condemned; Victimology; Criminal proceedings; Public policy.*

## INTRODUÇÃO

Trataremos de dois importantes institutos que visam a tutela da vítima no âmbito da justiça penal, de modo a buscar a aplicação sistemática de ambos para que sejam parceiros na defesa da dignidade do ofendido.

O primeiro instituto que trabalharemos é o da responsabilidade civil no âmbito do processo penal que já está positivado no art. 387, IV, do CPP e em vigência em nosso ordenamento por força da Lei 11.719/08. Abordaremos a sua importância para a vítima e logo em seguida observaremos a possível insolvência da grande maioria dos infratores quando condenados, o que pode culminar no insucesso e ineficácia da norma.

Após, falaremos sobre a necessidade ou não de uma política pública de responsabilidade do Estado que seja voltada para indenização e amparo das vítimas de crimes para se resguardar a sua dignidade no contexto pós-crime e visar a reparação pelo dano decorrente da conduta delituosa que sofreu.

Passado o tópico acima, discutiremos o segundo instituto objeto de análise do nosso trabalho, qual seja o Fundo Nacional de Assistência às Vítimas de Crimes Violentos - Funav que é proposto pelo Projeto de Lei nº 3.503/04 em

trâmite no Congresso Nacional, esta que é uma política pública de indenizações subsidiadas pelo Estado em favor das vítimas de crimes violentos.

Avaliaremos o texto do mencionado projeto de lei com a possibilidade da insolvência do autor do crime na execução da indenização mínima prevista no art. 387, IV, do CPP e iremos idealizar através do direito comparado com o ordenamento jurídico português a possibilidade do Funav ser também um instrumento de efetivação do instituto da responsabilidade civil no âmbito do processo penal em favor das vítimas de crimes, de modo que ambos os institutos aqui analisados sejam eficazes e atendam aos seus objetivos.

O tema é de suma importância em nosso meio acadêmico, político e social, haja vista a crescente figura da vítima no processo penal, bem como a necessidade de desenvolvermos e aprimorarmos mecanismos que pretendam dar protagonismo ao ofendido e resguardar seus direitos e garantias fundamentais.

### **1. A INDENIZAÇÃO MÍNIMA DO ART. 387, IV, DO CPP E A SUA IMPORTÂNCIA PARA A VÍTIMA**

Com o avanço do movimento vitimológico no Brasil, a Lei 11.719/08 introduziu o inciso IV no art. 387, do CPP, o qual determina ao juiz criminal, no momento da sentença condenatória, que fixe um “valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”. O legislador, portanto, positivou o instituto da responsabilidade civil, este um direito fundamental previsto no art. 5º, V, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), no âmbito do processo penal brasileiro, este que segundo Sérgio Cavalieri Filho (2009, p.02) consiste na

[...] violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. A título de exemplo, lembramos que todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano. Têm-se, aí, um dever jurídico originário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá um outro dever jurídico: o da reparação do dano.

É aqui que entra a noção de responsabilidade civil. Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

No que diz respeito à inovação procedimental e material trazida pelo art. 387, IV, do CPP, o autor Guilherme de Souza Câmara (2008, p. 321), trazendo como ilustração o direito alemão, descreve o instituto como um procedimento de adesão, no qual se “enseja à vítima de crime ou a seus sucessores a indenização dos danos no seio do próprio processo penal e fundamenta-se, é cristalino, em um critério de economia processual”.

Pela lição transcrita acima, fica-se claro que o objetivo da norma é privilegiar e dar proteção aos interesses da vítima no processo penal. Fica-se evidente, ainda, a materialização da garantia fundamental do acesso à justiça prevista no art. 5º, XXXV, da CRFB.

Os professores Raphael Boldt e João Maurício Adeodato (2015, p. 218) fazem críticas ao tradicional modelo processual penal brasileiro ao dizerem que

Um dos principais problemas do processo penal como mecanismo de resolução (e não de eliminação) de conflitos repousa, não obstante as suas funções declaradas, exatamente na incapacidade de regenerar os laços feridos pelo crime e no processo de reificação que impõe tanto à vítima quanto ao autor do ilícito penal.

Desta forma, diante das observações feitas pelos autores acima, constatamos que a introdução do instituto da responsabilidade civil no processo penal brasileiro é o início da materialização das reivindicações manifestadas contra o ultrapassado modelo retributivo, no qual segundo Thiago Fabres de Carvalho (2010, p. 324), “o papel reservado à vítima na dramaturgia penal restringia-se a fazer-se ouvir, como coadjuvante escondida”. Demanda-se, portanto, a introdução e disponibilização de protagonismo à vítima no conflito penal diante do ineficaz sistema de justiça penal que apenas atinge a finalidade de causar sofrimento ao autor do fato e agravar o cenário de caos ao ofendido após o delito, visualizando-o simplesmente como mera fonte probatória testemunhal. Visualizamos o instituto do art. 387, IV, do CPP como um dos mecanismos pioneiros no Brasil que irá quebrar paradigmas e materializar os direitos e garantias fundamentais da vítima e autor em nosso sistema legal.

Para que possamos visualizar em termos práticos o protagonismo que a norma do art. 387, IV, do CPP confere à vítima, o professor Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 301) faz destaque para a

[...] crescente importância da intervenção da vítima no processo penal. Afinal, se a questão de índole pecuniária já pode ser resolvida no âmbito criminal, quanto melhor para o ofendido, que tem nítido interesse em municiar o juiz de elementos probatórios que permitam, desde já, a fixação de valor mínimo a ser pago a título de reparação [...]



Mesmo que não seja comum em nossa cultura jurídica, a qual se baseia em valores tradicionais que visam somente a aplicação de uma pena privativa de liberdade ao acusado e nada mais, a vítima hoje tem disponível institutos que lhe dão o papel de parte no processo penal e ela pode influenciar na produção probatória e no resultado da sentença visando a fixação de sua indenização mínima a título de reparação civil pelo dano que sofreu com a conduta delituosa que violou seus bens jurídicos.

No que diz respeito ao que seria a reparação civil pretendida no interior do processo penal, Eugenio Pacelli (2016, p. 668) entende que

naturalmente não se trata de fixação do valor total da recomposição patrimonial. Aqui, atenta-se apenas para o valor mínimo que se revele suficiente para recompor os prejuízos já evidenciados na ação penal. Eventuais acréscimos da responsabilidade civil, sob a rubrica dos lucros cessantes e eventuais danos morais, serão fixados na instância cível.

Com a análise da transcrição acima, no que diz respeito aos danos morais, o entendimento do autor acima contraria o enunciado 16 do Fórum Nacional dos Juizes Federais Criminais (FONACRIM), o qual orienta que “o valor mínimo para reparação dos danos causados pelo crime pode abranger danos morais”, do qual compartilhamos o entendimento, uma vez que não há qualquer óbice legal ou prático para a consideração dos danos à personalidade. Além disso, o dano moral é evidente num ilícito civil decorrente de um ilícito penal, e a impossibilidade de sua fixação tornaria o instituto do inciso IV, do art. 387, do CPP frustrado em grande parte e com a continuação do esquecimento da vítima no contexto penal, a qual permaneceria esfacelada e simplesmente assistindo o julgamento de seu algoz, vista como mera fonte de prova testemunhal do processo.

Sobre a importância da reparação civil para a dignidade da vítima e até para o próprio sistema penal em sua função ressocializadora, Guilherme Costa Câmara (2008, p. 218/219) diz que

Não se pode recusar que a proposta de categorizar a reparação como uma terceira via do Direito Penal descende geneticamente de uma moderna perspectiva das vítimas de crimes, logo, da necessidade de conferir adequada atenção aos seus reais interesses.

De outra raia, em termos sistemáticos, temos que uma integração dos fins preventivos com os interesses reparatórios não se mostra irritativa ou disfuncional, uma vez que “a paz jurídica só pode ser alcançada, quando todos os interesses encontrem-se representados no processo decisório”. De modo que a reparação da vítima de crimes pode figurar como resposta que confirma a validade da norma e faz restaurar a confiança no Direito.

Bem mais do que isso: denota uma inclinação de humanização (construção de um Direito penal civilizado) da reação penal, porquanto voltada ao abrandamento do rigor punitivo (um olhar para o delinquente) e, em giro sincrônico, orientada para uma revalorização dos direitos (humanos, também) das vítimas de crimes, em ordem a arredar-se eventual censura de uma orientação funcionalista radical, i.e., obsedada por finalidades preventivas e capaz, por si só, de reduzir o Direito penal a um mero apêndice da política interna de segurança pública.

Pelo o que idealiza o autor na sua visão demonstrada acima, vê-se na perspectiva da reparação civil introduzida no contexto penal, ou seja, sobre o instituto previsto no inciso IV, do art. 387, do CPP, a proposta de uma terceira via do direito penal, como uma sanção independente da pena privativa de liberdade. Além disso, ao nosso ver de modo primordial, está a função humanizadora que vem revalorizar e ascender os direitos fundamentais das vítimas de crimes, bem como a esperança de que poderemos alcançar a “paz jurídica” ao se atender ao interesses de todos os sujeitos envolvidos num conflito penal.

Portanto, embora esteja vigente desde 2008 em nosso ordenamento jurídico, o moderno, rico e importante art. 387, IV, do CPP ainda é um instituto embrionário que necessita de aprimoramentos na lei processual penal, além de novos institutos que venham a auxiliá-lo a atingir seus nobres objetivos que visam principalmente o resguardo da dignidade da vítima, assim como busca a ressocialização do autor do crime.

## **2. A INSOLVÊNCIA DOS INFRATORES – REALIDADE BRASILEIRA**

Conforme concluído no capítulo anterior, no contexto pós-crime a reparação civil é o principal caminho para se restaurar a integridade da vítima que foi violada. Seguindo os ideais de acesso à justiça, o art. 387, IV, do CPP é um instrumento processual que antecipa e põe à disposição da vítima o instituto da responsabilidade civil. É de se constatar que o sucesso da indenização mínima fixada em decorrência da condenação de um crime é de suma importância para os ofendidos, pois poderá pacificar ou amenizar o conflito surgido da conduta delituosa.

Mesmo que conheçamos o plano do que seria o ideal, qual seja o sucesso da fixação e execução das indenizações em favor dos ofendidos, temos que reconhecer os obstáculos e desafios que o instituto pode enfrentar, principalmente quando falamos da realidade brasileira.

Uma indenização mínima pode até ser aplicada pelo magistrado num determinado valor que seja correto e o juiz terá feito sua parte e atendido, em tese, ao espírito legislativo.

Entretanto, o percurso até o dinheiro em espécie chegar às mãos da vítima é um pouco mais longo e não fica restrito ao momento previsto no art. 387, IV, do CPP. É necessária a execução do valor e para isso o sujeito que foi condenado tem que possuir condição financeira boa o suficiente para arcar com a condenação monetária sofrida no âmbito do processo penal, o que nem sempre possível.

Em dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (2014, p. 47) *constatamos que a população carcerária brasileira é composta de 99,52% de indivíduos sem ensino superior completo, 89,05% sem ensino médio completo e 60,29% sem ensino fundamental completo.*

Com base na realidade brasileira, o instituto previsto no art. 387, IV, do CPP atingiria o seu objetivo em raríssimos casos, uma vez que os indivíduos que cometem delitos no país são em sua esmagadora maioria pobres e não possuem condições financeiras de reparar o dano que causaram com sua conduta delituosa à vítima.

*Chegamos à conclusão acima ao utilizar como parâmetro as estatísticas de escolaridade fornecidas pelo Depen. A capacidade financeira dos cidadãos autores de crime no país é precária, pois atualmente viver no Brasil sem se possuir o ensino fundamental, médio ou superior, é difícil de se ter uma renda satisfatória ou estável para se conseguir indenizar alguém pelo dano causado por uma infração penal. Geralmente o ilícito civil decorrente de um ilícito penal é um dano de graves consequências e que juridicamente dá legitimidade para altos valores monetários.*

*Deste modo, se põe em risco a vontade legislativa e eficácia da norma prevista no art. 387, IV, do CPP, uma vez que ainda que seja corretamente fixado pelo magistrado, será um trabalho em vão e a norma vira letra morta, pois o valor não poderá ser executado e chegar à esfera patrimonial da vítima para restaurá-la. Chegamos a essa constatação, pois, conforme demonstrado, no Brasil o autor do crime, em regra, será insolvente.*

Diante do problema apresentado, temos que pensar em vias alternativas e acessórias à apresentada norma processual no capítulo anterior para se resguardar a dignidade do vulnerável e numeroso grupo das vítimas de crimes que necessitam de uma tutela legislativa para se ter preservada a sua dignidade.

### **3. A NECESSIDADE DAS COMISSÕES DE INDENIZAÇÃO ÀS VÍTIMAS DE CRIMES COMO POLÍTICA PÚBLICA DE RESPONSABILIDADE DO ESTADO**

O instituto previsto no art. 387, IV, do CPP, é, em regra, um instituto de natureza privada, pelo qual o Estado não teria o interesse de exercer a tutela em favor da vítima.

Entretanto, diante das violações históricas sofridas e vulnerabilidade constatada pelas vítimas de crimes, os danos sofridos decorrentes de um delito não podem ser tratados pelo Estado simplesmente como um direito privado que não merece a preocupação do poder público.

Sobre a questão, Lode Walgrave (2008, apud ACHUTTI, 2014, p. 78) entende que quando se trata de um crime se deve “apoiar e oferecer as condições adequadas para o máximo possível de restauração para as vítimas deve ser a primeira preocupação da intervenção pública após a ocorrência do crime, e não um adendo ornamental”.

Compartilhando com o mesmo pensamento, o autor Antonio Scarance Fernandes (1995, p. 17) traz uma interessante e inovadora posição, fazendo uma distinção entre a indenização de um ilícito puramente civil com a de um ilícito decorrente de uma infração penal:

havia a diferença fundamental entre as indenizações civis e as que derivam de uma infração penal, pois nestas, ao contrário daquelas, existe interesse público na total restauração da ordem violada pelo crime, na qual se inclui além da punição do autor o ressarcimento dos prejuízos sofridos pela vítima.

Deste modo, defendemos a ideia de que o poder público deve ser preocupar precipuamente com a figura da vítima após a ocorrência de um crime, fornecendo-lhe todo o aparato necessário para lhe amparar e resguardar sua integridade física, moral e patrimonial.

Amparados pelos entendimentos expostos acima, entendemos que existe o interesse público quando se trata de um ilícito civil decorrente de um ilícito penal, uma vez que o Estado deve se preocupar com a proteção ou recuperação da dignidade da vítima e dispor de políticas públicas para atuar de modo subsidiário ou suplementar ao autor crime na reparação dos danos ao ofendido, ou até mesmo de modo originário, a depender das circunstâncias de cada caso.

No que toca à possibilidade de intervenção pública em favor dos ofendidos, o autor Guilherme de Costa Câmara (2008, p. 212) trabalha com o que chama de responsabilidade subsidiária do Estado no contexto penal em relação à vítima, e assim o conceitua:

A chamada responsabilidade subsidiária do Estado, descendente de uma ideia de solidariedade social e não do reconhecimento de uma culpa *in vigilando* do Estado.

De sublinhar, que tal responsabilidade é prevista independentemente da responsabilidade civil emergente do crime (art. 128.º do mesmo diploma legal). Mas não se cuida, é bem de ver, de simples transferência da obrigação de indenizar. Sem embargo, caso a vítima seja de fato indenizada, o Estado fica sub-

rogado na sua posição relativamente ao montante da indenização atribuída (art. 130.º, 4).

Verifica-se que a responsabilidade subsidiária do Estado é vista de modo suplementar à obrigação do autor do fato. Seria uma política pública promovida pelo Estado que visa garantir que a vítima violada seja restaurada das violações que sofreu em seus bens jurídicos mais essenciais.

Pela ideia do interesse subsidiário do poder público, entende-se que no tocante à indenização, a política pública seria manejada quando o principal responsável seja identificado e o Estado arcaria com o montante devido à vítima, sub-rogando-se em relação ao autor do fato.

Nesse sentido, sob o pensamento da responsabilidade subsidiária do Estado, Antoine Garapon (2001, p. 259 e 314) defende a criação das comissões de *indenização* das vítimas de *infracções* penais (CIVI) e as descreve da seguinte forma:

Certas políticas penais visam explicitamente a reabilitação da vítima, inclusive na ausência de identificação do autor, como disso testemunham as comissões de indenização das vítimas de infracções penais (CIVI) que podem indemnizar mesmo na ausência de identificação de um autor.

[...]

As vítimas querem reparações mais concretas. É provavelmente neste desejo de efetividade que devemos procurar a justificação das comissões de indenização das vítimas de infração (CIVI) que indemnizam as vítimas de ataques corporais, mesmo na ausência de um autor identificado.

Depreende-se do ensinamento do autor que são necessárias políticas penais voltadas para a reabilitação da vítima e que promovam indenizações de responsabilidade pelo próprio Estado, inclusive em casos em que não seja identificado o autor do crime.

Pelo fato da ideia de GARAPON possibilitar o pagamento da indenização diretamente pelo Estado ao ofendido, inclusive quando não identificado o infrator, verificamos que ele vai além do coerente entendimento da responsabilidade subsidiária estatal e chega também à categoria de uma responsabilidade originária do poder público. Portanto, em determinados casos, o governo seria o imediato legitimado a pagar a indenização aos ofendidos.

Neste liame, interessante o pensamento do autor Guilherme Costa Câmara (2008, p. 219) sobre o direito fundamental da responsabilidade civil ser promovido às vítimas de crime pelo poder público, o qual defende

que a reparação atua de modo positivo para a restauração do equilíbrio, resolução do conflito e para a pacificação social, afigura-se-nos que é dever de uma política pública criminal racional promover a sua consolidação como uma das finalidades cardeais do processo penal.

Sobre a necessidade de políticas públicas voltadas para a promoção de indenização às vítimas promovidas diretamente pelo Estado, a Constituição da República Federativa do Brasil, em consonância com as ideias apresentadas no presente capítulo, previu em seu art. 245, a necessidade da criação, mediante lei, que “disporá sobre hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito”.

Sobre a regulamentação do art. 245, da CRFB, foi proposto o Projeto de Lei nº 3.503/06, que está em trâmite no Congresso Nacional, e propõe a criação do Fundo Nacional de Assistência às Vítimas de Crimes Violentos, o qual vai além do texto constitucional e por previsão do seu art. 4º, abrange não somente os familiares carentes de vítimas de crimes violentos, como, também, às vítimas de homicídio, determinadas espécies de lesão corporal grave e crimes contra a liberdade sexual praticados com violência, conforme se verifica a seguir:

Art. 4º A União dará assistência financeira às vítimas ou herdeiros e dependentes carentes quando verificada a prática, no território nacional, dos crimes dolosos:

I – de homicídio (art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal);

II – de lesão corporal de natureza grave de que resulta debilidade permanente de membro, sentido ou função, incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade incurável ou perda ou inutilização de membro, sentido ou função (art. 129, § 1º, inciso III, e § 2º, incisos I, II e III, do Código Penal);

III – contra a liberdade sexual cometido mediante violência ou grave ameaça (arts. 213 e 214 do Código Penal);

IV – de homicídio ou lesão corporal de natureza grave provocados por projétil de arma de fogo, quando ignorado o autor e as circunstâncias do disparo, ainda que inexistia dolo.

Neste diapasão de ideias, ainda que o presente projeto de lei restrinja o rol de crimes amparados, o que poderia ser revisto em outras discussões, ficou cristalino para nós que é necessária criação de políticas públicas subsidiadas diretamente pelo Estado e que sejam voltadas para indenizar as vulneráveis vítimas de crimes.

Com a criação de institutos que tenham essa natureza estatal, se resguardará a dignidade do ofendido após a violação sofrida no conflito penal.

O poder público é, em regra, subsidiariamente responsável e em determinadas ocasiões é o responsável imediato em indenizar a vítima, de modo que o Estado irá de fato tutelar a sua reparação para se conservar o espírito constitucional com o resguardo dos seus direitos e garantias fundamentais.

#### **4. O FUNDO NACIONAL DE ASSISTÊNCIA ÀS VÍTIMAS DE CRIMES VIOLENTOS (FUNAV) E SUA LACUNA - PROJETO DE LEI Nº 3.503/04 BRASILEIRO E LEI Nº 104/2009 DE PORTUGAL**

Após verificarmos a real necessidade da existência de políticas públicas voltadas à reparação das vítimas de crimes para se proteger a dignidade desse vulnerável grupo de pessoas, constatamos igualmente a proposta constante no Projeto de Lei nº 3.503/04, o qual propõe a criação do Fundo Nacional de Assistência às Vítimas de Crimes Violentos (FUNAV) e que tramita no Congresso Nacional.

Constatamos que o legislador pretendeu criar políticas públicas voltadas para o contexto imediato pós-crime, no qual o Estado pagará as despesas geradas naquela situação do fato como, por exemplo, o custo do funeral ou do hospital, se sub-rogando no polo ativo contra o autor do crime para cobrar futuramente esses custos.

Notamos a ausência de algum dispositivo que tratasse sobre o verdadeiro papel reparador do fundo aqui analisado. Reforçamos, mais uma vez, que o papel indenizador do Estado com a vítima é uma necessidade para se consagrar direitos e garantias fundamentais.

Sobre o tema, o autor Guilherme Costa Câmara (2008, p. 216) tem o seguinte posicionamento:

Muitas vezes o delinquente não tem condições financeiras de reparar os danos, mas este argumento serve exatamente para reforçar a importância de criar-se um mecanismo legal apto a viabilizar a atuação estatal subsidiária e socializadora, materializável mercê constituição do fundo especial a ser irrigado com ingressos pecuniários oriundos das penas de multas efetivamente pagas. “É estreme de dúvida que um sistema oficial de compensação das vítimas não ilide nem apaga o sofrimento, mas constitui um reconhecimento oficial da vítima pelo Estado, pela justiça e pela sociedade. Nesse sentido, a compensação é um direito fundamental.

Portanto, uma política pública que tenha a finalidade de amparar vítimas de crimes, de modo imprescindível deve prever a ocasião em que o autor do delito não tenha condição de reparar os danos, por essa ser uma das principais razões do instituto fomentador. Essa atuação do Estado de reconhecer a figura da vítima e lhe dirigir indenizações pecuniárias pelo dano que sofreu pelo crime, de modo subsidiário ou complementar, quando o delinquente seja

insolvente, é indubitavelmente um modo de materializar os valores humanitários previstos em nossa Constituição.

A mencionada previsão legal que hoje é uma lacuna em nosso ornamento jurídico brasileiro e até no projeto de lei, o qual seria uma luz no fim do túnel para os ofendidos, é uma realidade já observada na lei portuguesa.

A Lei 104/2009 de Portugal que positivou o “Regime de Concessão de *Indemnização* às Vítimas de Crimes Violentos e de Violência Doméstica”, prevê no seu Capítulo II, que dispõe sobre “*Indemnização* às vítimas de crimes violentos”, art. 2.º, que trata sobre o “Adiantamento da *indemnização* de crimes violentos”, “1”, “c”, o seguinte:

## CAPÍTULO II

### Indemnização às vítimas de crimes violentos

#### Artigo 2.º

#### Adiantamento da indemnização às vítimas de crimes violentos

1 - As vítimas que tenham sofrido danos graves para a respectiva saúde física ou mental directamente resultantes de actos de violência, praticados em território português ou a bordo de navios ou aeronaves portuguesas, têm direito à concessão de um adiantamento da indemnização pelo Estado, ainda que não se tenham constituído ou não possam constituir-se assistentes no processo penal, quando se encontrem preenchidos os seguintes requisitos cumulativos:

[...]

c) Não tenha sido obtida efectiva reparação do dano em execução de sentença condenatória relativa a pedido deduzido nos termos dos artigos 71.º a 84.º do Código de Processo Penal ou, se for razoavelmente de prever que o delinquente e responsáveis civis não venham a reparar o dano, sem que seja possível obter de outra fonte uma reparação efectiva e suficiente.

Desta forma, o legislador português visualizou a hipótese em que a vítima não tenha obtido a reparação do dano, diante da frustração da execução do valor da indenização fixada na sentença condenatória penal. Neste caso especial, ela estará legitimada, mediante a análise de outros requisitos legais, a requerer o amparo do Estado, para que ele arque com esse valor.

A lei portuguesa previu ainda a hipótese em que seja visualizado pela vítima o fato de que seja razoavelmente previsto que o autor do crime não venha a reparar o dano, caso em que ele seja notavelmente pobre ou insolvente, isso dispensando até a frustração de possível execução do valor condenatório.



Importante ressaltar, também, que o Estado estará sempre preocupado em fiscalizar as rendas do autor do fato delituoso para verificar se é possível obter o valor de outra fonte o valor indenizatório efetivo e suficiente a que tem a responsabilidade a pagar para a vítima.

Pegando-se a vontade do legislador português, com o nosso legislador brasileiro, aliados à realidade brasileira de infratores massivamente pobres, é de se notar que o Projeto de Lei 3.503/04, tem a necessidade de importar a ideia portuguesa para que as vítimas sejam realmente indenizadas.

Destaque-se que o Estado após indenizar a vítima que seja frustrada em sua execução do valor mínimo reparatório previsto no art. 387, IV, do CPP, deve desenvolver mecanismos de controle para que se busque o pagamento do valor despendido com a indenização pelo autor do crime, o qual deverá pagar posteriormente na figura sub-rogada do poder público, este que já teria indenizado a vítima, exercendo o seu papel constitucional de assistência e respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Portanto, o Fundo Nacional de Assistência às Vítimas de Crimes Violentos (FUNAV) é uma necessidade em nosso país, como é também uma política pública de defesa da vítima de suma importância em qualquer outro país do mundo.

Especificamente no caso do Brasil, diante do já demonstrado número do prematuro grau de escolaridade das pessoas componentes do sistema carcerário brasileiro que serão potencialmente insolventes caso tenham que indenizar as vítimas de crimes, é preciso a elaboração de uma emenda ao projeto de lei para que o Estado se responsabilize na reparação dos danos da vulnerável vítima quando a execução do valor seja frustrado.

A previsão legislativa dará vida e eficácia ao art. 387, IV, do CPP, bem como consagrará os valores de acesso à justiça e reparação civil. O Estado estará preservando mediante políticas públicas a dignidade da vítima, assim como possibilitará que tenha voz e vida em nossa sociedade, considerando-a de fato um sujeito de direitos e com poder dentro do processo penal.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Verificamos que o art. 387, IV, do CPP é um importante instituto que busca inserir o direito fundamental da reparação civil no contexto do processo penal para se resguardar a dignidade da vítima, antes esquecida pelo sistema criminal e que agora esboça reações de protagonismo. Ficou-se claro que a indenização pode ser um dos principais caminhos para se recuperar ou amenizar a violação criminosa sofrida pelo ofendido em seu bem jurídico.

Constatamos que a população carcerária brasileira é composta de 99,52% de indivíduos sem ensino superior completo, 89,05% sem ensino médio

completo e 60,29% sem ensino fundamental completo, o que nos leva à conclusão de que não possuem uma renda estável ou suficiente para reparar o dano que causaram e serão insolventes numa execução da indenização mínima decorrente do crime promovida pela vítima, o que pode resultar numa ineficácia e mortalidade da norma do art. 387, IV, do CPP e consequente prejuízo à dignidade dos ofendidos.

Vimos que as comissões de indenização como políticas públicas promovidas pelo Estado são necessárias para se tutelar a dignidade das vítimas de crimes, observando-se, ainda, no que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, sobre a necessidade de regulamentação do art. 245, da Constituição da República Federativa do Brasil. Portanto, o Estado tem o dever de indenização ou amparo com os ofendidos.

Com a análise do Projeto de Lei nº 3.503/04, este que vem regulamentar o art. 245, da CRFB com a proposição do Fundo Nacional de Assistência às Vítimas de Crimes Violentos - Funav, constatamos uma lacuna na hipótese da insolvência do condenado na execução da indenização de um crime, o que torna tanto o espírito legislativo do art. 387, IV, do CPP e do Funav de certo modo esvaziados, o que levaria de igual modo os referidos textos a serem tratados como “letra morta”.

Portanto, é imprescindível uma emenda ao PL nº 3.503/04 para se ter a previsão legal da promoção de indenização originariamente, subsidiariamente ou suplementarmente pelo Estado na hipótese do autor do crime condenado ao pagamento ser insolvente. Mencionado dispositivo dará vida tanto para o art. 387, IV, do CPP e ao Fundo Nacional de Assistência às Vítimas de Crimes Violentos, o que possibilitará que sejam trabalhados de modo integrado e complementar. Deste modo, realmente estaremos restaurando os danos oriundos do conflito penal causados contra o ofendido e efetivando os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: Contribuições Para um Novo Modelo de Administração de Conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

ASSOCIAÇÃO DOS JUIZES FEDERAIS DO BRASIL. I ao IV Fonacrim – Enunciados Consolidados. Disponível em: <<http://www.ajufe.org/static/ajufe/arquivos/downloads/i-ao-iv-enunciados-fonacrim-15151152.pdf>>. Acesso em: 10 de ago. 2016.

BOLDT, Raphael; ADEODATO, João Maurício. **O SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL ENTRE A INVISIBILIDADE PÚBLICA E O RECONHECIMENTO NA MODERNIDADE PERIFÉRICA**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, [S.l.], v. 60, n. 2, p. 209-223, abr. 2015. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38843/26051>>. Acesso em: 14 ago. 2016.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Dezembro de 2014**. Disponível em: < [http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen\\_dez14.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf) >. Acesso em: 08 ago 2016.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 08 ago 2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 08 ago 2016.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei 3503/06**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=216684&filename=PL+3503/2004](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=216684&filename=PL+3503/2004) >. Acesso em: 08 ago 2016.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de Política Criminal: Orientado Para a Vítima de Crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editoria, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. ver. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO, Thiago Fabres de. **A BRAVURA INDÔMITA DA JUSTIÇA PENAL: O IMAGINÁRIO PUNITIVO À LUZ DA ÉTICA DA VINGANÇA**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, n. 8, p. 311-338, jul. 2010. E-ISSN 2175-6058. Disponível em: < <http://sisbib.fdv.br/index.php/direitosegarantias/article/view/38/36>>. Acesso em: 14 ago. 2016. doi: <http://dx.doi.org/10.18759/rdgf.voi8.38>.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O Papel da Vítima no Processo Criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. **Punir em democracia**. E a justiça será. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 20ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, vol. Único, 2. ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2014.

PORTUGAL. Lei nº 104/2009. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1135&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1135&tabela=leis)>. Acesso em: 09 ago. 2016.



# A INSTRUMENTALIZAÇÃO DAS VÍTIMAS E SUA UTILIZAÇÃO COMO GRUPOS DE PRESSÃO LEGISLATIVA: UMA PERSPECTIVA POLÍTICO-CRIMINAL

*THE EXPLITATION OF THE VICTIMS AND THEIR USE AS GROUPS  
OF LEGISLATIVE PRESSURE: A POLITICAL-CRIMINAL PERSPECTIV*

**HENRIQUE ABI-ACKEL TORRES**

*Doutorando em Direito pela Universidade de Sevilha (Espanha), pesquisador convidado na Universidade de Sevilha (Espanha), Mestre em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (Belo Horizonte, MG), “Experto Universitario em Victimología” pelo Instituto Andaluz Inter Universitario de Criminologia da Universidade de Sevilha (Espanha), Professor da pós-graduação em Ciências Penais da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG).*

**RUI MIGUEL ZEFERINO FERREIRA**

*Doutorando em Direito, pela Universidade de Santiago de Compostela. Mestre em Direito em Ciências Jurídico-Económicas, pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Investigador na Universidade de Santiago de Compostela. Professor-convidado da aula de “Direito Orçamentário e finanças públicas na Península Ibérica”, ministrada no dia 15 de julho de 2016, no âmbito do curso intensivo de verão “El Derecho Ibérico y su Influencia en América Latina”, na Universidade de Santiago de Compostela (Espanha). Investigador-Colaborador Estrangeiro no grupo de investigação “Teoria Jurídica do Mercado” da Universidade Presbiteriana Mackenzie (Brasil). Revisor na revista jurídica FA7, da Faculdade 7 de Setembro (Brasil) e da revista jurídica de Direitos Fundamentais e Tributação (Brasil)*

**RESUMO:** Durante as últimas décadas, os meios de difusão de informação se massificaram a um ritmo quase alarmante. ~~Claro que~~ Isso foi útil por diversas razões, pois esses meios se tornaram uma forma cada vez mais rápida e eficiente para difundir informação útil. Porém, existem efeitos de certa forma preocupantes: se transformaram em grandes influenciadores na construção de políticas públicas, em especial da política criminal. O sensacionalismo, a crescente vitimização social através de uma identificação com as vítimas e do medo ao delito transformaram determinados grupos de vítimas em verdadeiros grupos de pressão legislativa. Algumas autoridades públicas, atentas ao fenômeno, acabam por instrumentalizar esses grupos, promovendo uma política de endurecimento punitivo, o que nos parece uma maneira simplista de tratar o fenômeno criminal, de modo despreocupado com as consequências políticas ao tratamento de

dramas cotidianos de tamanho calibre. Tudo isso é parte do chamado fenômeno de “populismo punitivo”, que vem crescendo em nossa sociedade de forma assustadora, e deve ser investigado a fundo, especialmente do ponto de vista das vítimas, que ao se organizarem em grupos, estão reivindicando uma legítima participação no contexto político-criminal, já que são entes interessados neste contexto.

**Palavras-chave:** POLÍTICA CRIMINAL, OPINIÃO PÚBLICA, VITIMOLOGIA, POPULISMO PUNITIVO, CRIME.

**ABSTRACT:** *During the last few decades, the mass diffusion media has grown in a frightening pace. Of course, this has been very useful for many reasons; it has become a fast and efficient way to spread useful information. However, it has some alarming effects, as it has become so influential in the construction of public policies, especial the criminal policy. Sensationalism and growing mass victimization, especially when public opinion has identify with the victims, and the fear of crime, can be elements of mass hysteria, exerting pressure on public authorities. Therefore, some public authorities, perceiving this phenomenon, instrumentalize these victim groups, promoting a policy of punitive hardening, treating simplistically the criminal phenomenon, without preoccupation with the consequences of our everyday dramas. This is part of the so-called punitive populism phenomenon, this has been growing in our society in an alarming pace, and need to be researched, especially from the victim point of view, since them, when organizing themselves in groups, are asking for a legitimate participation in policy-making, since they are interested in the context.*

**Keywords:** CRIMINAL POLICY, PUBLIC OPINION, VICTIMOLOGY, PUNITIVE POPULISM, MASS MEDIA, CRIME

## I. INTRODUÇÃO

Vivemos em uma época em que os meios de comunicação e as redes sociais tornaram as informações extremamente rápidas e eficientes. Também, por essas e outras razões, a era em que vivemos é caracterizada por um alarme coletivo, quase uma histeria, relacionada a um possível crescimento da violência, o que exerce enorme pressão sobre os poderes públicos<sup>1</sup>.

Cientificamente, no âmbito de pesquisa acadêmica, não podemos presumir que este aumento da violência seja necessariamente real, já que as estatísticas podem ser interpretadas de diversas maneiras, portanto devemos ter muito cuidado com essa análise<sup>2</sup>. De qualquer forma, buscar iniciativas de

---

<sup>1</sup>GARCÍA ARÁN, Mercedes; BOTELLA CORRAL, Joan; REBOLLO VARGAS, Rafael; BAUCCELLS I LLADÓS, Joan; PERES-NETO, Luis. *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 11: *En efecto, al plantearse la investigación, constituía ya un lugar común entre los penalistas la influencia que los medios de comunicación ejercen sobre los poderes públicos y, especialmente, sobre el poder legislativo, mediante un determinado tratamiento de los temas penales.*

<sup>2</sup> DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Editorial IB de F, Buenos Aires, 2007, págs. 61 y sig.

endurecimiento punitivo neste ambiente é algo que tem um grande efeito político. São muitos os exemplos a esse respeito. Sempre que ocorre um delito que cause consternação à sociedade, vemos diversos movimentos dirigidos a um endurecimento concreto, específico ou geral. Há uma verdadeira instrumentalização da criminalidade através da comunicação despreocupada (especialmente pelos *mass media*) com as consequências políticas nos dramas cotidianos<sup>3</sup>.

Não se trata aqui de justificar eventuais condutas violentas que vemos constantemente no noticiário, ao contrário, todas essas condutas devem ser punidas de acordo com o ordenamento jurídico e os princípios pertinentes (especialmente, diga-se, o princípio de proporcionalidade). Na verdade, é da própria natureza do ser humano que haja prática de delitos no cerne da sociedade<sup>4</sup>, sejam violentos ou não, o que se pode perceber pela própria história da humanidade, que está recheada de momentos de extrema violência<sup>5</sup>. Isso não justifica a impunidade, tanto que existem várias doutrinas que tratam da luta contra a impunidade e gozam de amplo prestígio<sup>6</sup>.

O movimento em que se promove a iniciativa de endurecimento punitivo, querendo dar uma resposta à agonia da sociedade, muitas vezes influenciada

---

<sup>3</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. *El Derecho penal en la intervención de la política populista*. En Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.); Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Ed. Española). *La insostenible situación del Derecho penal*. Editorial Comares, Granada, 2000, p. 480: “*La criminalidad y la persecución penal no solo tienen valor para el uso político, sino que son también el objeto de auténticos melodramas cotidianos que se comercializan con texto e ilustraciones en los medios de comunicación. Se comercia con la criminalidad y su persecución como mercancía de la industria cultural. Consecuentemente, la imagen pública de esa mercancía es trazada de forma espectacular y omnipresente, superando incluso la frontera de lo empíricamente contrastable*”.

<sup>4</sup> DURKHEIM, Émile, edición de Gregorio ROBLES MORCHÓN, traducción de Virginia MARTÍNEZ BRETONES, *Las reglas del Método Sociológico*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, p. 191-195: “*El crimen no se observa solamente en la mayoría de las sociedades de tal o cual especie, sino en todos los tipos de sociedad. No existe un tipo social donde no haya criminalidad. Cambia de forma, los actos así calificados no son en todas partes los mismos; pero en todas partes y siempre ha habido hombres que se condujeron de tal manera que atrajeron sobre ellos la represión penal*”.

<sup>5</sup> POSNER, Richard A. *The economics of justice*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1981, p. 208: “*We have seen that the threat of retaliation is the basic mechanism by which public order is maintained in primitive societies. Here I inquire into the incentive or motivation of an individual or of a member of his kinship group to retaliate for a wrong done to him. Deterrence could be a motivation. The vigour with which the victim or his kinship group avenge the present wrong may influence the probability of future aggression against them. One reason why vengeance is a family obligation in primitive societies may be precisely to involve in the enforcement process an entity with a sufficiently long future to have substantial interest in deterrence*”.

<sup>6</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”*; en Antonio GARCIA-PABLOS DE MOLINA (Editor); María Nieves MARTÍNEZ FRANCISCO; Claudia MIRANDA DE AVENA (Coordinadores). *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*. Editorial Comares, Granada, 2009, p. 19: *Lo primero que debe resaltarse a propósito de las doctrinas de lucha contra la impunidad es que éstas gozan de prestigio en círculos tanto académicos como forenses y, por supuesto, en la opinión pública. (...)*

*Así, la evitación de la impunidad se ha convertido en el más “moderno” de los fines del Derecho penal y, desde luego, en uno de los factores más relevantes de la modificación –durante la última década– del alcance de principios políticos criminales clásicos”.*

pelos veículos de comunicação, consiste no que se pode chamar de *populismo punitivo*. Ou seja, acredita-se que o incremento de penas, ou o endurecimento concreto do trato ao delinquente, é a forma apropriada para enfrentar problemas sociais de extrema complexidade<sup>7</sup>.

É claro que as iniciativas que se opõem a essa postura não possuem nada a ver com qualquer insensibilidade frente às vítimas. Atualmente, diversos setores de estudos do Sistema Penal falam de uma quebra de paradigma e da necessidade de inclusão da vítima no processo de administração da justiça penal. Só que isso demanda estudos amplos, e não apenas uma aplicação populista de políticas públicas<sup>8</sup>. Devemos tomar cuidado com os exageros, já que há situações em que as vítimas ou grupos de vítimas passam a ser profundamente expostas<sup>9</sup>.

Assim, podemos definir o *populismo punitivo* como a doutrina que se proclama a força motriz, que busca sossegar os efeitos da insegurança cidadã e da pouca confiança que existe atualmente no aparato do Estado. Essa doutrina logra expandir o Direito Penal e, muitas vezes, legisla com pressa, acomodando interpretações arbitrárias e restritivas de direitos e garantias<sup>10</sup>.

O impacto midiático do delito, que comove o cidadão, é aproveitado por alguns entes políticos para buscar uma aparência de que se está dando uma resposta às justas reclamações da sociedade. O que acontece é que muitas insatisfações sociais são ampliadas pela rápida disseminação de informação nas redes sociais e as modernas técnicas midiáticas. Neste sentido, falta aprofundar a compreensão dos fenômenos, ou dos fatos concretos, para compreendê-lo melhor e, assim, aplicar adequadamente as políticas públicas.

Compreende-se perfeitamente que as vítimas diretas de situações concretas se vejam desamparadas e que busquem providências estatais que possam responder de forma veemente à violência sofrida. Ainda assim, o Estado

---

<sup>7</sup> DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Editorial IB de F, Buenos Aires, 2007, p. 79-82.

<sup>8</sup> LUNA CASTRO, José Nieves. *Los derechos de la víctima y su protección. En los sistemas penales contemporáneos mediante el juicio de amparo*. Editorial Porrúa, México, DF, 2009, p. 55: “Actualmente, importantes sectores tanto de la teoría de la política criminal y de la Victimología como de la dogmática jurídico-penal, hablan de un estado crítico del paradigma tradicional del derecho penal en una sociedad de riesgo y cambiante, lo que conduce a pugnar, desde diferentes concepciones, por un mayor reconocimiento a los derechos de las víctimas, por un lado, o bien, por el otro, la importancia de su participación en la comisión misma de alguna clase de delitos”.

<sup>9</sup> LUNA CASTRO, José Nieves. *Los derechos de la víctima y su protección. En los sistemas penales contemporáneos mediante el juicio de amparo*. Editorial Porrúa, México, DF, 2009, p. 30: “Por victimización terciaria, en cambio, habremos de entender, como hacen algunos autores las secuelas o derivaciones perjudiciales para la misma víctima primaria (directa o indirecta) por parte de los elementos conformadores de su propio entorno o contexto social (el resto de los integrantes del medio social en que se desenvuelve) y que por lo general se refleja a través de formas de estigmatización o etiquetamiento con alto factor de discriminación”.

<sup>10</sup> DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Editorial IB de F, Buenos Aires, 2007, pág. 177-200.



deve ter o distanciamento suficiente para efetuar uma análise completa da eventual efetividade de uma medida de política criminal, sem utiliza-la para obter vantagens políticas, afastando-se da conduta populista<sup>11</sup>.

## II. A REPERCUSSÃO DA VITIMIZAÇÃO NA SOCIEDADE

As vítimas têm cada vez mais um papel importante no estudo e na análise do Direito Penal. Discute-se a sua posição na criminologia, na política criminal, no processo penal e no Direito penal. Pode ser que isso seja resultado da grande identificação que a própria sociedade tem com as vítimas<sup>12</sup>. Em apertada síntese, a vitimodogmática, ou seja, a dogmática orientada pela Vitimologia, estuda a relação entre a vítima e o delito<sup>13</sup>. A partir disso, é tarefa da Política Criminal estudar como se devem utilizar os dados empíricos para otimizar o Sistema Penal, inclusive em questões específicas – como por exemplo em relação à própria responsabilidade do delinquente<sup>14</sup>.

A incorporação da vítima na questão político-criminal leva à identificação de alguns problemas, como: a prioridade entre a repressão do delito em nome

---

<sup>11</sup> GARLAND, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Traducción de Máximo SOZZO. Gedisa editorial, Barcelona, 2001, p. 263: “*Esto no quiere decir que los medios masivos de comunicación hayan generado nuestro interés por el delito o que hayan generado el populismo punitivo que aparece hoy como una fuerte tendencia política. Sin una experiencia del delito colectiva, rutinaria y enraizada sería improbable que las noticias y dramas sobre el delito atrajeran audiencias tan numerosas o vendieran tanto espacio publicitario. Mi argumento es, en cambio, que los medios masivos de comunicación se aprovecharon, dramatizándola y reforzándola, de una nueva experiencia pública –una experiencia con una profunda resonancia psicológica- y al hacerlo han institucionalizado esta experiencia. Nos han rodeado de imágenes del delito, la persecución y el castigo y nos han provisto de ocasiones cotidianas y regulares en las cuales nos es posible expresar las emociones de miedo, ira, resentimiento y fascinación que provoca nuestra experiencia del delito*”.

<sup>12</sup> PRITTWITZ, Cornelius. *La resurrección de la víctima en la teoría penal*, en SCHÜNEMANN, Bernd; ALBRECHT, Peter-Alexis; PRITTWITZ, Cornelius; FLETCHER, George; REYNA ALFARO, Luis Miguel (Traducción), *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006, p. 64.

<sup>13</sup> BERISTAIN, Antonio. *Transformación del Derecho Penal y la criminología hacia la victimología (dignidad ético-mística de las macrovíctimas)*. ARA Editores, Lima, 2008, p. 33: “*Desde la dogmática penal se entiende por víctima, en la opinión razonada de HERRERA MORENO, al sujeto paciente del injusto típico, es decir, a las personas que sufren merma de sus derechos, en el más amplio sentido de la palabra, como resultado de una acción típicamente antijurídica, sin que sea necesario que el victimario haya actuado culpablemente. Las víctimas son, por lo tanto, titulares legítimas del bien jurídico vulnerado*”.

<sup>14</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. JM Bosch Editor. Barcelona, 2002, p. 99: “*Un ejemplo satisfactorio del modelo enunciado de dogmática atenta a las investigaciones empíricas (en este caso, las de la Victimología) es el representado últimamente por la llamada «Victimo-dogmática» o dogmática orientada al comportamiento de la víctima. En efecto, la victimología ha demostrado la existencia de víctimas cuyo comportamiento actúa como factor co-causal de la producción del delito. Este es el dato empírico. A partir de ahí, es ya tarea politicocriminal la de valorar si ello ha de implicar y en qué casos, una atribución de corresponsabilidad a la víctima en el delito, y cómo puede ello repercutir en la responsabilidad criminal del autor. Finalmente, la dogmática habrá de traducir en estructuras categoriales y sistemáticas tales valoraciones. Como se advierte, se toma el dato empírico como objeto de valoración, pero la valoración en sí corresponde a la dogmática-político-criminal, y no puede ser sustituida por consideraciones criminológicas o victimológicas*”.

do interesse de todos, ou a atenção preferencial à vítima individual; a revisão das funções jurídicas que deve produzir a reparação do prejuízo causado pelo delito; a convicção de que o problema do delito e a resposta a ele deve ser monopólio do Estado; entre outros<sup>15</sup>. Isso, justamente, faz com que a Vitimologia tenha um campo enorme para desenvolver-se, aportando diversas conclusões interessantes para todo o Sistema Penal<sup>16</sup>.

É importante assinalar que alguns discursos pró-vítimas podem ter um eco perigoso, favorecendo um certo “*etiquetamento inverso*”, e a produção do fenômeno da vitimização, o que pode trazer efeitos extremamente perversos e nocivos<sup>17</sup>. Devemos ter em conta, além do fato de que o conceito vitimológico sobre as vítimas é muito mais amplo que o conceito jurídico-penal, que há diversas formas de vitimização, como, por exemplo, a *vítima indireta* e a *vítima direta*. Também, utiliza-se termos jurídico-penais que tratam da disposição do autor delitivo: *vítima dolosa*, *culposa* ou *preterdolosa*<sup>18</sup>.

O fenômeno da vitimização, segundo TAMARIT SUMMALA, é o “*proceso pelo qual una pessoa sofre as consequências de um fato traumático*”<sup>19</sup>, o que é um fenômeno extremamente complexo, com diversas dimensões e consequências. Portanto, e para melhor compreensão de tamanha complexidade, existem diversas vertentes correlacionadas de vitimização, que servem para uma melhor sistematização e estudo do fenômeno<sup>20</sup>.

A vitimização e a vitimicidade são, portanto, neologismos que fazem parte do acervo conceitual da Vitimologia. Trata-se do conjunto de características psicossociais comuns a todas as vítimas em geral. Segundo TAMARIT, “*el proceso mediante el cual se produce la atribución social de la condición de víctima y la*

---

<sup>15</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *La víctima y el Derecho penal*, en TAMARIT SUMMALA, Josep M. (Coordinador). *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso español de victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 24-25.

<sup>16</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *La víctima y el Derecho penal*, en TAMARIT SUMMALA, Josep M. (Coordinador). *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso español de victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 25: “*Muchos son los problemas apuntados. La Victimología tiene ante sí un campo muy grande para manifestarse. Ha de desarrollar sus parcelas sociales, psíquicas, médicas, económicas, pero también ha de mantener su vertiente jurídica, analizando con rigor la contribución de la víctima al daño y lo que pueda suceder*”.

<sup>17</sup> TAMARIT SUMALLA, Josep M. *¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?*, en TAMARIT SUMMALA, Josep M. (Coordinador). *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso español de victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 28: *Ciertos discursos pro-víctimas pueden resultar contraproducentes para las mismas en la medida que puede favorecer el “etiquetamiento inverso” y por lo tanto la instalación en la victimización o, por otra parte, tener efectos socialmente nocivos si se transmite la sensación, fundada o no, de que sale a cuenta ser víctima*.

<sup>18</sup> HERRERA MORENO, Myriam. *La hora de la víctima. Compendio de victimología*. Edersa, Madrid, 1996, p. 328-329.

<sup>19</sup> TAMARIT SUMALLA, Josep M. *La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas*, en BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique; TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinadores), *Manual de Victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 29.

<sup>20</sup> HERRERA MORENO, Myriam. *Victimación. Aspectos generales*, en BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique; TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinadores), *Manual de Victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 79-128.

*autodefinición por parte de la misma ha sido objeto de algunos estudios teóricos. Este proceso, compuesto por una serie de interacciones, está condicionado y mediado por factores de carácter histórico y cultural, así como por las dinámicas de apoyo y rechazo en torno a las víctimas o la visibilidad que éstas adquieren. Como resultado, la victimidad puede ser expresada y vivida de diversas formas, ya como patología, como estigma, como status o como privilegio”<sup>21</sup>.*

É importante observar que a reação da sociedade perante as vítimas demonstra como será o processo de vitimização e também as possibilidades da chamada *desvitimização*<sup>22</sup>. Porém, pode haver o risco de um incremento no próprio processo de vitimização se a resposta estatal para o fato punível não for satisfatória para a vítima. Aí estaremos em um terreno perigoso, já que a própria sociedade, através de diversas formas de condução do problema, cria expectativas para a vítima<sup>23</sup>.

Devemos ter em conta, ainda, que existem estratégias de prevenção que buscam minimizar os efeitos nocivos da vitimização, em diversos modelos<sup>24</sup>. Na verdade, o processo de construção da identidade da vítima e o processo de vitimização pode ser comparado ao contágio de uma doença. Ou um risco que pode alcançar qualquer um que vive em sociedade, devendo ser evitado, corrigido e eliminado<sup>25</sup>.

Ocorre que, se há um superdimensionamento do direito das vítimas ao castigo do delincente, e conseqüentemente uma aplicação do Direito penal orientada à vítima (centrada na neutralização do dano), gera-se uma aplicação completamente equivocada do Direito penal, como bem expõe SILVA SÁNCHEZ: *“La inflicción adicional de un ‘dolor penal’ al autor sólo se justificaría cuando, además, existieron razones preventivas para hacerlo (en particular, de aseguramiento cognitivo). En efecto, la imposición y ejecución de una pena desconectada de tales razones, y justificada por necesidades de la víctima, no sería sino venganza institucionalizada bajo un manto de supuesta racionalidad”<sup>26</sup>.*

---

<sup>21</sup> TAMARIT SUMALLA, Josep M. *Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad*, en InDret, núm. 1/2013, Barcelona, 2013, p. 6.

<sup>22</sup> TAMARIT SUMALLA, Josep M. *La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas*, en BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique; TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinadores), *Manual de Victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 39.

<sup>23</sup> TAMARIT SUMALLA, Josep M. *La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas*, en BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique; TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinadores), *Manual de Victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 41-46.

<sup>24</sup> BARBERET, Rosemary. *La prevención de la victimación*, en BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique; TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinadores), *Manual de Victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 235-250.

<sup>25</sup> BACA BALDOMERO, Enrique. *Los procesos de desvictimación y sus condiciones y obstáculos*, en BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique; TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinadores), *Manual de Victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 253.

<sup>26</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’*, en Antonio GARCIA-PABLOS

O chamado paradigma da vitimicidade<sup>27</sup>, gerado por posicionamentos críticos e bases anti-vitimológicas, tem diversas consequências sócio-políticas, o que provoca uma identificação à condição de vítima<sup>28</sup>. Assim, deve-se verificar cuidadosamente os reflexos e repercussões da vitimicidade no âmbito social para identificar as suas consequências. Todo esse paradigma muda fundamentalmente a forma de abordar os conflitos. Frente à facilidade dos meios de comunicação e ao contínuo interesse da sociedade nas vítimas, há uma superexposição destas, transformando-as em grupos de pressão e grandes interlocutores da Política criminal, o que acaba diminuindo a sua importância no âmbito do debate científico do Direito<sup>29</sup>.

Existem algumas vozes que proclamam que, diante do fenômeno delitivo, deve-se dar assistência à vítima e não tratar o delinquente. A verdade é que ambas as coisas são parte de um mesmo contexto, e o foco unicamente na vítima pode constituir uma consagração de seu lobby, com sérios reflexos na Política criminal<sup>30</sup>.

O fato do caráter reivindicativo e promocional que se fez a partir da Vitimologia após a segunda metade do século XX, com o objetivo de obter um *status* mais sólido para esse ramo científico, criou um crescimento da linha

---

DE MOLINA (Editor); Maria Nieves MARTÍNEZ FRANCISCO; Claudia MIRANDA DE AVENA (Coordinadores). *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*. Editorial Comares, Granada, 2009, p. 41.

<sup>27</sup> HERRERA MORENO, Myriam. *Sobre víctimas y victimidad. Aspectos de controversia científica en torno a la condición de víctima*, en Antonio GARCIA-PABLOS DE MOLINA (Editor); Maria Nieves MARTÍNEZ FRANCISCO; Claudia MIRANDA DE AVENA (Coordinadores). *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*. Editorial Comares, Granada, 2009, págs. 75-76: “En sus términos más puros, tal como figura en la concepción de MENHDELSON, pionero de la Victimología, la victimidad se entiende como una condición objetiva, derivada del padecimiento de una injusticia victimaria, y vinculada al merecimiento de un específico status jurídico por el reconocimiento social del carácter abusivo del daño”.

<sup>28</sup> HERRERA MORENO, Myriam. *Sobre víctimas y victimidad. Aspectos de controversia científica en torno a la condición de víctima*, en Antonio GARCIA-PABLOS DE MOLINA (Editor); Maria Nieves MARTÍNEZ FRANCISCO; Claudia MIRANDA DE AVENA (Coordinadores). *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*. Editorial Comares, Granada, 2009, p. 75-76.

<sup>29</sup> HERRERA MORENO, Myriam. *Publicidad y control penal. Nuevas estrategias inocuidadoras en la post-modernidad penal*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2002, p. 35-36: “El paradigma victimológico ha introducido cambios fundamentales en la manera de abordar los conflictos sociales. Es propio de nuestros tiempos el intenso predicamento de las víctimas, constituidas en relevantes grupos de presión. Las víctimas son hoy creadoras de opinión y nuevos interlocutores del gran debate de la Política criminal. El escalón al que han ascendido, sin embargo, las expone a la devaluación de las miradas científicas. A menudo, son depreciadas como el elemento visceral, la embestida emotiva que hace temblar el elegante edificio del sistema penal”.

<sup>30</sup> TAMARIT SUMALLA, Josep M. *¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?*, en TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinador). *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso español de victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 30: “(...) proclaman la necesidad de asistir a la víctima en vez de tratar al delincuente, como si ambas cosas no formaran parte indisoluble de un mismo programa con visión de futuro. La preocupación por las víctimas de hoy no puede hacer olvidar las víctimas potenciales de mañana. Esto es, además de seriedad científica, deontología victimológica, ya que supone preservar el principio de igualdad entre las víctimas y por ende impedir la consagración de clubs selectos de víctimas con capacidad para ejercer como lobbys”.

vitimo-promocional, transformando a vitimicidade em um mecanismo de luta contra a desigualdade<sup>31</sup>. É claro que a própria condição de vítima favorece um sentimento de solidariedade social<sup>32</sup>, já que há um sentido comum social que repudia a delinquência, além das repercussões midiáticas que põem em evidência ainda mais o sofrimento da vítima. Porém, isso cria um sentimento comum de fragilidade e o temor de converter-se também em vítima, o que reforça um sentimento comum de consequências da vitimicidade<sup>33</sup>. O processo de construção da vitimicidade permite compreender o papel que a solidariedade entre as vítimas tem na organização das mesmas em grupos, que vêm exercendo influência na sociedade<sup>34</sup>.

Talvez por isso as bases do Direito penal tradicional foram de neutralização do papel da vítima. Este fenômeno permitiu o desenvolvimento de uma racionalidade técnica e também a compreensão de que as penas possuem não apenas uma função retributiva, mas também preventiva, centrada na dissuasão das ações criminais e ressocialização do delinquente. Claro que hoje em dia, como já dissemos, é importante para a compreensão do Sistema Penal integral a avaliação do papel da vítima no fato punível<sup>35</sup>.

Neste contexto, devemos destacar os aportes da Vitimologia crítica, que levantou a voz contra a chamada Vitimologia reivindicativa, inclusive questionando a potencial manipulação da mesma<sup>36</sup>. Existem cada dia mais

---

<sup>31</sup> HERRERA MORENO, Myriam. *Sobre víctimas y victimidad. Aspectos de controversia científica en torno a la condición de víctima*, en Antonio GARCIA-PABLOS DE MOLINA (Editor); María Nieves MARTÍNEZ FRANCISCO; Claudia MIRANDA DE AVENA (Coordinadores). *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*. Editorial Comares, Granada, 2009, p. 76-77.

<sup>32</sup> TAMARIT SUMALLA, Josep M. *Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad*, en InDret, núm. 1/2013, Barcelona, 2013, p. 25: “*El análisis del proceso de construcción de la victimidad permite comprender y examinar críticamente el papel que la solidaridad con las víctimas desempeña en la política criminal y el modo en que se perfila el estatuto jurídico de las víctimas*”.

<sup>33</sup> TAMARIT SUMALLA, Josep M. *La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas*, en BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique; TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinadores), *Manual de Victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 39-41.

<sup>34</sup> CEREZO DOMINGUÉZ, Ana Isabel. *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 25 y ss.: “*Es innegable que la delincuencia genera un agudo interés en la sociedad, ya que provoca profundos cuestionamientos sobre la naturaleza y las fuentes de la motivación humana, la capacidad del Estado para mantener el orden social o la desgracia de los semejantes*”.

<sup>35</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. *La funcionalización de la víctima en el sistema de justicia penal*, en SCHÜNEMANN, Bernd; ALBRECHT, Peter-Alexis; PRITTWITZ, Cornelius; FLETCHER, George; REYNA ALFARO, Luis Miguel (Traducción), *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006, p. 47: “*En la teoría preventiva, la víctima se encuentra perdida como un punto referencial del Derecho penal. En los hechos, el individuo está necesariamente perdido en una teoría penal orientada al proceso, con énfasis sobre la estabilización del sistema y normas, la disuasión de las acciones criminales, la resocialización del delincuente y la protección de la sociedad frente a acciones criminales futuras. La promesa del Derecho penal preventivo –para hacer disponibles soluciones a peligros sociales globales– no necesita una concreta víctima individual. La crítica de la criminología crítica enfoca sobre ésta más bien técnica orientación propuesta y busca redescubrir a la parte víctima como un asunto, como una medida estándar de un Derecho penal más humano*”.

<sup>36</sup> HERRERA MORENO, Myriam. *Sobre víctimas y victimidad. Aspectos de controversia científica en torno a la condición de víctima*, en Antonio GARCIA-PABLOS DE MOLINA (Editor); María Nieves

movimientos sociales de víctimas, reivindicando a atención do Estado para as suas causas. Esses grupos se baseiam na contraposição entre o “*direito da vítima*” e o “*direito dos acusados*”, carregando uma mensagem importante de que a vítima teria direito ao castigo, o que daria à pena unicamente a função de retribuição<sup>37</sup>. Isso tem origem no informe *nothing Works* publicado nos Estados Unidos, e a crítica à ressocialização desenvolvida naquele país a partir de 1974<sup>38</sup>.

Assim, essa construção do discurso vitimo-promocional e reivindicativo das vítimas as transforma em grupos de pressão, que acabam orientando parte da política criminal do Estado, reclamando por um endurecimento punitivo, o que possui sérios reflexos na legislação penal, como, por exemplo, na expansão das penas<sup>39</sup>. Na verdade, a figura da vítima cumpre um papel importante em debates políticos, argumentando sobre políticas públicas e transformando-se em um ente representativo de toda a sociedade<sup>40</sup>. Trata-se de uma “*politização*” do “*papel de vítima*”, o que pode chegar a produzir, de maneira concreta, graves

---

MARTÍNEZ FRANCISCO; Claudia MIRANDA DE AVENA (Coordinadores). *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*. Editorial Comares, Granada, 2009, p. 85: “*A fines del siglo XX, y como inesperado corolario de la eclosión social, científica e institucional de la víctima, ciertos sectores de pensamiento comienzan a manifestarse incómodos frente a las consecuencias de algunos de los más convencionales planteamientos de la Victimología reivindicativa o de la acción. Surge en los años noventa del pasado siglo la propuesta y relativa (pero progresiva) aceptación de una Victimología crítica. (...) la Victimología se había familiarizado con los instrumentos ideológicos relativizadores propios del Enfoque Labelling, el Interaccionismo simbólico y Constructivismo sociológico, precisamente para denunciar la selectividad culpabilizadora por la que determinadas categorías de víctimas veían postergado o neutralizado su acceso a la esfera de victimidad.*

*Sin embargo, el mismo bagaje doctrinal que se aplicaba para alzar a víctimas desplazadas se comienza a aplicar ahora a objetivos de desplazamiento general de una plataforma, la de victimidad, definida no por su objetividad, sino por su potencial dañoso y manipulativo”.*

<sup>37</sup> GARLAND, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Traducción de Máximo SOZZO. Gedisa editorial, Barcelona, 2001, p. 46: “*A lo largo de las últimas tres décadas ha habido un claro regreso de la víctima al centro de la escena en la política de la justicia penal. En el “complejo penal.welfare”, las víctimas individuales apenas aparecían como miembros del público cuyos reclamos provocaban la acción del Estado. Sus intereses estaban subsumidos en el interés general del público y, por cierto, no se contraponían a los intereses del delincuente. Todo esto ha cambiado ahora. Los intereses y los sentimientos de las víctimas –las víctimas mismas, las familias de las víctimas, las víctimas potenciales, la figura abstracta de “la víctima” - se invocan ahora rutinariamente para apoyar medidas de segregación punitiva. (...)”*

*El nuevo imperativo político es que las víctimas deben ser protegidas, se deben escuchar sus voces, honrar su memoria, deber poder expresar su ira y debe haber respuestas a sus temores.(...)”*

<sup>38</sup> ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Sociología del castigo. Genealogía de la determinación de la pena*. Ediciones Didot, Buenos Aires, 2013, p. 254-260.

<sup>39</sup> HERRERA MORENO, Myriam. *La hora de la víctima. Compendio de victimología*. Edersa, Madrid, 1996, p. 122: “*(...) los movimientos sociales surgen directa y primariamente a partir del impacto de una intensa experiencia victimizadora, y, por su emocionalidad de base, constituyen objetivos fácilmente manipulables para quienes propugnan la instauración de políticas represivas de “ley y orden”. De ahí que, en general, en tono preponderante en muchas de estas asociaciones responde muchas veces a un conservadurismo de sesgo vengativo”.*

*Tales políticas derivan de un sentimiento de inseguridad ciudadana y un intenso miedo a la victimización. Se caracterizan por separar, como bloques incompatibles y antagónicos, los derechos y expectativas victímicas respecto de aquellos derechos y libertades que conciernen al inculpado, condenado y recluso.*

<sup>40</sup> GARLAND, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Traducción de Máximo SOZZO. Gedisa editorial, Barcelona, 2001, p. 46-47.

excessos, como a manipulação por parte de grupos de determinados fins da política criminal<sup>41</sup>.

De maneira definitiva, é fácil perceber que os movimentos sociais e vítimas acabam convergindo com a própria evolução da vitimologia. As vítimas, enquanto reforçam suas posições relativas como vítimas individuais, se agrupam e, politicamente coordenadas, se convertem em importantes entes de pressão, ajudados pelos canais midiáticos, e transformam-se em poderosos agentes que exercem *lobby* político<sup>42</sup>.

A complexidade do fenômeno delitivo exige um estudo profundo para eventuais mudanças legislativas ou de rumos da política criminal do Estado, o que acaba não ocorrendo devido à pressão destes grupos e ao próprio interesse dos grupos políticos em busca de uma agenda para seus fins político-eleitorais. Isso acontece, muitas vezes, não apenas pela simples influência das próprias vítimas – organizadas em grupos ou não – mas pela influência de meios de comunicação e de grupos políticos que acabam instrumentalizando esses grupos de vítimas<sup>43</sup>.

É óbvio que as vítimas possuem um importante papel na definição dos interesses a serem protegidos pelo Direito penal<sup>44</sup>, porém o que não se pode admitir é a instrumentalização deste papel da vítima para fins político-eleitorais, ou seja, que tenham reflexos na política criminal através do populismo punitivo.

---

<sup>41</sup> TAMARIT SUMALLA, Josep M. *Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad*, en *Indret*, núm. 1/2013, Barcelona, 2013, p. 16: “*Acceptada la existencia de una dimensión social y política inherente a la victimidad, plantear la politización de los movimientos de defensa de las víctimas parece la constatación de una obviedad. Sin embargo, es frecuente en los estudios político-criminales y victimológicos denunciar los excesos y los riesgos de la politización y, en concreto, la manipulación de las víctimas por parte de los grupos políticos, especialmente los que detentan el poder. Este fenómeno se ha producido especialmente en los Estados Unidos y también en el Reino Unido y otros países europeos o, más recientemente, en España*”.

<sup>42</sup> HERRERA MORENO, Myriam. *La hora de la víctima. Compendio de victimología*. Edersa, Madrid, 1996, p. 118: “*Junto al nuevo espíritu anti convencional, el segundo factor incisivo en la evolución doctrinal de la moderna Victimología viene determinado por el auge de los movimientos sociales. A la vez que refuerzan sus posiciones relativas como víctimas individuales, las víctimas, en tanto agrupadas y coordinadas, se van convirtiendo en influyentes colectivos de presión, nuevas instancias sociales de consulta política imprescindible. Desde su primera emergencia, las asociaciones de víctimas se constituyen así en poderosos lobbies políticos*”.

<sup>43</sup> HERRERA MORENO, Myriam. *La hora de la víctima. Compendio de victimología*. Edersa, Madrid, 1996, p. 124: “*En efecto, con frecuencia, las víctimas pasan a ser esgrimidas como instrumento de combate sobre la palestra político-electoral, convirtiéndose de seres individuales afectados en concreto a puros símbolos de las disfunciones del orden o sistema. Como se observa, también es ésta una forma de evaporar los conflictos concretos y de presente de las víctimas en pro de una abstracción políticamente rentable*”.

<sup>44</sup> FLETCHER, George. *El lugar de las víctimas en la teoría de la retribución*, en SCHÜNEMANN, Bernd; ALBRECHT, Peter-Alexis; PRITTWITZ, Cornelius; FLETCHER, George; REYNA ALFARO, Luis Miguel (Traducción), *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006, p. 88.

### III. A FORMAÇÃO DOS GRUPOS DE PRESSÃO E OS REFLEXOS NA POLÍTICA CRIMINAL

A formação dos grupos de pressão representa uma das consequências diretas dos sistemas políticos assentes na ideia de participação, que com base no princípio constitucional da liberdade de associação promoveram o surgimento de grupos de defesa dos interesses dos respectivos participantes<sup>45</sup>. Exemplos da criação destes grupos são patentes na sociedade com enfoque em determinado tipo de vítimas, como sejam aqueles que sofrem da designada “violência de género”, os quais não deixam de ter efeitos perversos no Estado, resultantes da criação dos fenómenos da corrupção e de falta de transparência<sup>46</sup> nas opções de política criminal apontados anteriormente. Esta atuação acaba por resultar no populismo punitivo.

Ademais, o poder obtido por determinados grupos de vítimas neste “jogo” é também contraproducente para os efeitos últimos dessa atuação, decorrente da instrumentalização que são sujeitos pelo poder político e, em especial, por outros grupos de interesses e de pressão, como a mídia e os partidos políticos. Tal sucede porque o conjunto de vantagens obtidas na construção da política criminal – diga-se maior punibilidade de certos tipos criminais – resulta em detrimento de outros tipos de vítimas e de crimes. Este fenómeno sucederá por fatores relacionados com a circunstância das vítimas prejudicadas neste “jogo” representarem grupos de vítimas marginais e, por isso, com pouca influência eleitoral. Isto é, representam uma franja diminuta do eleitorado ou têm pouco impacto mediático junto da mídia e da opinião pública.

Na realidade, quando se olha o fenómeno dos crimes contra a igualdade de género não se pode deixar de observar o crescente mediatismo do crime de violência doméstica, mesmo face à criminalidade mais violenta, bem como a

---

<sup>45</sup> FERREIRA, Rui Miguel Zeferino. *Os grupos de interesse e a sua intervenção nas políticas públicas: regulamentação e supervisão através do Estudo do sistema dos Estados Unidos da América*, in *Cadernos de Direito Actual*, n.º 3, Santiago de Compostela, 2015, p. 10: “O Estado após a segunda guerra mundial foi construído e moldado por sistemas políticos de participação, nomeadamente por via do direito de livre associação, através do qual diferentes grupos passaram a defender os interesses dos seus associados, na tentativa de capturar o máximo de benefícios. Consequentemente é neste “jogo” de interesses que surgem os grupos de interesse, os quais estão muitas vezes associados fenómenos de corrupção e de falta de transparência.

<sup>46</sup> FERREIRA, Rui Miguel Zeferino. *Os grupos de interesse e a sua intervenção nas políticas públicas: regulamentação e supervisão através do Estudo do sistema dos Estados Unidos da América*, in *Cadernos de Direito Actual*, n.º 3, Santiago de Compostela, 2015, p. 10: “Decorrente da organização da sociedade e do sistema político alguns dos problemas que são diagnosticáveis ao Estado são a corrupção e a falta de transparência nas decisões políticas, em muitos casos promovida pelos grupos de interesse. O sistema democrático acentuou o poder dos grupos de interesse na órbita dos partidos políticos, através dos quais procuram transmitir os custos dos seus privilégios para os outros cidadãos ou grupos (...). Este facto tem levado a que os “jogadores” com menos poder de influência no processo democrático fiquem mais gravemente onerados. Outro dos problemas que é diagnosticável ao Estado resulta da transferência de importantes blocos de poder para os grupos de interesse, e não apenas a atribuição direta de benefícios de vantagens, o que vem tendo como consequência o crescimento desmesurado do Estado”.



influência dos grupos de pressão que se manifestam defensores deste tipo de vítimas, para a definição da política criminal no sentido do agravamento da punibilidade do agressor contra as medidas de ressocialização dos mesmos. Além disso, são observáveis as consequências da atuação destes grupos de pressão quanto aos resultados eleitorais. Este fenômeno foi facilmente detectado nas últimas eleições espanholas, em que todos os partidos se viram obrigados a implementar nos seus programas eleitorais, ainda que contrariando os seus princípios ideológicos, medidas no sentido punitivo e de defesa da igualdade de gênero, por razões essencialmente eleitorais, tendo em consideração que estes grupos representam vários milhões de votos numas eleições nacionais.

Desde 1951 que DAVID TRUMAN tornou conhecido o papel dos grupos no processo de influência das políticas públicas<sup>47</sup>, o que abrange necessariamente as políticas criminais e o seu maior ou menor agravamento punitivo<sup>48</sup>, sendo aqui utilizadas as vítimas como um instrumento de pressão política e eleitoral. No seguimento do pensamento deste autor os grupos de pressão encontram-se inseridos dentro de um grupo mais amplo que são os grupos de interesses, que os abrangem, mas alargando a outros interesses que não de natureza puramente económica. Estes grupos de interesse<sup>49</sup> têm ao longo das últimas décadas crescido exponencialmente, o que sucede fruto da crescente complexidade da sociedade civil, dos novos problemas económicos e políticos, do surgimento de novas atividades sociais e económicas, bem como, em resultado do surgimento de novos direitos sociais, económicos e políticos.

A fixação dos conceitos de grupo de interesses e de pressão revela-se fundamental, ainda que represente uma tarefa bastante complexa, sendo que autores como BENTLEY começaram por apresentar uma definição no qual o “o grupo é uma massa de atividade, um grupo político é uma massa de atividades que tendem numa direção política comum”<sup>50</sup>. Por seu lado, PASQUINO entendia

---

<sup>47</sup> RODRIGUES, Leda Boechat. *Grupos de pressão e grupos de interesse. Curso de introdução à ciência política*. Brasília, Editora Universidade de Brasília, c1982, 7v, p.23.

<sup>48</sup> FERREIRA, Rui Miguel Zeferino. *Os grupos de interesse e a sua intervenção nas políticas públicas: regulamentação e supervisão através do Estudo do sistema dos Estados Unidos da América*, in *Cadernos de Direito Actual*, n.º 3, Santiago de Compostela, 2015, p. 10: “Desde o início do século XX que os sistemas políticos vem sendo construídos com base na atuação dos grupos de interesse, sendo que esses grupos vêm intervindo em todas as áreas decisórias dos governos”.

<sup>49</sup> É necessário a compreensão dos conceitos de grupo de interesses, grupo de pressão e de lobby, para se poder perceber o modo de funcionamento da influência que exercem sobre o processo democrático de decisão política, em particular no que se refere à pressão exercida sobre o poder legislativo, bem como o modo como se constroem os fenômenos de clientelismo político-partidário e de corrupção no sistema político - FERREIRA, Rui Miguel Zeferino. *Os grupos de interesse e a sua intervenção nas políticas públicas: regulamentação e supervisão através do Estudo do sistema dos Estados Unidos da América*, in *Cadernos de Direito Actual*, n.º 3, Santiago de Compostela, 2015, p. 11 e ss.

<sup>50</sup> BENTLEY, Arthur F., in “*The Process of Government: A Study of Social Pressures*”, New Brunswick, Transaction Publisher, 1994.

ser necessário diferenciar os grupos de pressão e os partidos políticos<sup>51-52</sup>, enquanto DAVID TRUMAN na construção mais ampla do conceito de grupos de interesse sugeria uma definição que consistiria em que *“qualquer grupo que, com base em uma ou mais atitudes compartilhadas, apresenta reivindicações contra outros grupos na sociedade pelo estabelecimento, manutenção ou ampliação de formas de comportamento que são consequências daquelas atitudes”*<sup>53</sup>.

Por seu lado, BROWNE avançou com três características para definir o conceito: *“One, they voluntarily bring together members and supporters, or joiners. Two, these joiners share a common characteristic that differentiates them from others. Three, the group’s purpose is to represent issues of public policy that fit the joiner’s common concerns. That’s their interest. Without all of the three, whatever organization is, it isn’t an interest group”*<sup>54</sup>. Assim, não devem ser tidos como grupos de interesse as entidades que não organizem os seus membros em torno de políticas, nem levem políticas aos seus membros, nem pretendam mobilizá-los para exercer pressão política. Logo, é necessário que esteja em causa um interesse político relevante. Daqui decorre que os grupos de pressão corresponderão a um sinónimo de grupos de interesse político, com uma determinada organização formal, mas com o objetivo de desenvolver uma ação específica de pressão. Isto é, o desenvolvimento de uma atividade de pressão, por um conjunto de indivíduos com objetivos comuns, através da utilização da ameaça como forma de influenciar as decisões políticas<sup>55</sup>. Em suma, os grupos de pressão correspondem a grupos de interesse que exercem pressão<sup>56</sup>.

---

<sup>51</sup> BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco, in *“Dicionário de Política”*, Brasília, Ed. Unb, 1992, 4ª Ed.

<sup>52</sup> A distinção dos grupos de pressão face aos partidos políticos resulta da constatação que os primeiros não têm objetivos gerais, mas antes têm uma função muito concreta e específica nas áreas em que pretendem influenciar e exercer pressão. Logo, os grupos de pressão ao contrário dos partidos políticos não objetivam conquistar o poder geral de governar. Segundo PASQUINO os partidos políticos têm como funções exclusivas *“competição eleitoral; gestão direta do poder; expressão democrática”* - BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco, in *“Dicionário de Política”*, Brasília, Ed. Unb, 1992, 4ª Ed.

<sup>53</sup> Na versão original do autor: *‘interest group’ refers to any group that, on the basis of one or more shared attitudes, makes certain claims upon other groups in society for the establishment, maintenance, or enhancement of forms of behavior that are implied by the shared attitudes* - TRUMAN, David B., in *“The Governmental Process”*, New York, Knopf, 1951, p. 33.

<sup>54</sup> BROWNE, William P., in *“Groups, Interests and U.S. Public Policy”*, Washington, Georgetown University Press, 1998, p. 13.

<sup>55</sup> FERREIRA, Rui Miguel Zeferino. *Os grupos de interesse e a sua intervenção nas políticas públicas: regulamentação e supervisão através do Estudo do sistema dos Estados Unidos da América*, in *Cadernos de Direito Actual*, n.º 3, Santiago de Compostela, 2015, p. 12: *“A diferença face ao grupo de interesses decorre assim de estar relacionada com o recurso a comportamentos negativos (ameaças, punições) ou positivos (prémios)”*.

<sup>56</sup> Segundo KEY *“In the give-and-take between government and governed, the formal apparatus of government may be supplemented by a system of private associations, which, in the United States, are called pressure groups. These associations may perform a representative function by communicating the wishes of their members to public authorities; or they may bring ‘pressure’ to bear upon the government.*

Em Portugal, PAULO TRIGO PEREIRA defende a existência de grupos latentes ou grupos potenciais, os quais abrangem os interesses com incidência política não formalmente organizados, mas que se encontram largamente difundidos na sociedade, avançando com a distinção conceptual de grupo de pressão e de interesses nos seguintes termos: “*genericamente podemos dizer que, num dado momento, os grupos de pressão são um subconjunto dos grupos de interesse que visam pressionar uma qualquer instância do poder político (...) a alterar as suas políticas num sentido favorável ao grupo ou a mantê-las caso elas já sejam favoráveis ao interesse do grupo. Neste sentido as actividades dos grupos de pressão passam sempre pela sua relação com entidades públicas. Isto já não acontece necessariamente com um grupo de interesse que pode prosseguir o seu interesse de forma completamente à margem do poder político, caso a acção não vise alterar políticas públicas e caso o seu financiamento não dependa (no todo ou em parte) de organismos públicos*”<sup>57</sup>. Logo, os grupos de pressão não se movem apenas por questões económicas como sucede com os grupos de pressão em matéria de política criminal<sup>58</sup>.

Consequentemente, os grupos de pressão devem ser observados como grupos de interesses organizados, que nas palavras de LUIZ ALBERTO DOS SANTOS corresponderá a “[...] *associações de indivíduos ou organizações ou as instituições públicas ou privadas com base em um ou mais interesses compartilhados que, sem objetivar o exercício do poder através do processo eleitoral, buscam influenciar as políticas públicas a seu favor*”<sup>59</sup>.

Neste sentido, no que respeita à pressão sobre o poder político para que o Estado proceda ao agravamento da punibilidade criminal, como medida de “aparente” defesa das vítimas, é possível a existência de diversos tipos de grupos e de fenômenos influenciadores da política criminal do Estado. Assim, é

---

*The same groups may be consulted by government. They may even exercise forms or private authority which differ little from governmental authority. At times their influence on the actions of formal government may be so potent that they in fact control the exercise of public authority. In other instances they may perform creative functions in the contrivance of proposals for public policy. Pressure groups may be in alliance with a political party, and they often seek to influence the outcome of elections”- KEY, V. O., in “Politics, Parties & Pressure Groups”, New York, Thomas Y. Crowell Co., 5th ed., 1964, p.11.*

<sup>57</sup> PEREIRA, Paulo Trigo, in “*Governabilidade, grupos de pressão e o papel do Estado, A Reforma do Estado em Portugal: problemas e perspectivas, Actas do 1 Encontro Nacional de Ciência Política*”, Lisboa, Editorial Bizâncio/Instituto Superior de Economia e Gestão – Universidade Técnica de Lisboa, 2001, disponível em <http://pascal.iseg.ulisboa.pt/~ppereira/docs/GruposPressao5.pdf>, acessado em 17 de agosto de 2016.

<sup>58</sup> Como salienta LOEWENSTEIN, qualquer grupo plural, ou seja, que se encontre organizado é potencialmente um grupo de pressão, passando a sê-lo efetivamente no momento em que tiver como objetivo exercer influência para a obtenção de uma determinada decisão político-legislativa - LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Editorial Ariel 1979, p.422 a 426.

<sup>59</sup> SANTOS, Luiz Alberto dos, in “*Regulamentação das atividades de lobby e seu impacto sobre as relações entre políticos, burocratas e grupos de interesse no ciclo de políticas públicas – Análise comparativa dos Estados Unidos e Brasil*”, tese de Doutorado apresentada ao programa de Pós-Graduação em Estudos Comparados sobre as Américas, do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Brasília, Brasília, 2007, disponível em <http://repositorio.unb.br/handle/10482/1483>, acessado em 17 de agosto de 2016.

possível encontrar: (i) os grupos de natureza associativa formalmente constituídos para a defesa, proteção e apoio às vítimas; (ii) a mídia; e (iii) a opinião pública. Destes grupos importa referir que a mídia e a opinião pública podem representar grupos de pressão latentes ou potenciais, que muitas das vezes não se encontram formalmente constituídos, mas que poderão no futuro sê-lo. Em especial a opinião pública não será automaticamente um grupo de pressão, mas poderão membros desta constituir-se como tal ou promover que grupos pré-existentis sigam numa determinada linha de pressão político-legislativa.

A opinião pública representa um posicionamento privado sobre algo que é público, que respeita a um conjunto alargado de indivíduos e não apenas a um conjunto restrito de pessoas. Sucedendo que na temática da política pública em matéria criminal tanto a mídia como grupos de pressão formalmente organizados e os partidos políticos exercem influência sobre a designada opinião pública como forma de pressionar indiretamente o poder político, gerando fenômenos de captura do Estado pelos privados. Desta forma, condicionam a atividade do Estado e promovem a existência de soluções perversas, como aquela que resultará do agravamento do populismo punitivo. Tal sucede porque encontrando-se o poder político dependente do processo democrático eleitoral dificilmente contrariará uma corrente com forte implementação na opinião pública.

Assim, a opinião pública representa um instrumento utilizado pelos grupos de pressão organizados, bem como pelos partidos políticos para exercer influência no sentido favorável aos seus interesses privados, ainda que os mesmos defendam estar a promover interesses que serão “aparentemente” públicos. É neste âmbito que surge como instrumento intermédio a mídia e os meios de comunicação de massas, utilizados para fazer pressão e difundir o posicionamento dos grupos de pressão<sup>60</sup>. Portanto, a mídia e a opinião pública são acima de tudo instrumentos de pressão utilizados pelos grupos, embora deles possam ser criados grupos de pressão, com intuito de moldar a opinião pública e pressionar o legislador no sentido do populismo punitivo<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes; BOTELLA CORRAL, Joan; REBOLLO VARGAS, Rafael; BAUCCELLS I LLADÓS, Joan; PERES-NETO, Luiz. *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 18: “Convencidos de que, para obtener victorias electorales, deben conquistar los votos de los ciudadanos centristas, moderados, los grandes partidos tienden a eliminar los aspectos más “ideológicos” de sus plataformas políticas, ofreciendo programas de gobierno cada vez más indiferenciados, cada vez más similares. En materia de política criminal, se conoce como populismo punitivo la adopción de propuestas que incrementan la dureza de la punición, con el objetivo de obtener el apoyo de la opinión pública”.

<sup>61</sup> AVIZÚ, Cristiane, in “Lobbying, a atividade dos grupos de interesse e grupos de pressão – atuação e direito -”, dissertação de mestrado à Banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp039325.pdf>, , acedido em 17 de agosto de 2016, p. 125.

Como afirma CRISTIANE AVIZÚ, “*Esta influência - que lhe valeu outrora o título de “quarto poder” - faz dela uma potência com a qual o pessoal político deve contar*”<sup>62</sup>. Pelo que aqueles grupos de pressão que detiverem algum poder sobre a mídia ou conseguirem colocar um determinado tema nas suas agendas terão a capacidade de influenciar e de formar a opinião pública, o que permitirá influenciar mais facilmente o legislador, o que vem sucedendo com as ideias subjacentes ao populismo punitivo. Em suma, as vítimas acabam por ser também um instrumento ao serviço dos grupos de pressão na persecução dos seus interesses privados, sendo a justificação para exercer pressão na implementação do populismo punitivo, assente nas teorias punitivas e securitárias e numa efetiva limitação da liberdade individual.

Esse fenómeno se torna ainda mais perverso quando se percebe que o debate político-criminal deixa de ser dominado por especialistas, mas por pessoas interessadas nesta instrumentalização dos grupos<sup>63</sup>, afastando o debate ainda mais da técnica necessária para a concretização de ideais político-criminais. Isto pode ser um atestado de ineficiência do Estado em alguns aspectos, pois um dos aspectos que fazem com que a população aceite esse tipo de política criminal é o descrédito no arcabouço punitivo estatal e o não atendimento por parte deste às vítimas<sup>64</sup>.

O repúdio à violência e a agenda dos meios de comunicação em relação à violência também exercem uma pressão importante nas decisões legislativas, devido à grande identificação que a população em geral acaba tendo em relação às vítimas, pois pensam “se aconteceu com ele, pode acontecer comigo”, especialmente em delinquência tradicional (especialmente delitos violentos).

---

<sup>62</sup> AVIZÚ, Cristiane, in “*Lobbying, a atividade dos grupos de interesse e grupos de pressão – atuação e direito* -”, dissertação de mestrado à Banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp039325.pdf>, , acedido em 17 de agosto de 2016, p. 126-127, com base em SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard, Sociologia Política – Elementos da Ciência Política, 127, tradução de Domingos Mascarenhas. DIFEL

<sup>63</sup> GARLAND, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Traducción de Máximo SOZZO. Gedisa editorial, Barcelona, 2001, p. 49: “(...) *El proceso de generación de las políticas públicas se ha vuelto profundamente politizado y populista. Las medidas de política pública se construyen de una manera que parece valorar, sobre todo, el beneficio político y la reacción de la opinión pública por encima del punto de vista de los expertos y las evidencias de las investigaciones. (...)*”

<sup>64</sup> GARLAND, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Traducción de Máximo SOZZO. Gedisa editorial, Barcelona, 2001, p. 49: “*Existe actualmente una corriente claramente populista en la política penal que denigra a las élites de expertos y profesionales y defiende la autoridad “de la gente”, del sentido común, de “volver a lo básico”. La voz dominante de la política criminal ya no es la del experto, o siquiera la del operador, sino la de la gente sufriendo y mal atendida, especialmente la voz de “la víctima” y de los temerosos y ansiosos miembros del público. Hace unas cuantas décadas, la opinión pública funcionaba como un ocasional freno de las iniciativas políticas; ahora opera como su fuente privilegiada. (...)*

*La politización del control del delito ha transformado la estructura de relaciones que conecta el proceso político y las instituciones de la justicia penal. (...)*”

As pessoas acabam por se interessar em resgatar o componente aflitivo da pena, por puro repúdio à violência<sup>65</sup>.

O processo de fixação da agenda dos meios de comunicação, ou seja, a seleção, apresentação e incidência de suas notícias é chamado de *agenda-setting*<sup>66</sup>. Basta uma observação rápida para percebermos que sua agenda está profundamente dominada com o fenômeno da delinquência, especialmente a violenta<sup>67</sup>. Ainda pior: a visão oferecida pelos meios de comunicação é muitas vezes distorcida, o que provoca consequências gravíssimas, já que os grupos políticos muitas vezes estão sedentos por agradar a opinião pública em busca de votos para afirmar suas políticas públicas<sup>68</sup>.

Todo esse “anfiteatro midiático” montado ao redor das vítimas, que se agrupam, formam o discurso populista, dominante na política criminal atual, refletindo o complexo de vitimicidade na sociedade. Acaba não logrando sucesso uma política criminal técnica, menos emotiva, assim, populariza-se as opções político-criminais visando objetivos eleitoreiros, com demandas por audiência penal, o que não faz com que a sociedade esteja nem um pouco mais segura<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> CEREZO DOMINGUÉZ, Ana Isabel. *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 32.

<sup>66</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes y PERES-NETO, Luis. *Perspectivas de análisis y principios constitucionales*, en GARCÍA ARÁN, Mercedes; BOTELLA CORRAL, Joan; REBOLLO VARGAS, Rafael; BAUCCELLS I LLADÓS, Joan; PERES-NETO, Luis. *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 25.

<sup>67</sup> BOTELLA, Joan y PERES-NETO, Luis. *La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España*, en GARCÍA ARÁN, Mercedes; BOTELLA CORRAL, Joan; REBOLLO VARGAS, Rafael; BAUCCELLS I LLADÓS, Joan; PERES-NETO, Luis. *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 49: “*En el marco de la teoría del agenda-setting, diversos estudios señalan la construcción del miedo al delito en la opinión pública como consecuencia del retrato de la realidad social divulgado por los medios de comunicación en masa*”.

<sup>68</sup> SOTO NAVARRO, Susana. *La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2005, núm. 07-09, p. 09:1- 09:46. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-09.pdf>, p. 09:3: “*Pero los medios de comunicación ofrecen una visión deformada de la realidad delictiva de un país. Pueden iniciar la cobertura de una supuesta ola de delitos, con independencia de los índices que aportan los datos oficiales, e igualmente ponerle fin. Este fenómeno ficticio produce, sin embargo, consecuencias muy reales: aumento de efectivos policiales, reformas legislativas o costes políticos elevados, como la posible pérdida de unas elecciones si los ciudadanos creen, con base o sin ella, que el Gobierno no puede controlar la delincuencia*”.

<sup>69</sup> HERRERA MORENO, Myriam. *Publicidad y control penal. Nuevas estrategias inocuidadoras en la post-modernidad penal*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2002, p. 33-34: “*El discurso político dominante se resiente, así, de este mismo complejo criminal, que abre un lógico camino a la llana y descomplicada popularidad del rearme punitivo. Otras opciones de Política criminal, menos emotivas, se perciben como altamente teóricas y sofisticadas para ser, en verdad, efectivas. Como se aduce con burlón amargor, desde el punto de vista de los políticos, el delito y el castigo se convierten en cuestiones demasiado importantes como para dejarlas en manos de expertos.*

*Así las cosas, una Política criminal que desapruuebe posiciones viscerales y punitivas, que se haga eco de la lógica del bienestar y de las soluciones sociales, que busque desdramatizar el control del delito y delegar en el consejo del científico afronta un poco sugestivo coste electoral. Como bien se advierte, siendo el*

#### IV. CONCLUSÕES

A política criminal populista possui diversas consequências, entre as quais se pode destacar: (i) o descrédito dos especialistas e seu consequente distanciamento, incluindo atos para deixá-los à margem da participação na criação de políticas públicas; (ii) o manejo excludente por parte dos políticos e de determinados grupos, empobrecendo o debate, e deixando pontos de vista fora do contexto político criminal<sup>70</sup>.

Assim, existem afirmações que sustentam a crise de autoridade e de ascendência moral, a sua incapacidade de liderar, tornar coesa e dotar a sociedade de respostas eficazes às aflições, conduzindo à gestação de um fenômeno populista, reflexo da pressão exercida por grupos de vítimas, através, muitas vezes, dos meios de comunicação. As vítimas, portanto, acabam tendo um papel simbólico, convertendo-se em instrumento para superação de circunstâncias sócio-políticas<sup>71</sup>.

Além disso, pode-se dizer que a atitude ativista de alguns grupos de vítimas acaba desencadeando parte desse fenômeno populista, pois estes grupos adaptam suas estratégias e demandas ao seu entorno, formulando suas querelas<sup>72</sup>. Ou seja: toda essa realidade está conectada, sendo ao mesmo tempo causa e efeito do fenômeno populista. Há, portanto, um círculo vicioso, onde cria-se uma falsa sensação de segurança e coloca-se as vítimas em evidência. Essa evidência cria, por sua parte, uma nova sensação de insegurança, transformando as vítimas em instrumentos políticos, apoiados pela opinião pública.

Pode-se perceber essa instrumentalização das vítimas de forma cristalina, formando parte das bases de uma política criminal de Estado. Há uma criação de insegurança no momento em que o Estado não consegue suprir os anseios das vítimas, o que acaba por difundir esse populismo punitivo. São produzidas,

---

*miedo al delito una sensación difusa y de fácil manipulación, nada más peligroso que una Política criminal sensible a sus dictados.*

*En estos términos, como se señala acertadamente, nunca tanto como al presente se detecta una tan inmediata e íntima convergencia entre la percepción popular de los aspectos penales y la Política criminal estatalmente asumida: un fenómeno que ha sido calificado como popularización de la Política criminal, basada no en el suelo teórico elaborado por los expertos, sino en estimaciones sobre las demandas de la audiencia penal, esto es, lo que la ciudadanía desea para sentirse salva y protegida”.*

<sup>70</sup> DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Editorial IB de F, Buenos Aires, 2007, p. 81-82.

<sup>71</sup> HERRERA MORENO, Myriam. *Sobre víctimas y victimidad. Aspectos de controversia científica en torno a la condición de víctima*, en Antonio GARCIA-PABLOS DE MOLINA (Editor); Maria Nieves MARTÍNEZ FRANCISCO; Claudia MIRANDA DE AVENA (Coordinadores). *Victima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*. Editorial Comares, Granada, 2009, p. 108-109.

<sup>72</sup> HERRERA MORENO, Myriam. *Sobre víctimas y victimidad. Aspectos de controversia científica en torno a la condición de víctima*, en Antonio GARCIA-PABLOS DE MOLINA (Editor); Maria Nieves MARTÍNEZ FRANCISCO; Claudia MIRANDA DE AVENA (Coordinadores). *Victima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*. Editorial Comares, Granada, 2009, p. 109.

através desse fenômeno, normas de caráter unicamente simbólico, que servem muito mais para criar uma falsa sensação de segurança, deixando de produzir uma efetiva otimização de todo o Sistema Penal<sup>73</sup>. Ou seja, o próprio Estado é responsável pela insegurança criada, e que este alega combater através de políticas públicas populistas.

Além disso, o *lobby* das vítimas cria uma série de riscos<sup>74</sup>. Esse caminho não é, portanto, o mais adequado para a criação de uma verdadeira sensação de segurança. Claro que as vítimas podem e devem reunir-se buscando uma reparação ou uma sensação de maior justiça, é absolutamente legítimo que busquem seus interesses, já que se defende atualmente que sejam incluídas no Sistema Penal, através de um estudo técnico, que seja conduzido por especialistas, mas uma política criminal populista não é o caminho adequado sequer para responder às expectativas dos grupos de vítimas.

Por certo, com uma política criminal centrada na técnica, conduzida por especialistas da área, e com rumos definidos, se poderia otimizar o Sistema Penal, focalizando a atenção nas vítimas que buscam seus direitos através de uma manifestação legítima e cívica.

## BIBLIOGRAFIA

ALBRECHT, Peter-Alexis. *El Derecho penal en la intervención de la política populista*. En Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.); Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Ed. Española). *La insostenible situación del Derecho penal*. Editorial Comares, Granada, 2000

\_\_\_\_\_. *La funcionalización de la víctima en el sistema de justicia penal*, en SCHÜNEMANN, Bernd; ALBRECHT, Peter-Alexis; PRITTWITZ, Cornelius; FLETCHER, George; REYNA ALFARO, Luis Miguel (Traducción), *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006

AVIZÚ, Cristiane, in “*Lobbying, a atividade dos grupos de interesse e grupos de pressão – atuação e direito -*”, dissertação de mestrado à Banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cpo39325.pdf>, , acedido em 17 de agosto de 2016

---

<sup>73</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. *El Derecho penal en la intervención de la política populista*. En Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.); Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Ed. Española). *La insostenible situación del Derecho penal*. Editorial Comares, Granada, 2000, p. 475: “*El Estado se arroga en el Derecho penal posibilidades de intervención ilimitadas de forma que, para los ciudadanos, la moderna legislación penal resulta absolutamente misteriosa. El deseado efecto preventivo se pierde en la maleza del lenguaje legal hinchado e incomprensible (no hay más que leer una vez las normas de la Segunda Ley para la lucha contra la criminalidad económica). La clara llamada de la norma nunca acaba resistiendo el mercado de intereses de las comisiones de mediación legislativa*”.

<sup>74</sup> CEREZO DOMINGUÉZ, Ana Isabel. *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 38 y ss.



BACA BALDOMERO, Enrique. *Los procesos de desvictimización y sus condiciones y obstáculos*, en BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Enrique; TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinadores), *Manual de Victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006

BARBERET, Rosemary. *La prevención de la victimación*, en BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Enrique; TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinadores), *Manual de Victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006

BENTLEY, Arthur F., in *"The Process of Government: A Study of Social Pressures"*, New Brunswick, Transaction Publisher, 1994.

BERISTAIN, Antonio. *Transformación del Derecho Penal y la criminología hacia la victimología (dignidad ético-mística de las macrovíctimas)*. ARA Editores, Lima, 2008

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco, in *"Dicionário de Política"*, Brasília, Ed. Unb, 1992, 4ª Ed

BOTELLA, Joan y PERES-NETO, Luis. *La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España*, en GARCÍA ARÁN, Mercedes; BOTELLA CORRAL, Joan; REBOLLO VARGAS, Rafael; BAUCCELLS I LLADÓS, Joan; PERES-NETO, Luis. *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008

BROWNE, William P., in *"Groups, Interests and U.S. Public Policy"*, Washington, Georgetown University Press, 1998

CEREZO DOMINGUÉZ, Ana Isabel. *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Editorial IB de F, Buenos Aires, 2007

DURKHEIM, Émile, edición de Gregorio ROBLES MORCHÓN, traducción de Virginia MARTÍNEZ BRETONES, *Las reglas del Método Sociológico*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2005

FERREIRA, Rui Miguel Zeferino. *Os grupos de interesse e a sua intervenção nas políticas públicas: regulamentação e supervisão através do Estudo do sistema dos Estados Unidos da América*, in *Cadernos de Direito Actual*, n.º 3, Santiago de Compostela, 2015

FLETCHER, George. *El lugar de las víctimas en la teoría de la retribución*, en SCHÜNEMANN, Bernd; ALBRECHT, Peter-Alexis; PRITTWITZ, Cornelius; FLETCHER, George; REYNA ALFARO, Luis Miguel (Traducción), *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006

GARCÍA ARÁN, Mercedes; BOTELLA CORRAL, Joan; REBOLLO VARGAS, Rafael; BAUCCELLS I LLADÓS, Joan; PERES-NETO, Luis. *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008

GARLAND, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Traducción de Máximo SOZZO. Gedisa editorial, Barcelona, 2001

HERRERA MORENO, Myriam. *La hora de la víctima. Compendio de victimología*. Edersa, Madrid, 1996

- \_\_\_\_\_. *Publicidad y control penal. Nuevas estrategias inocuizadoras en la post-modernidad penal*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2002
- \_\_\_\_\_. *Sobre víctimas y victimidad. Aspectos de controversia científica en torno a la condición de víctima*, en Antonio GARCIA-PABLOS DE MOLINA (Editor); Maria Nieves MARTÍNEZ FRANCISCO; Claudia MIRANDA DE AVENA (Coordinadores). *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*. Editorial Comares, Granada, 2009
- \_\_\_\_\_. *Victimación. Aspectos generales*, en BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique; TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinadores), *Manual de Victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006
- KEY, V. O., in “*Politics, Parties & Pressure Groups*”, New York, Thomas Y. Crowell Co., 5th ed., 1964
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Editorial Ariel 1979.
- LUNA CASTRO, José Nieves. *Los derechos de la víctima y su protección. En los sistemas penales contemporáneos mediante el juicio de amparo*. Editorial Porrúa, México, DF, 2009
- PEREIRA, Paulo Trigo, in “*Governabilidade, grupos de pressão e o papel do Estado, A Reforma do Estado em Portugal: problemas e perspectivas, Actas do 1 Encontro Nacional de Ciência Política*”, Lisboa, Editorial Bizâncio/Instituto Superior de Economia e Gestão – Universidade Técnica de Lisboa, 2001, disponível em <http://pascal.iseg.ulisboa.pt/~ppereira/docs/GruposPressao5.pdf>, accedido em 17 de agosto de 2016.
- POSNER, Richard A. *The economics of justice*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1981
- PRITTWITZ, Cornelius. *La resurrección de la víctima en la teoría penal*, en SCHÜNEMANN, Bernd; ALBRECHT, Peter-Alexis; PRITTWITZ, Cornelius; FLETCHER, George; REYNA ALFARO, Luis Miguel (Traducción), *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *La víctima y el Derecho penal*, en TAMARIT SUMMALA, Josep M. (Coordinador). *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso español de victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005
- RODRIGUES, Leda Boechat. *Grupos de pressão e grupos de interesse. Curso de introdução à ciência política*. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1982
- SANTOS, Luiz Alberto dos, in “*Regulamentação das atividades de lobby e seu impacto sobre as relações entre políticos, burocratas e grupos de interesse no ciclo de políticas públicas – Análise comparativa dos Estados Unidos e Brasil*”, tese de Doutorado apresentada ao programa de Pós-Graduação em Estudos Comparados sobre as Américas, do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Brasília, Brasília, 2007
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. JM Bosch Editor. Barcelona, 2002
- \_\_\_\_\_. *Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”*, en Antonio GARCIA-PABLOS DE MOLINA (Editor); Maria Nieves MARTÍNEZ FRANCISCO;

Claudia MIRANDA DE AVENA (Coordinadores). *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*. Editorial Comares, Granada, 2009

SOTO NAVARRO, Susana. *La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2005, núm. 07-09, p. 09:1- 09:46. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-09.pdf>

TAMARIT SUMALLA, Josep M. *¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?*, en TAMARIT SUMMALA, Josep M. (Coordinador). *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso español de victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005

\_\_\_\_\_. *La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas*, en BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique; TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinadores), *Manual de Victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006

\_\_\_\_\_. *Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad*, en InDret, núm. 1/2013, Barcelona, 2013

TRUMAN, David B., in *"The Governmental Process"*, New York, Knopf, 1951

ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Sociología del castigo. Genealogía de la determinación de la pena*. Ediciones Didot, Buenos Aires, 2013



# **DESARTICULANDO A REDE: UMA ANÁLISE DO PROJETO DE LEI DA CÂMARA N. 7/2016 SOB A PERSPECTIVA DA INTEGRAL PROTEÇÃO À MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA**

*DISARTICULATING THE NETWORK: AN ANALYSIS OF CONGRESSIONAL LAW PROJECT N. 7/2016 FROM THE PERSPECTIVE OF INTEGRAL PROTECTION OF WOMEN IN VIOLENCE SITUATION*

**DEÍSE CAMARGO MAITO**

*Mestranda na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.*

**FABIANA CRISTINA SEVERI**

*Professora Doutora da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.*

**KAREN RIBEIRO DIAS**

*Graduanda em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista.*

**RESUMO:** A presente investigação, sob a ótica do sistema integral de proteção à mulher em situação de violência visado pela Lei Maria da Penha, tem como objetivo analisar o Projeto de Lei da Câmara n. 7/2016 que, dentre outras medidas, confere poder à autoridade policial de conceder medidas protetivas de urgência contra o agressor, provisoriamente, antes da apreciação do pedido de medida protetiva ao poder judiciário. Em que pese a discussão sobre a inconstitucionalidade de tal dispositivo, o foco da pesquisa é verificar os efeitos que tal alteração legislativa pode trazer a mulheres em situação de violência. A metodologia adotada é uma revisão bibliográfica de alguns estudos empíricos sobre a rede protetiva à mulher em situação de violência e o atendimento das delegacias da mulher e sobre o papel do direito penal no combate à violência de gênero, a fim de compreender o papel das delegacias da mulher nessa rede.

Com as revisões, obteve-se que a lógica exclusivamente penal e desarticulada das delegacias da mulher com as outras instituições estatais que combatem a violência contra a mulher resulta na inefetividade da proteção integral à mulher. Aplicando tal resultado à nova legislação, concluiu-se que conferir este poder às autoridades policiais não mudaria sua lógica de desarticulação relativa aos outros componentes da rede, reforçando o tratamento meramente penal à situação e desconsiderando as diversas necessidades das mulheres em situação de violência.

**Palavras-chave:** Medidas protetivas de urgência; Lei Maria da Penha; Violência de Gênero; PLC 07/2016.

**ABSTRACT:** *This investigation, under the vision of Maria da Penha Law, which aims an integral attention to the women in violence situation, has as main purpose analyzes the Congressional Law Project no. 7/2016 which, among other measures, gives the police authority the competence to grant urgency protective measures against the offender provisionally, before the assessment of Judicial Power. Besides the debate about unconstitutionality of this measure, this research is focused on the effects that this legislative amendment can bring to women in violence situation. The methodology adopted is a bibliographic review of empirical studies about the protective network to women in violence situation related with the service offered by women's police station, and the role of criminal law in the fight against gender violence pointed to understand the role of those police stations in this network. As result, we found out that the exclusively criminal approach and the disarray from these police stations and other institutions that work in that network results on the ineffectivity of the integral attention to women in violence situation. Contrasting this result to this legislative amendment, we conclude that give this competence to police authority wouldn't change this disarray related to other institutions from that network, strengthening the exclusively criminal approach to violence against women and not given attention to all necessities of women in violence situation.*

*Keywords: Maria da Penha Law; Congressional Law Project no. 7/2016; Urgency protective measures against the offender;*

## INTRODUÇÃO

No sistema jurídico brasileiro, a Lei Maria da Penha, fruto da reivindicação de movimentos de mulheres para o tratamento da violência contra a mulher, trouxe, como principais mudanças, a criação de um sistema voltado ao combate deste tipo de violência: a rede de proteção à mulher em situação de violência, juizados de violência doméstica e familiar e, além de integrar as já existentes delegacias da mulher a sua sistemática, uma série de procedimentos especiais para o trato da violência contra a mulher. Entendendo a lei como fruto de uma reivindicação concreta da sociedade frente a um problema específico que é a violência contra a mulher, não se pode apartá-la da realidade na qual ela está

inserida e o histórico de construção de seus significados e respostas legislativas ao problema.

Segundo Calazans e Cortes (2011), a necessidade da resposta integral à situação de violência se deu desde o início da reivindicação da Lei Maria da Penha pelos os movimentos de mulheres que se esforçaram em positivar a violência contra a mulher como violação de direitos humanos. Essa resposta integral abarca uma rede de proteção, políticas públicas de saúde e assistência social delineadas a nível nacional e regional que preconizam a proteção à mulher em situação de violência. Outra decorrência do tratamento integral a mulher em situação de violência é o fato de que, no sistema de justiça, a lei prevê cumulação de competência cível e criminal para tratar a situação nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar, podendo o mesmo juiz decidir sobre todos os aspectos jurídicos imbricados nessa situação de violência.

No entanto, a inovação trazida pela lei, em integrar uma rede de proteção à mulher e modificar certas estruturas do poder judiciário – como a competência cível apartada da criminal – tem causado uma série de divergências em sua aplicação. Algumas dessas divergências persistem, e, passados dez anos de sua promulgação, tramitam no Senado vinte e uma e na Câmara dos Deputados sessenta e quatro proposições legislativas que impactam diretamente na lei, situação já apontada há cinco anos por CALAZANS e CORTES (2011, p. 62), que entendiam, à época, que, por diversos estudos dos movimentos de mulheres, a lei só precisaria ser alterada após os cinco primeiros anos de vigência, com base em pesquisas empíricas e no diálogo constante com a sociedade, sobretudo com os movimentos de mulheres.

Tal necessidade apontada pelas autoras (CALAZANS e CORTES, 2011) se dá porque a lei, da elaboração de seu projeto até sua promulgação<sup>1</sup>, contou com um amplo debate nacional desde a definição legal do que seria violência de gênero até a escolha dos procedimentos a serem adotados para tratar essa situação de violência. Desta forma, qualquer mudança na lei deveria ser precedida de um amplo debate na sociedade e fomentada por pesquisas empíricas sobre sua aplicação, a fim de evitar uma resposta legislativa que prejudique ou deturpe o escopo da resposta integral à mulher em situação de violência.

Porém, os diversos projetos de lei mencionados não contam com esse debate na sociedade e sequer estão baseados em pesquisas empíricas. Dentre

---

<sup>1</sup> Entende-se que essa promulgação foi possível por uma série de lutas políticas travadas e vencidas pelo movimento de mulheres, que conseguiu a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos pela violação dos direitos de Maria da Penha e das brasileiras em situação de violência, por não encontrarem no Estado um respaldo a essa situação, o que foi possível também pelo esforço internacional do movimento de mulheres em reforçar o entendimento de que os Estados deveriam tratar a violência de gênero.

essas proposições, destaca-se, pela intensa rejeição de diversas entidades da sociedade civil, entidades representativas de classe e também de órgãos oficiais do Estado, como se pode conferir no próprio site do Senado (BRASIL, 2015), o projeto de Lei da Câmara n. 7/2016<sup>2</sup>, que, dentre outras medidas, propõe o acréscimo do art. 12-B a lei, conferindo poder à autoridade policial de conceder medidas protetivas de urgência contra o agressor, provisoriamente, antes da apreciação do pedido de medida protetiva ao poder judiciário.

Desta forma, o presente estudo, baseando-se no entendimento da proteção integral da mulher em situação de violência e entendendo a lei como um resultado do debate intenso na sociedade, visa analisar essa alteração legislativa sob a ótica de estudos empíricos sobre as delegacias da mulher e rede de proteção à mulher em situação de violência, por entender que esses estudos conseguem dimensionar a realidade do atendimento à mulher pela rede protetiva e pelas delegacias de polícia, que serão as mais atingidas, caso a lei seja promulgada com o referido dispositivo.

Assim, na primeira parte deste estudo apresentamos o que a lei traz como medidas protetivas, dentro da visão de proteção integral, e o que projeto de lei n. 7/2016 da Câmara visa alterar em relação a isso. Em um segundo momento, apresentamos alguns estudos empíricos sobre as DEAMs e as redes protetivas à mulher em situação de violência, por entender que eles conseguiram traçar um parâmetro da atuação das delegacias da mulher. Em seguida, trazemos estudos sobre as consequências de relegar a Lei Maria da Penha à esfera penal, para entender como isso se daria caso o referido dispositivo fosse aprovado. Por fim, iremos entender o que tal mudança legislativa traria à realidade das mulheres em situação de violência, realizando um esforço de trazer à proposição legislativa os estudos já feitos sobre a lei.

## **1. A LEI**

### **1.1 AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA FRENTE AO SISTEMA DE PROTEÇÃO INTEGRAL À MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA**

De acordo com Carmem Hein de CAMPOS (2011, p. 291), as medidas protetivas de urgência guardam estreita relação com a ideia de atendimento integral e em rede previsto na Lei Maria da Penha (LMP), pois elas tem como principal objetivo proteger a mulher em situação de violência doméstica e familiar em caso de risco iminente à sua integridade pessoal. É necessário um estudo dos procedimentos das medidas protetivas de urgência para que se possa

---

<sup>2</sup> Tramitam na Câmara dos Deputados semelhantes projetos de lei que visam também dar à autoridade policial a competência para aplicar medidas protetivas de urgência, sendo eles: PL 6.433/13, 8.120/14, 8.257/14, 4.532/16.



dimensionar o que a alteração legislativa traria à realidade das mulheres que se utilizam delas.

Previstas no artigo 22 a 24 da lei, as medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor e a mulher em situação de violência, determinam, basicamente, a não aproximação do agressor da ofendida e a proteção dela e de sua família. O artigo 22, III, determina diversas formas de afastamento do agressor à ofendida e a seus familiares, enquanto o artigo 23, I e II determina a recondução da ofendida a sua própria casa após o afastamento do agressor ou seu encaminhamento a lugares destinados a seu afastamento do convívio do agressor.

Como destaca a autora:

No momento do registro junto à autoridade policial, poderá a vítima requerer, dentre outras, as medidas protetivas de urgência previstas nos artigos 22, 23 e 24 da Lei 11.340. Ou seja, mesmo com o registro de ocorrência junto à autoridade policial, é a vítima quem detém legitimidade para o requerimento das medidas protetivas de urgência, não podendo a autoridade policial ou o juiz, de ofício, antes dela, requerer, no caso do primeiro, ou determinar, no caso do último, a concessão de medidas protetivas de urgência. (CAMPOS, 2011, p. 316).

Neste sentido, é importante observar que a lei visa garantir autonomia à mulher em situação de violência, sendo que ela que deve manifestar o desejo de que seu agressor seja submetido às medidas protetivas de urgência, que, conforme os procedimentos dispostos do artigo 18 ao 21 da LMP, visam proteger a mulher e sua família. Em termos processuais, a lei não estabelece o rito que deve ser seguido, o que levou a uma série de discussões acerca de sua natureza jurídica. Entretanto, como aponta a autora (CAMPOS, 2011, p. 294), é necessário priorizar um “rito simplificado e de tramitação célere”, para que elas atinjam o objetivo para o qual foram criadas, que é proteger a mulher, de forma integral, frente à situação de violência.

Coadunando à visão do procedimento mais célere possível, conforme apontado por CAMPOS (2011, p. 294), o art. 18 determina que o pedido de medidas protetivas deve ser remetido ao juiz em 48 horas, e ser acompanhado do expediente, ou seja, as anotações e pedidos do delegado de polícia, simplificado, que possui registro e autuação próprias:

Este expediente deve conter as peças fundamentais para demonstrar o risco objetivo e em via de efetivação imediata. Alguns requisitos para a formação do expediente encontram-se identificados e elencados no corpo da própria lei. Assim, dispõe o texto legal no §1º do artigo 12 sobre os requisitos que devem ser observados por ocasião do registro de ocorrência: qualificação da ofendida e do agressor, nome e idade dos dependentes, descrição sucinta do fato. Estas informações reunidas instruem o expediente com pedido de medidas protetivas solicitadas pela parte, autoridade policial, advogado ou pelo Ministério Público.

Importante juntar ao expediente as informações básicas para fornecer ao juiz elementos justificadores da decisão judicial. (CAMPOS, 2011, 296)

Por fim, o artigo 18, inciso I, da lei, prevê igualmente, que o juiz deve apreciar o pedido e decidir pelas medidas protetivas adequadas no prazo de 48 horas, ainda na busca da resposta institucional rápida – ao menos em tese – e de extrema importância nos casos de violência doméstica.

Um dos aspectos mais importantes destacados pela autora neste ponto, é que a verificação de critérios que baseia o deferimento das medidas protetivas, torna mais objetiva a atuação do juiz e previne que o assunto seja tratado de modo apenas subjetivo e privado, reconhecendo, por outro lado, que a integridade física da mulher é um bem jurídico valioso, que deve ser tutelado pelo Estado, e que a violência contra ela não pode ser tolerada (CAMPOS, 296).

Avançando na discussão, dispõe o artigo 21 da lei que a ofendida deverá ser notificada dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão – que pode ocorrer pelo descumprimento das medidas protetivas ou pela determinação da prisão preventiva se houver um processo criminal em curso –, sem prejuízo da intimação do advogado constituído ou do defensor público. Como as medidas protetivas tem caráter provisório, o §3º do artigo 19 prevê que elas podem ser revistas e cessadas a qualquer momento e ser alteradas se assim exigirem as condições fáticas.

Um primeiro entrave vislumbrado ao longo desse processo é a ausência de expressa previsão do rito processual em relação às medidas protetivas, que, segundo resultados de pesquisas empíricas apresentadas por CAMPOS (2011) há muita divergência na sua aplicação – da chegada da mulher na delegacia até o deferimento efetivo da medida protetiva pelo magistrado –: é a grande quantidade de casos em que o juiz reconhece que a mulher se encontra em situação de violência, concedendo as medidas pleiteadas, mas, tomando conhecimento de eventual ausência de representação criminal, extingue o feito, sob o argumento de que as medidas protetivas teriam caráter de cautelares.

Na mesma pesquisa (CAMPOS, 2011) a autora identificou também situações nas quais o juízo, ao tempo em que profere a sentença, mesmo condenatória, extingue a medida protetiva em razão da suposta cautelaridade desse tipo de provimento jurisdicional. Tal procedimento desvia da ideia de autonomia da mulher, reduzindo a aplicação das medidas protetivas previstas pela Lei 11.340/06 à esfera penal, desviando-a de seu papel preventivo e da desnecessidade de um processo criminal em curso para sua concessão.

Segundo obtido pela pesquisa (CAMPOS, 2011), essa situação agrava em demasia o processo de vitimização secundária, ou seja, a vitimização provocada pelas instâncias formais do poder público. As medidas protetivas, conforme dispõe na própria lei, devem ser aplicadas independentemente de qualquer

processo, no entanto, nos casos estudados, tanto o arquivamento do inquérito policial, bem como a retratação da representação contra o agressor implicam na imediata revogação da medida protetiva aplicada, indicando um tratamento penal ou ao menos correlato ao processo penal às referidas normas.

Tal entendimento, inclusive, vai contra o caráter preventivo das medidas protetivas de urgência, que representa uma maior efetividade na redução da violência ou proteção da mulher que a recebe. Talvez este problema na aplicação do procedimento e confusão de sua natureza jurídica se dê por uma interpretação da própria lei. Segundo dispõe o artigo 33 da lei, o juízo competente para analisar o pedido de protetivas de urgência é o Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que, conforme dito anteriormente, cumula competência cível e criminal, aspecto que revela o intuito de tratamento integral à situação violenta, sobretudo no poder judiciário. No entanto, nas comarcas onde não foram implementados esses juizados, a vara criminal onde tramitar o processo criminal movido pela mulher deve decidir sobre a medida, conforme previsão expressa da lei, o que não significa que a natureza jurídica das medidas protetivas seja penal.

A importância das medidas protetivas no âmbito da LMP se mostra nos dados obtidos pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ (CNJ, 2010, p. 116), que constatou que as medidas protetivas representam 60% dos procedimentos aplicados pelos juizados especializados. Para Campos (2011), um aspecto importante revelado pelas medidas protetivas de urgência, é justamente a prevenção na continuidade de muitos crimes. É preciso conferir à mulher todos os meios para que se sinta segura e não tema por sua integridade física e moral, consubstanciando, assim, o direito a viver uma vida livre de violência. Entende-se que esta medida é apta a inibir o agressor, além de dificultar materialmente que a violência ocorra.

Traçados os principais aspectos das medidas protetivas, necessário agora se faz entender o projeto de lei para que ele possa, em seguida, ser problematizado.

## **1.2. PROJETO DE LEI DA CÂMARA 07/2016**

Conforme desenvolvido anteriormente, as medidas protetivas apresentam uma centralidade na proteção à mulher em situação de violência, mesmo que eivada por suas divergências e desencontros em sua aplicação. O projeto de lei 07/2016, em seu artigo 12-B traz a seguinte proposta, que afeta diretamente as medidas protetivas:

Art. 12-B. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou integridade física e psicológica da vítima ou de seus dependentes, a autoridade policial, preferencialmente da delegacia de proteção à mulher, poderá aplicar provisoriamente, até deliberação judicial, as medidas protetivas de urgência

previstas no inciso III do art. 22 e nos incisos I e II do art. 23 desta Lei, intimando desde logo o ofensor.

§ 1º O juiz deverá ser comunicado no prazo de vinte e quatro horas e poderá manter ou rever as medidas protetivas aplicadas, ouvido o Ministério Público no mesmo prazo.

§ 2º Não sendo suficientes ou adequadas as medidas protetivas previstas no caput, a autoridade policial representará ao juiz pela aplicação de outras medidas protetivas ou pela decretação da prisão do autor.

§ 3º A autoridade policial poderá requisitar os serviços públicos necessários à defesa da vítima e de seus dependentes.

Percebe-se que o referido dispositivo, em que pese discussões acerca de sua inconstitucionalidade, conforme apontado pela Comissão Nacional da Mulher Advogada da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB, 2016) e também pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CONAMP, 2016), por violar, sobretudo, o direito fundamental elencado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, afetando assim, não só os direitos do agressor, mas a própria essência da atividade jurisdicional do Estado, única apta a apreciar e ter poder decisório sobre constrição de direitos fundamentais em respeito ao “princípio de reserva de jurisdição”, pelo fato de as medidas protetivas de urgência afetarem diretamente a liberdade do agressor e da ofendida, é necessário verificar o que essa medida traria no cotidiano das delegacias de polícia de defesa à mulher.

Conforme dito anteriormente, as delegacias de polícia, em relação às medidas protetivas, são responsáveis por encaminhar o expediente ao poder judiciário, que decide pelo deferimento ou não das medidas. Com essa alteração, além de encaminhar o expediente, as delegacias já poderiam determinar ou não essas medidas protetivas, de acordo com a avaliação de risco que fizerem sobre a situação. Na prática, isso traria mais uma tarefa às delegacias de polícia. Com isso, o questionamento do presente estudo é se, dadas as configurações atuais das delegacias de polícia, sobretudo as especializadas no atendimento à mulher, considerando sua construção ao longo do tempo, se tal tarefa seria desempenhada de forma a garantir a proteção à mulher em situação de violência, finalidade das medidas protetivas de urgência. Assim, necessário se faz a reunião dos estudos a seguir sobre as delegacias de polícia.

## **2. A PRÁTICA**

### **2.1. O PAPEL DAS DELEGACIAS ESPECIALIZADAS DE ATENDIMENTO À MULHER NA REDE PROTETIVA**

A Lei Maria da Penha, conforme preconiza seu próprio art. 6º, reconhece na violência de gênero violação dos direitos humanos, o que, segundo

PASINATO (2015, p. 534), rompe com a lógica que a resolução do problema da violência contra a mulher se daria com sua mera criminalização, além de prever formas de violência contra a mulher diversas dos crimes tipificados no Código Penal, reconhecendo a violência como ofensa aos direitos da mulher. Assim, a Lei Maria da Penha foi uma resposta institucional ao problema de séria violação aos direitos humanos das mulheres, conseguida somente em 2006. Porém, antes disso, já havia algumas respostas estatais a essas situações, visando garantir o direito humano das mulheres a viver uma vida livre de violência.

A mesma autora (PASINATO, 2015, p. 535) informa que o início do atendimento especializado à violência de gênero se deu na década de 1980, com o SOS mulher, política que oferecia atendimento psicológico e jurídico às vítimas de violência doméstica. Somente após isso vieram as delegacias especiais de atendimento à mulher (DEAMs), criadas no Estado de São Paulo em 1985, que, de acordo com SANTOS (2010, p. 157), não veio da demanda do movimento feminista, mas da própria Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, sendo, portanto, componentes do Serviço de Segurança Pública (SSP) e a ele subordinadas.

Ao longo de vinte anos as delegacias tornaram-se o principal serviço público nacional oferecido para o enfrentamento da violência contra a mulher, dentro da lógica do serviço de segurança pública. Com o advento da Lei Maria da Penha, ela foi integrada à política pública de enfrentamento à violência doméstica. No entanto, a competência de investigação das DEAMs é mais ampla do que crimes previstos no âmbito da Lei Maria da Penha, que visam combater a violência contra a mulher no contexto doméstico e familiar. A competência dessas delegacias é de investigar qualquer crime contra mulheres, e, de acordo com SANTOS (2015, p. 587), as delegacias investigam crimes de violência doméstica, estupro, tráfico de mulheres, assédio sexual e passaram a investigar crimes contra crianças e adolescentes e também execução civil por falta de pagamento de pensão alimentícia.

Desta forma, tendo em vista que as delegacias integram agora essa rede de atendimento à mulher em situação de violência, foram feitos estudos empíricos para investigar o papel da rede e das delegacias como integrantes dela. Tais estudos identificaram que o tratamento da violência de gênero não tem sido adequado, segundo a visão das próprias pessoas atendidas por esse sistema. Em uma pesquisa de campo realizada na cidade de São Paulo entre 2012 e 2014, por Cecília McDonnell SANTOS (2015, p. 582), que se utilizou de “entrevistas semiestruturadas, visitas e observações nas organizações selecionadas e aplicação de questionário, bem como coleta de publicações oficiais das instituições sobre os seus respectivos serviços”, teve como primeiro resultado a identificação de uma série de redes e microrredes de atendimento que, por

muitas vezes, não se comunicam, minando, assim, a própria previsão do trabalho em rede. No mesmo estudo, identificou-se, ainda, que o grau de discricionariedade dos agentes de polícia em relação a qual caso merece ou não atendimento e investigação ainda é muito amplo, sendo mais determinante do que a prática institucional do atendimento à situação de violência em si.

Outro resultado da pesquisa realizada na cidade de São Paulo é que, sob a perspectiva dos agentes que lá trabalham (SANTOS, 2015), não se tem muita clareza sobre suas atribuições e o trabalho realizado é visto como castigo para muitos setores da polícia. Ainda, dentro da própria polícia, foi identificado que as DEAMs têm pouca força institucional e política no âmbito da SSP. Por outro lado, na academia de polícia não há formação específica para realizar o atendimento especializado em violência de gênero. Assim, entende-se que, embora a orientação da política pública, desde o início, fosse de realizar um atendimento especializado, tal especialização se deu somente em relação ao atendimento em apartado, não resultando na capacitação dos agentes que realizam tal atendimento.

Os principais resultados encontrados pela pesquisa (SANTOS, 2015), foram os conflitos de abordagens sobre violência doméstica contra mulheres de integrantes da rede protetiva, a falta de comunicação entre as/os agentes ou falta de conhecimento recíproco. Todos esses problemas resultam no fato de que a resposta integral à situação de violência não se concretiza. Foi obtido como resultado também o fato de que, como componentes da secretaria de segurança pública, as delegacias se comunicam somente com agentes do sistema de justiça, desconhecendo, inclusive, seu pertencimento à rede protetiva. Isso resulta no fato de que as delegacias, como componentes da segurança pública, visam dar uma resposta somente no âmbito do direito penal, o que é explicado tanto pela pertença institucional delas quanto por seu próprio surgimento.

No mesmo sentido, Wânia PASINATO (2010), em pesquisa que tinha como objetivo “saber qual era a resposta concreta que as delegacias dão para a mulher e se contribuem ou não para tirar as mulheres da situação de violência”, realizou entrevista com 15 mulheres em Belo Horizonte que sofreram violência nas relações conjugais. Como resultado, obteve-se que passar pelas DEAMs foi uma etapa importante do processo de dar visibilidade à situação de violência, mas passar por outros serviços da rede foi o que possibilitou tratar o problema de forma efetiva, revelando que a saída de uma situação de violência não necessariamente passa pela delegacia de polícia. Em relação às medidas protetivas de urgência, a pesquisa deu conta que a delegacia sequer consegue informar corretamente as mulheres sobre o deferimento ou não de medidas protetivas, pois, constantemente mal informadas, as mulheres muitas vezes

saem da delegacia crendo já possuírem a tutela das medidas protetivas, sem saber o que é requerimento/deferimento, além de a não fornecer elementos sobre a situação de risco existente para deferir ou não as medidas protetivas.

Na mesma pesquisa é possível identificar os entraves provocados pela precariedade das informações:

O conteúdo do relato circunstanciado, que muitas vezes não fornece ao juiz elementos suficientes para decidir sobre a necessidade das medidas e nem mesmo sobre sua adequação. O caso de M. tem elementos que ilustram essa dificuldade. A medida protetiva que lhe foi concedida pela justiça determinava que F., seu agressor, mantivesse uma distância de 200 metros da vítima. O que o Judiciário e a polícia pareciam desconhecer é que os dois eram vizinhos e a borracharia onde F. trabalhava estava situada a menos de 50 metros do salão de M. Informações como essas parecem elementares demais, mas devem ser entendidas como essenciais pela polícia e pela Justiça, evitando que sejam deferidas medidas que não são adequadas à realidade vivida por aquela mulher. (PASINATO, 2010, p. 224)

Tal pesquisa demonstra a precariedade do atendimento das DEAMs, que, por diversas causas, não respondem efetivamente à violência que as mulheres sofrem. Outra pesquisa empírica feita sobre a rede protetiva à mulher em situação de violência foi a feita pelo IPEA (BRANDÃO, 2015). A pesquisa (BRANDÃO, 2015, p. 47) estabelece que é importante entender que a violência praticada contra a mulher perpassa o âmbito privado e se perpetua em diversas esferas. Uma vez transposto o primeiro obstáculo, ou seja, uma vez que a mulher, apesar de todos os impedimentos para sair da situação de violência doméstica, decide procurar a assistência do Estado, pode ainda sofrer um segundo tipo de violência: a *institucional*. Conforme concluiu a pesquisa, a violência se perpetua em cada delegacia que descaracteriza a violência sofrida pela mulher, em situações que policiais e outros operadores do direito tomaram a postura da mulher como “exagerada” e não deram a devida proteção que a mulher tem direito na situação de violência. Segundo a pesquisa, uma mulher que deseja romper a inércia de violência em que se encontra terá dificuldades em lidar com o sistema dos juizados.

## **2.2. A REDE PROTETIVA E O DIREITO PENAL**

Colocando em pauta ainda o tratamento das delegacias de polícia ao tratamento da violência de gênero, Guita Grin DEBERT e Maria Filomena GREGORI (2008) fizeram um estudo sobre o atendimento das DEAMs do estado de São Paulo e Salvador. De acordo com as autoras (DEBERT e GREGORI, 2008, p. 165 e 166), o propósito do estudo foi situar alguns deslocamentos semânticos na conceituação da violência de gênero no Brasil,

entendendo que os movimentos sociais veem no sistema de justiça criminal um modo privilegiado no combate à violência, judicializando relações sociais, como aconteceu com a Lei Maria da Penha. A pesquisa conseguiu apontar, primeiramente, que no atendimento policial é necessário combinar uma ética policial com a defesa dos interesses das minorias atendidas, o que gera uma série de conflitos no atendimento feito na delegacia. Neste atendimento, assim como a pesquisa anterior apontou (SANTOS, 2015), DEBERT e GREGORI (2008, p. 170) identificaram que as DEAMs realizam o atendimento sob uma perspectiva familista, na qual a família, em detrimento da mulher, é o sujeito de direitos a ser protegido, o que acaba por desviar a finalidade de proteção integral à mulher em situação de violência.

Por outro lado, Debert e Gregori (2008, p. 171), identificaram, com o surgimento das DEAMs, o processo pelo qual a violência entre casais, antes relegada a um problema doméstico, transformou-se em uma questão de ordem pública, pois as delegacias de defesa contra a mulher tiveram um impacto importante no sentido de explicitar que tais agressões eram crimes e, como tais, necessitavam de tratamento pelo Direito Penal. O estudo encontrou que, assim como uma série de outras pesquisas deram conta, a violência doméstica e familiar contra a mulher era a prevalente, o que induziu também o tipo de violência de gênero que seria abarcada pela Lei Maria da Penha. Neste estudo (DEBERT e GREGORI, 2008, p. 176) identificou-se que, a despeito de alguns movimentos sociais enxergarem no direito penal uma forma de privilegiar o combate à violência<sup>3</sup>, há uma perspectiva relacional imbricada na questão da violência de gênero.

Desta feita, é necessário distinguir crime de violência: enquanto crime implica a tipificação de abusos, definição das circunstâncias envolvidas nos conflitos e sua resolução no plano jurídico, o tratamento da violência implica o reconhecimento social de que certos atos constituem abusos e evocam uma dimensão relacional que está longe de ser resolvida na esfera jurídica, na qual que se cria, produz e reproduz desigualdades. Elas concluem o estudo com o entendimento de que o Direito Penal não consegue e a ele não deve ser dada a tarefa de tratar a situação da violência de gênero, pois, as DEAMs surgiram como uma resposta pontual e penal ao problema da violência de gênero, visibilizando e dando importância a ele. Porém, é necessário ter consciência de que elas só irão tratá-lo no âmbito penal, ao invés de transformar a realidade de

---

<sup>3</sup> Neste sentido, salienta-se a crítica de Maria Lúcia Karam: “Em sua cega e paradoxal adesão ao sistema penal, ativistas e movimentos feministas, como outros ativistas e movimentos de direitos humanos, encobrem seus desejos punitivos com uma distorcida leitura das normas garantidoras dos direitos humanos fundamentais, delas pretendendo extrair supostas obrigações criminalizadoras. (...) Normas destinadas a proteger o indivíduo ameaçado pelo exercício do poder punitivo não podem paradoxalmente funcionar com um instrumento voltado para a expansão deste mesmo poder”(KARAM, 2015).



forma radical. Assim, entende-se que da delegacia só é possível esperar o encaminhamento da violência ao sistema de justiça, que não irá resolver a situação, mas tratar a violência de gênero como crime.

Desta maneira, o problema está justamente no reducionismo do tratamento da questão à esfera penal e a desarticulação das delegacias e sistema de justiça com os integrantes da rede protetiva. Diversos são os problemas advindos do fato de relegar a Lei Maria da Penha à esfera penal, sobretudo porque isso vai de encontro à própria ideia que a lei tem de violação de direitos humanos fundamentais. De acordo com Zaffaroni (1992, p. 5), o Direito Penal adotado em nossa sociedade ocidental exclui a vítima de sua lógica, ou, quando a trata, entende-a como objeto, não sujeito de direitos. Ainda, a punição estatal pelo crime se dá por ele ser uma violação à sua ordem, não ofensa à pessoa. Para o mesmo autor:

Ninguém pode crer seriamente que sua discriminação será resolvida pelo mesmo poder que a sustenta, ou que um maior exercício de poder discriminatório resolve os problemas que a discriminação criou. Sua ocasional instrumentalização deve ser avaliada tendo em conta o risco de seu uso tático: que não se volte contra ela. Ninguém pode dizer ao lesionado que utilize do próprio poder que lesiona para se defender, mas sempre deve-se ter em conta que esse poder, seja qual for o uso que se faça dele, em última análise, não perde seu caráter estrutural de poder seletivo. (ZAFFARONI, 1992, p. 10, tradução livre).

Indo ao encontro desta ideia, a Lei Maria da Penha não utiliza a expressão “vítima” porque os movimentos de mulheres responsáveis por sua positivação compartilhavam deste entendimento, o que, como visto, não impede o tratamento pelo sistema de justiça como tal, operando, inclusive, sua vitimização secundária, conforme já apontado. Neste diapasão, Larrauri (2007, p. 16), assevera o erro de muitas leis de combate à violência de gênero em colocar no Direito Penal, o principal responsável por sua vitimização, a tarefa de alterar a desigualdade estrutural entre homens e mulheres. Além disso, a autora afirma que, em situações de violência de gênero, há diversas especificidades que não se resumem ao fator gênero e que merecem atenção e tratamento pelas instituições.

Neste sentido, o desafio posto é fortalecer os outros segmentos da rede protetiva, evitando que a burocracia, a morosidade, e um sistema prisional segregador não freiem ou se oponham ao direito da mulher a viver uma vida livre de violência. Porém, na prática, cria-se um paradoxo: muitas vezes, o caminho tomado para tirar a mulher desse ciclo de violência, recai no poder punitivo, o que, conforme uma pesquisa empírica apresentada no item anterior sobre a rede protetiva de violência contra a mulher, concluiu também que a

punição do agressor não é sequer uma expectativa das mulheres em situação de violência:

A grande maioria das mulheres que fazem uso dos Juizados Especiais (cerca de 80%) não quer que o seu agressor – com quem ela mantém ou manteve uma relação doméstica, familiar ou íntima de afeto – seja condenado a uma pena privativa de liberdade. Das mulheres entrevistadas, apenas 20% manifestaram o pensamento de que a melhor solução seria a de aplicar pena e prender o agressor. Os outros 80% acreditam que a melhor solução não envolve uma pena privativa de liberdade. (BRANDÃO, 2015, p. 77)

Assim, é possível identificar que a própria procura das mulheres ao tratamento estatal à violência de gênero recai no fato de que as mulheres, mesmo não querendo a prisão de seus ofensores, buscam auxílio, primeiramente, em uma delegacia que irá, necessariamente, realizar procedimentos que levam à penalização do agressor. Isto ocorre, por um lado, porque muitas vezes a ajuda judicial é a última tentativa da mulher para livrar-se da situação de violência, e por outro, porque a maioria das mulheres que chegam até o sistema de justiça, não sabem as implicações de um processo criminal. A mulher deseja que as agressões parem, ansiando por um processo célere, mas não desejam a prisão do agressor, conforme conclui a mesma pesquisa (BRANDÃO, 2015, p. 77).

Nesta ânsia pela celeridade procedimental, mas sem se atentar para a realidade das delegacias de polícia e de qual resultado célere se espera, se instaurou a justificativa do Projeto de Lei da Câmara PLC 7/2016 (BRASIL, 2016), pois, sob a justificativa de que a lentidão do poder judiciário no deferimento das medidas protetivas, coloca em risco a mulher, entendeu que seria mais efetivo se elas pudessem ter acesso a tais medidas, imediatamente, pela autoridade policial. No entanto, segundo o posicionamento institucional do Ministério Público (CONAMP, 2016, p. 3), por trás desta justificativa de celeridade procedimental está uma ideia de policialização da restrição de direitos fundamentais, “enfraquecendo a tutela judicial e criando superpoderes policiais”.

Desta feita, pelos estudos acima apontados, não é pelo reforço da autoridade policial que se garantirá um procedimento mais célere e garantidor dos direitos humanos das mulheres em situação de violência, mas no fortalecimento dos mecanismos já previstos na lei, como a própria rede protetiva de direitos da mulher.

### **3. O PROBLEMA: A ALTERAÇÃO LEGISLATIVA E A REALIDADE DAS DELEGACIAS DE POLÍCIA**

O objeto do presente artigo foi trazer à proposição legislativa os estudos empíricos feitos sobre a rede protetiva de atendimento à mulher em situação de violência criada pela Lei Maria da Penha, tarefa não feita anteriormente pela proposta de lei. Com isto, conclui-se pela inadequação do dispositivo que visa

conferir à autoridade policial o poder de conceder algumas medidas protetivas de urgência, sobretudo as que determinam o afastamento do agressor ao seu convívio.

Primeiramente, verificou-se que tal alteração causaria uma sobrecarga ao trabalho das delegacias, que já contam com muitas funções, conforme conclui pesquisa de SANTOS (2015) trazida a este trabalho. Colocar mais uma função a essas delegacias, além de impedir o trabalho já realizado, pode resultar na inadequação para a realização de uma nova função. Ainda, conforme pesquisa feita por CAMPOS (2011), já há uma deficiência nas delegacias de polícia na elaboração do expediente, seu detalhamento, sua explicação à mulher ofendida e seu encaminhamento ao Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. Conforme apontado no item 1.2., não há qualquer previsão no projeto de lei que vise melhorar esse procedimento de comunicação entre as delegacias e os juizados, criando, talvez um problema maior entre delegacia e judiciário.

No entanto, o problema maior em relação a esse projeto de lei é a penalização da situação de violência que operam as DEAMs e as delegacias de polícia, de um modo geral. Assim, conforme pode-se depreender pelos estudos sobre as DEAMs elas tratam somente do aspecto penal da situação de violência, pois, apesar de integrar a rede protetiva, elas não se comunicam com os demais agentes dela e, além disso, estão abarrotadas de diversos trabalhos relativos à esfera criminal. Isso indica um problema relativo à própria atuação das delegacias de polícia: tratar os procedimentos previstos na Lei Maria da Penha, sobretudo as medidas protetivas de urgência, como procedimentos criminais.

Desta maneira, acredita-se que a aprovação do referido PLC conferiria à Lei Maria da Penha um aspecto punitivista, entendido como um aspecto que visa somente tratar o crime, sem se importar com a resolução do problema na vida da mulher em situação de violência, sem se atentar ao aspecto relacional que a violência tem na vida dela, invertendo a lógica geral que regeu a criação da lei – que reside justamente no fortalecimento de todos os segmentos da rede para dar maior autonomia à mulher para se desvencilhar da situação de violência em que se encontra.

Assim, compreende-se que o maior desafio na aplicação da Lei Maria da Penha seja continuar na sua perspectiva de proteção integral à mulher, sem que ela seja captada pelo Direito Penal, sobretudo em relação às medidas protetivas de urgência. Pelo entendimento das medidas protetivas dentro dos objetivos com que foi criada pela Lei Maria da Penha e pelas pesquisas que demonstram os entraves que sua aplicação possui dentro do sistema de justiça, a proposta de conceder também às delegacias de polícia o poder de concessão de medidas protetivas pode ser mais prejudicial ainda à vítima na aplicação dessas medidas.

Por fim, no mesmo sentido, conclui-se que não é o aumento do poder da autoridade policial e de suas possibilidades que irão resolver a questão da celeridade, mas sim um tratamento integrado e que veja a situação de violência além do crime é que irão dar uma resposta efetiva à situação. Não se defende aqui que a Lei Maria da Penha seja intocável, mas que as mudanças feitas nela não se deem com uma simples imposição do poder legislativo a todo o conquistado sistema de proteção à mulher em situação de violência. Entende-se que pela própria construção desse sistema é necessário um debate público amplo e de pesquisas empíricas feitas sobre o assunto, como as trazidas no presente trabalho, que, ao fim e ao cabo, apontam à inadequação do projeto de lei à realidade das delegacias de polícia e à rede protetiva.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos. SPM – Secretaria de Políticas para as Mulheres. **Ouvidoria. Relatório Anual de Atividades.** Brasília, 2015.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Violências contra a mulher e as práticas institucionais.** Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, 2015.

CAMPOS, C. H. de. CARVALHO, S. **Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira.** In \_\_\_\_\_. (Org.) Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CALAZANS, M. e CORTES, I. **O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha.** In: CAMPOS, C. H. de. (Org.) Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CONAP. NOTA TÉCNICA N.º OS/2016/CONAMP Proposição: PLC 07/2016 - alteração na Lei Maria da Penha Ementa: - Acrescenta dispositivos à Lei nº nO 11.340, de 7 de agosto de 2006, para dispor sobre o direito da vítima de violência doméstica de ter atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado, preferencialmente, por servidores do sexo feminino, e dá outras providências. Dispõe sobre o direito da vítima de violência doméstica de ter atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado, preferencialmente, por servidores do sexo feminino. Brasília, 2016.

DEBERT, G. G.; GREGORI, M. F. **Violência e gênero: Novas propostas, velhos problemas.** Rev. Bras. de Ciências Sociais, n.66, p.165-185, 2008.

KARAM, M. L. **Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas.** Disponível em: <<http://justificando.com/2015/03/13/os-paradoxais-desejos-punitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas/>>. Acesso em 25 jan 2015.

LARRAURI, E. **Criminologia Crítica y Violencia de gênero.** Madri: Trotta, 2007.

OAB. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, por meio da COMISSÃO NACIONAL DA MULHER ADVOGADA, analisa e oferece seus posicionamentos a respeito do PLC

07/2016, o qual acrescenta dispositivos à Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, que tramitou originalmente com a identificação PL 36/2015 e que acrescenta dispositivos à Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), por meio da presente NOTA TÉCNICA. Brasília, 2016.

PASINATO, W. **Oito anos de Lei Maria da Penha: entre avanços, obstáculos e desafios.** Estudos Feministas, Florianópolis, 23(2): 352, maio-agosto/2015.

\_\_\_\_\_. **Lei Maria da Penha Novas abordagens sobre velhas propostas. Onde avançamos?** Civitas, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 216-232, maio-ago. 2010.

ZAFFARONI, E. R. **La mujer y el poder punitivo.** In: **Vigiladas y castigadas.** Lima, 1993.



# UM OLHAR SOBRE A MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA NA LEI MARIA DA PENHA

*A LOOK AT WOMEN UNDER VIOLENCE IN LEI MARIA DA PENHA*

JULIANA FONTANA MOYSES

*Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto.  
Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP).*

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo a análise da Lei Maria da Penha e a posição em que nela se encontra a mulher em situação de violência doméstica. No Brasil, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) foi pensada e promulgada visando combater a preocupante epidemia de violência doméstica e familiar contra a mulher, podendo-se dizer que é o maior instrumento para este propósito no País. Sendo assim, e uma vez que esta Lei tem disposições penais, é perfeitamente cabível analisar como tal Lei encara a mulher em situação de violência, e quais suas consequências no enfrentamento deste crime.

Parte-se de uma perspectiva feminista: entende-se que a violência contra a mulher é fruto de uma organização social patriarcal, que coloca homens em posição de dominância e mulheres em posição de subordinação, e então qualquer instrumento que vise combater esta situação tem que partir de uma visão que coloque a mulher em situação de violência em posição de sujeito, ouvindo a sua voz, e buscando promover mudanças nos padrões sociais sexistas.

A partir do trabalho de Carol Lee Bacchi, percebe-se que existem muitas narrativas possíveis sobre a posição da mulher na situação de violência doméstica, que vão desde o retrato desta mulher como inteiramente vulnerável e indefesa até o retrato do agressor como patologicamente violento. Conclui-se que a Lei Maria da Penha, apesar de apresentar importantes avanços em diversos aspectos, apresenta alguns problemas especialmente na maneira como retrata a mulher em situação de violência.

**Palavras-chave:** gênero, violência contra a mulher, violência doméstica, Lei Maria da Penha, vítima, feminismo.

**ABSTRACT:** *The present essay intends to analyze Lei Maria da Penha and the position in which women under domestic violence are in it. In Brazil, Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) was thought and issued aiming to combat the worrisome high rates of occurrence of this crime (being even considered "epidemic"), and one could say it is the greatest instrument of the kind in the Country. Therefore, and once this law has criminal dispositions, it is perfectly reasonable to analyze how Lei Maria da Penha looks at women under violence, and which are the consequences of this look to the coping with this crime.*

*A feminist perspective is adopted: it is understood that violence against women is a consequence of a patriarchal organization, that places men in a dominant position and*

*women in a subordinate position, and hence any instrument aiming to face this situation has to adopt a perspective that sees women under violence as subjects, listening to their voices, and aiming for change in the sexist social patterns.*

*From Carol Lee Bacchi's work, it is perceived that there are many different narratives about women under domestic violence's position, going from the portrait of those women as completely vulnerable and helpless to the portrait of the aggressor as pathologically violent. The conclusion is that Lei Maria da Penha, despite meritorious in many aspects, still must improve especially the way it portrays women under violence.*

*Palavras-chave: gender, violence against women, domestic violence, Lei Maria da Penha, victim, feminism.*

## 1. INTRODUÇÃO

A violência doméstica contra a mulher foi escolhida como objeto de estudo por conta dos preocupantes índices de ocorrência deste crime, tanto no Brasil quanto no mundo. O relatório de 2013 da OMS indica que se trata de um problema de saúde pública global, que atinge cerca de um terço das mulheres do planeta (OMS, 2013).

O relatório afirma que as duas formas prevalentes de violência contra as mulheres no mundo são: a violência causada por um parceiro íntimo (e esta violência pode ser física ou sexual) e a violência sexual causada por alguém que não é o parceiro íntimo da vítima. Afirma também que quase um terço (30%) das mulheres que já tiveram relações afetivas sofreram violência física e/ou sexual de seus parceiros, e que, globalmente, cerca de 38% dos assassinatos de mulheres foram cometidos por parceiros íntimos.

A cartilha do CNJ sobre a aplicação da Lei Maria da Penha, datando de 2013 (CNJ, 2013) fornece dados importantes sobre esta realidade no Brasil, e mostra uma triste realidade: o Brasil ocupa hoje a sétima posição no ranking mundial dos países com mais crimes praticados contra as mulheres; o assassinato destas aumentou em 230% nos últimos 30 anos, em especial na última década – mesmo após a entrada em vigor da Lei Maria da Penha (CNJ, 2013, p.12).

Percebe-se, assim, a relevância de se estudar o tema da violência doméstica contra a mulher e buscar métodos para enfrenta-la e combata-la. No Brasil, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) surgiu justamente com este propósito, objetivando dar um tratamento mais adequado à violência contra a mulher, em especial em sua modalidade doméstica. Ela foi elaborada por um consórcio de ONGs feministas, que se juntaram para trabalhar em uma lei que enfrentasse a violência doméstica e familiar contra a mulher, combatendo a banalização e naturalização deste crime na sociedade brasileira (BASTERD, *in*. CAMPOS, 2011, p. 28).



Assim, a Lei Maria da Penha pode ser identificada como o maior instrumento atual de combate à violência doméstica contra as mulheres no país. A partir desta Lei, elaborou-se a Política Nacional de Enfrentamento à Violência Contra a Mulher, que define o enfrentamento como políticas integradas, que proponham ações que desconstruam e combatam as desigualdades de gênero, interfiram nos padrões sexistas e machistas, promovam o empoderamento das mulheres e garantam atendimento humanizado e qualificado às mulheres em situação de violência (POLÍTICA NACIONAL DE ENFRENTAMENTO, p. 25).

Percebe-se que a Política Nacional de Enfrentamento parte de uma perspectiva feminista. Compartilho desta perspectiva, e assim, o presente trabalho, anteriormente apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto sob orientação do Professor Doutor Márcio Henrique Pereira Ponzilacqua, busca analisar em que posição a Lei Maria da Penha coloca a mulher em situação de violência doméstica, e quais as consequências desta posição no enfrentamento do problema, especialmente tendo em vista a proposta de empoderar as mulheres e combater as desigualdades de gênero.

A base desta análise é uma perspectiva que, conforme será abordada no próximo capítulo, entende que o enfrentamento da violência contra as mulheres passa necessariamente pela alteração da estrutura patriarcal da sociedade. Parte-se também do trabalho de Carol Lee Bacchi sobre a importância do enquadramento de determinado problema e os diversos enquadramentos em que a violência doméstica contra a mulher já foi colocada, abordado no terceiro capítulo.

A ideia, portanto, é analisar se o enquadramento do problema da violência doméstica contra as mulheres na Lei Maria da Penha, expressado na posição em que esta lei coloca as mulheres, se coaduna com a interpretação feminista de empoderamento e de enfrentamento das desigualdades que é entendida, neste trabalho, como ideal. Esta análise se dará no quarto e último capítulo.

Por fim, a Conclusão encerra o trabalho apresentando uma avaliação geral sobre os instrumentos avaliados, a partir dos conceitos estudados, e uma análise das limitações do próprio trabalho. Espera-se, com isto, estabelecer um ponto de partida para reflexões mais profundas.

## **2. PERSPECTIVA FEMINISTA**

A perspectiva que norteia este trabalho é uma perspectiva feminista, que entende que a organização patriarcal da sociedade estabelece padrões de comportamento para homens e mulheres (masculinidade e feminilidade), e que estes padrões são determinantes para a ocorrência da violência.

Esta conclusão se deu a partir de alguns entendimentos e conceitos que são necessários elucidar. Em primeiro lugar, revisitando a história do pensamento e movimento feminista, percebe-se que desde a Revolução Francesa há a preocupação em compreender as raízes da inferiorização feminina, vinculando sua submissão das mulheres na esfera doméstica à sua exclusão da esfera pública (MIGUEL, BIROLI, 2013, p. 8).

Tal preocupação deu origem a diversas teorias, vertentes e discussões feministas, das quais destaco a ideia de papel social. A antropóloga Adriana Piscitelli explica que a partir da teoria dos papéis sociais, na década de 30, defendia-se que os papéis impostos a certa pessoa são influências determinantes para seu comportamento e o desenvolvimento de sua personalidade – e, portanto, os “papéis sexuais” são determinantes no comportamento de homens e mulheres (PISCITELLI, 2009, p. 126-127).

Piscitelli explica que já à época se percebia que os papéis sexuais não eram iguais em todas as culturas e períodos históricos, e sim, variados. Neste contexto, a antropóloga Margaret Mead tornou-se uma das mais importantes autoras na área, mostrando que as noções de masculinidade e feminilidade (os papéis sociais de masculino e feminino) variavam de uma cultura pra outra, às vezes radicalmente (PISCITELLI, 2009, p. 126-130)<sup>1</sup>.

Estes estudos foram importantes para combater o processo da *naturalização dos papéis sexuais*, pelo qual se afirma que os comportamentos de homens e mulheres são o que são por serem *naturalmente desta maneira*, e não socialmente construídos assim. Heleieth Saffioti explica bem este processo, trazendo como exemplo a atribuição do espaço doméstico às mulheres (recaindo sobre nós a responsabilidade pela manutenção da casa e pelo cuidado com os filhos), como se tal atribuição fosse naturalmente decorrente da capacidade feminina de dar à luz, e não uma limitação imposta, decorrente do papel social designado às mulheres. Assim como Mead, Saffioti logra demonstrar que esta prática encontra variações em outras culturas, não podendo ser, portanto, natural que à mulher caiba o espaço doméstico (SAFFIOTI, 1987, p. 8-20).

É neste contexto que Simone de Beauvoir, em sua obra “O Segundo Sexo”, busca não só identificar as construções sociais da masculinidade e feminilidade, mas também enfrenta-las, vez que situavam as mulheres em lugar de inferioridade e submissão em relação aos homens (BEAUVOIR, 1949). Assim, e

---

<sup>1</sup> A autora cita um pouco do trabalho de Margaret Mead, na análise feita por esta de três povos e da diferença sexual dentro destes: “[Em dois dos povos estudados], Arapesh e Mundugumor, nota-se que há poucas diferenças entre homens e mulheres, que tinham comportamentos parecidos. No terceiro povo, os Tchambuli (...) haveria uma inversão das atitudes sexuais da cultura estadunidense: a mulher seria o parceiro dirigente, dominador e impessoal, e o homem a pessoa menos responsável e emocionalmente dependente” p. 129.

tomando-se a sua célebre frase “ninguém nasce mulher, torna-se”, concluímos que se torna mulher a partir do papel social feminino – *e este papel é de inferioridade, de subordinação*.

A exposição sobre o conceito de gênero e as demais discussões feministas poderia ainda se alongar, mas para efeitos deste trabalho, o exposto acima já é suficiente para que se entenda gênero como uma construção social que gera diferenças comportamentais e de acesso ao poder entre homens e mulheres, e que coloca estas em posição de subordinação, construindo assim uma organização social baseada em assimetrias de poder entre homens e mulheres. À organização social que gera estas construções sociais se dá o nome de *patriarcado*.

Dentro de uma organização patriarcal, os homens e mulheres exercem ou se relacionam com o poder de forma diferenciada. A autora Amy Allen, em artigo sobre as perspectivas feministas do poder, explica que a conceitualização de “poder” é marcada por diferentes concepções dentro da literatura a seu respeito. Uma diferença importante, por exemplo, se dá entre os autores que definem poder como o exercício de fazer outra pessoa fazer algo – o exercício do *power over*, o poder sobre alguém – e entre os autores que definem poder como a habilidade ou capacidade de agir, ou seja, o poder de fazer alguma coisa – o *power to*. (ALLEN, 2014).

Outra concepção sobre poder o enxerga de forma sistêmica ou constitutiva, ou seja, enxerga que o poder estrutura possibilidades de ação, ou constitui atores e o contexto social no qual eles agem. Esta concepção focaliza o modo como sistemas sociais conferem poder de forma diferenciada a seus agentes, e assim, estruturam a possibilidade destes agirem, analisando como os componentes históricos, políticos, sociais, culturais e econômicos dão condições para que alguns indivíduos exerçam poderes sobre outros.

Dentro do movimento feminista, diferentes correntes utilizam diferentes concepções de poder, utilizando principalmente a ideia de poder de forma sistêmica, ou seja, focalizando as relações de poder. Apesar de não conseguir aprofundar esta discussão no presente trabalho, destaco que a concepção de poder aqui adotada é a ideia de que o poder se dá a partir de relações, podendo se traduzir como poder de realizar alguma modificação (*power to*) e como poder sobre alguém (*power over*). Poder este que é exercido por um indivíduo ou grupo a partir das condições estruturais da sociedade em que se insere – uma vez que tais condições determinam quem exerce o poder e de que forma.

A partir do trabalho de Saffioti, entende-se que o poder organiza-se de forma a dar mais agência a membro de determinados grupos e menos agência a membros dos grupos “contrários” – no caso do gênero, a sociedade se organiza para negar poder às mulheres, a partir dos papéis estabelecidos de gênero

(SAFFIOTI, *Op. Cit.*). Por exemplo, o papel de maternidade atribuído às mulheres serve como justificativa para desvalorizar o trabalho da mulher – ou por ser considerado apenas uma *ajuda* ao chefe da casa, que deve ser o verdadeiro provedor, ou por ser a mulher considerada trabalhadora de “pior qualidade” –, o que se traduz em salários mais baixos. E um salário mais baixo faz com que mulheres exerçam poder de forma mais restrita do que homens; além de que muitas se tornam economicamente dependentes, o que dificulta ainda mais o exercício do *power to*.

Além disso, o patriarcado se organiza de forma a que os homens exerçam o *power over* sobre suas mulheres, consideradas sua propriedade. Não é demais lembrar que até pouco tempo atrás o marido que assassinasse a esposa infiel era absolvido por “legítima defesa da honra”, ao passo que à mulher traída não era estendido o mesmo privilégio (CAMPOS, 1999, p. 52).

A partir deste contexto, é preciso analisar o quanto essa assimetria de poder contribui para a ocorrência da violência contra a mulher. Ressalto que entender a violência contra a mulher como derivada de uma organização patriarcal não significa enxergar essa mulher como uma frágil vítima, incapaz de cometer violência – as mulheres conseguem se insubordinar dentro de uma relação assimétrica e mesmo cometer violência contra homens (SAFFIOTI, 1994 e c.2000), além de também poderem ocupar posições de poder em relação a raça ou classe, por exemplo.

De fato, não se trata de corroborar com o discurso de que homens são dominadores e mulheres são frágeis e indefesas – uma vez que este discurso é, inclusive, conforme aos papéis de gênero impostos pelo patriarcado, como visto na exposição anterior (e como abordaremos mais à frente). Na verdade, o que se quer dizer é que a organização patriarcal estrutura as relações de tal modo que a violência contra a mulher é naturalizada, entendida como derivada dos papéis “naturais” de gênero.

Coelho e Carloto expõem de forma esclarecedora a forma como a construção da masculinidade contribui para a ocorrência da violência. A partir da análise de diversos trabalhos, explicam as autoras que a masculinidade, assim como a feminilidade, não é um conceito fixo, e sim construído a partir das relações sociais, de modo que se podem identificar masculinidades hegemônicas, subalternas, cúmplices e marginalizadas, sendo a masculinidade hegemônica a “ideal”, a que todos os homens deveriam tentar alcançar (COELHO, CARLOTO, 2007).

O caráter “ideal” da masculinidade hegemônica – ou seja, a necessidade de se adequar aos papéis de gênero – se faz claro na pesquisa qualitativa levada à cabo pelas autoras: em entrevistas com quatro homens autores de violência doméstica, embora pertencentes ao que se pode classificar como masculinidade

subalterna (ou talvez por isso mesmo), tinham muito fortes as representações tradicionais dos papéis de gênero (da masculinidade hegemônica, portanto). Assim, por exemplo, referiam que seu papel enquanto maridos era a capacidade de gerar e criar filhos, saber defender sua honra, enquanto o papel esperado das mulheres era uma maternidade cuidadosa, fiel e disponível para o relacionamento sexual (COELHO, CARLOTO, *Op. Cit.*, p. 403).

O “papel do homem” pregado pela masculinidade hegemônica exerceu grande influência nos comportamentos dos entrevistados: referiam, por exemplo, sentimentos de sofrimento e impotência face à sua “falha” (em maior ou menor grau) de prover para sua família, ao mesmo tempo que referiam não saber expressar afetividade perante os filhos. Todos referiam procurar exercer poder sobre a vida sexual e reprodutiva de suas mulheres. Sobre a ocorrência de violência, em todos os casos esta era usada cotidianamente, nos momentos em que sentiam a sua honra masculina ameaçada (COELHO, CARLOTO, *Op. Cit.*, p. 404).

Observando o fenômeno da violência doméstica focalizando as mulheres vitimadas, Kodato, Pereira e Borin defendem que a falta de reação da mulher nas situações de agressão pode ser fruto das representações de poder e violência que elas têm. Estes autores realizaram uma pesquisa com vítimas de violência doméstica em Ribeirão Preto, e usaram como pressuposto a Teoria das Representações Sociais, que defende que é a partir destas que “o sujeito constrói aquilo que torna possível aproximar-se de seu mundo interno, do modo como ele significa os objetos ao seu redor e que sentidos ele atribui às suas vivências” (KODATO, PEREIRA, BORIN, *in. PONZILACQUA*, 2013, p. 44).

Nesta pesquisa, descobriram, por exemplo, que no grupo de mulheres investigadas havia uma representação paradoxal do masculino (uma das entrevistadas, por exemplo, falava de seu marido: “ele é uma pessoa tão boa, mas tão ruim”), o que se origina a partir de uma história ambígua com a figura paterna. A partir de uma figura paterna rígida e por vezes agressiva, e dentro do contexto de uma cultura cristã, essas mulheres se culpam por odiarem seus pais, “e num processo de autopunição acabam reproduzindo o ciclo da violência, pais violentos e alcóoltras acabam por eleger parceiros com as mesmas características” (KODATO, *et. al. Op. Cit.*, p. 51).

Outra representação bastante comum parecia ser a autoimagem negativa – 60% das mulheres investigadas tinham uma má percepção de si mesmas, e 40% apontavam carência material, afetiva e amorosa, contribuindo para um desgaste da autoestima. Uma autoestima baixa, por sua vez, leva à ideia de que aquela mulher só merece aquele tipo de homem (principalmente se aliada à relação ambígua com a figura paterna), e assim ao não-rompimento com a relação abusiva. Outras representações incluem o cerceamento da sexualidade,

a relação com os filhos sendo vista como a única maneira de suportar a situação (e então os filhos, para 60% dessas mulheres, representam “tudo” em suas vidas), o desejo de vingança (em 40% delas), a ideia de predestinação à violência, e a dependência econômica e psicológica (KODATO, *et. al. Op. Cit.*, p. 47-52).

A partir de toda esta exposição, espera-se ter deixado claro o enquadramento da violência doméstica contra a mulher feito por este trabalho, qual seja: a ocorrência deste tipo de violência tem suas raízes na organização patriarcal da sociedade, a partir das construções e representações do masculino e do feminino. É neste contexto, portanto, que se afirma ser necessária uma mudança de paradigma nas relações de gênero para que se extinga a violência contra a mulher.

Com isto em mente, o empoderamento mostra-se como estratégia fundamental. Utilizo, aqui, a perspectiva de empoderamento de Sardemberg, para quem o empoderamento de mulheres significa a conquista de autonomia, na libertação das opressões de gênero e no controle dos nossos corpos (SARDEMBERG, c.2006). Assim, passemos ao próximo capítulo, em que abordaremos o conceito de enquadramento.

### 3. ENQUADRAMENTOS DA VIOLÊNCIA

Seguindo com a base teórica deste trabalho, cumpre analisar a ideia de enquadramento. A cientista política Carol Lee Bacchi defende a importância de se estudar o enquadramento dado a determinado problema, pois o modo como se enxerga tal problema (e até mesmo o fato de se ver tal situação como um “problema”) parte, necessariamente, de uma interpretação deste problema, a qual determina quais seus pontos mais importantes, quais as prioridades de ação, e quais as soluções possíveis. (BACCHI, 2007).

Em outras palavras, o enquadramento de determinado problema é *crucial* para seu enfrentamento e solução, pois determina quais os cursos de ação a serem tomados. Isso pode ser exemplificado a partir do trabalho da própria autora, que compilou as principais narrativas dadas ao problema da violência doméstica contra a mulher.

Um primeiro enquadramento que cumpre destacar é a ideia da violência doméstica como sendo “violência familiar”: tal enquadramento parte de uma perspectiva conservadora, que considerada a violência nociva por ser ameaçadora à *instituição da família*, e não necessariamente por ameaçar *mulheres* – até porque, segundo a autora, a crescente autonomia feminina era usada pelos conservadores para explicar (e desculpar) a violência familiar, na medida em que, de acordo com esta visão, os homens sentiam-se inseguros com

a mudança dos papéis tradicionais de sexo e por isso eram violentos (BACCHI, *Op. Cit.*, p. 166-167).

Outros dois discursos marcantes sobre a violência doméstica contra a mulher foram identificados por Pamela Johnson (também citada por Bacchi): o discurso psicodinâmico e o discurso psicossocial. O primeiro representa o problema como causado por indivíduos problemáticos, ou relações problemáticas, por conta de distúrbios psicológicos ou psiquiátricos, enquanto que o segundo considera a violência doméstica como parte de um contexto de dinâmicas familiares e regras sociais que autorizam a violência de várias formas, focalizando, porém, muito mais no enfrentamento à “violência”, do que no recorte de gênero e no enfrentamento das estruturas de poder patriarcais que geram tal violência (BACCHI, *Op. Cit.*, p. 168-169).

Outro discurso importante a se levar em conta é a “síndrome da mulher agredida”. Bacchi explica que este foi um recurso utilizado por advogadas feministas para reduzir as punições a mulheres que matavam maridos violentos; conseguia-se isso retratando tais mulheres como acometidas por distúrbios psicológicos resultantes de stress pós-traumático, como uma seqüela à violência doméstica, e que por isso estas mulheres seriam instáveis e vulneráveis. A autora diz que isso se deu porque as mulheres muitas vezes precisam apresentar-se desse modo para serem ouvidas.

O problema com este discurso é que, para ser qualificada como uma “mulher agredida”, uma mulher não pode mostrar que tem visão de futuro, planejamento, vontade; ela não pode, portanto, ser vista como alguém capaz de agir por si própria – o que faz com que mulheres deixem de denunciar a violência sofrida, por não quererem se ver silenciadas desta forma (BACCHI, *Op. Cit.*, p. 169-170)<sup>2</sup>.

Um último enquadramento importante a ser considerado é aquele que encara a violência doméstica como violência comum, “pública”, e que portanto deveria ser tratada com a mesma seriedade, o que significa sanções criminais mais pesadas e intervenções policiais. Essa perspectiva é e foi defendida por feministas para combater a banalização da violência doméstica pelas autoridades, e apesar de ser uma vitória em termos de tornar “público” um problema “doméstico”, nos Estados Unidos e no Canadá trouxe o seguinte problema: o foco dado à resposta criminal fazia com que fosse prioridade que os processos chegassem até o fim. Porém, muitas mulheres desistiam do processo após prestarem queixa; para contornar isso, o governo canadense

---

<sup>2</sup> BACCHI, Carol Lee. *Op. Cit.* p. 170 Tradução livre: Como ela [Mahoney] coloca (...), ‘As pessoas não se identificam com aqueles de quem elas sentem pena’ e ‘A crença em sua própria agência impede a pessoa de se identificar com vítimas’ (...). Se as opções são ser retratado como ‘desfavorecido’ ou ‘injustamente desfavorecido’ ou ‘agredido até a submissão’, é fácil entender porque algumas pessoas escolhem não aceitar estas opções, reduzindo consciência das injustiças sistêmicas que são parte de sua vida.

adotou regulação que fazia com que a vítima fosse compelida a testemunhar contra seu marido, o que ia contra o interesse de muitas das vítimas<sup>3</sup> (BACCHI, *Op. Cit.*, p. 173-174).

Este é, inclusive, um traço distintivo do crime de violência doméstica: muitas vezes as mulheres não querem a prisão de seu agressor: a pesquisa “Violência Contra a Mulher e as Práticas Institucionais” traz o dado que 80% das mulheres agredidas não quer que seu agressor seja condenado a uma pena de prisão; elas dividem-se acerca da melhor solução, com 40% (do total das mulheres entrevistadas) acreditando que o melhor seria que o agressor recebesse atendimento psicológico ou de assistentes sociais, 30% com a opinião de que os grupos de conscientização de agressores seriam o melhor, e 10% pensando na prestação de serviços à comunidade. De todo modo, independente do que acham ser a melhor solução, estas mulheres desejam que o agressor, ao invés de preso, tão-somente “se afaste delas, saindo de casa, que pague a pensão dos filhos e que pare de persegui-las”<sup>4</sup>.

Outro problema deste enquadramento é o foco dado à “criminalidade”: Bacchi diz que isso serviu, por exemplo, aos propósitos do Partido Conservador Canadense, que ao representar o problema como um assunto de segurança pública, conseguiu mais recursos à polícia; em contraste, para muitas feministas, o ideal seria que os recursos fossem destinados a abrigos, que pudessem ser autogeridos pelas mulheres que lá parassem, favorecendo o fortalecimento de sua autonomia e autoconfiança. Assim, estas propunham que o foco fosse a crítica à organização patriarcal e as assimetrias de poder que a permeiam, e não à proteção pura e simples do poder masculino. A ideia é um enquadramento que favoreça a autoconfiança (podemos dizer também o empoderamento) das mulheres, ao invés da simples proteção a “mulheres vulneráveis”<sup>5</sup>.

Como se pode ver, muitos são os enquadramentos possíveis da violência doméstica, e muitas são as consequências de cada um. Como já exposto, neste trabalho, entendo que o enquadramento ideal, a partir do que já foi exposto, compreende ações de educação que desafiem a ideologia patriarcal e os papéis de gênero, minando a ideia de propriedade dentro da relação afetiva, a ideia de defesa da honra, a ideia de que o papel da mulher é ser mãe e manter a família unida, entre tantas outras. É necessário que se discuta como as representações dos papéis de gênero (e da relação entre eles) contribui para a ocorrência da violência.

---

<sup>3</sup> BACCHI, Carol Lee. *Op. Cit.* p. 173-174

<sup>4</sup> BRASIL, Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos legislativos. **Violência Contra a Mulher e as Práticas Institucionais**. Série Pensando o Direito, nº 52. Brasília, 2015.

<sup>5</sup> BACCHI, Carol Lee. *Op. Cit.* p. 175



Em termos práticos, entende-se que a definição do problema deve resultar em propostas que ofereçam condições à recuperação e ao empoderamento (neste caso, individual) das mulheres que sofrem violência doméstica, que contribuam para a sua independência do agressor, que respondam às suas necessidades (não a forçando a testemunhar contra seu marido, por exemplo), e que possibilitem a desconstrução da masculinidade agressiva nos homens, agressores ou não.

#### 4. A LEI MARIA DA PENHA E AS MULHERES

Após o estabelecimento dos pressupostos acima, iniciemos algumas análises sobre o lugar das mulheres na Lei Maria da Penha, a partir do enquadramento dado por esta à violência doméstica contra as mulheres. De partida, percebe-se que esta lei parte de uma perspectiva feminista, uma vez que logo em seu artigo 1º já define que cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar *contra a mulher*. Mostra, portanto, que reconhece a desigualdade material entre homens e mulheres dentro da sociedade patriarcal, e procura endereçar este problema.

As demais disposições iniciais da Lei seguem esta perspectiva. Destacando alguns: os artigos 2º e 3º se destinam a afirmar que serão asseguradas as oportunidades, facilidades e condições para o exercício de seus direitos, e o §1º do artigo 3º determina que o poder público deve desenvolver políticas públicas para garantir os direitos das mulheres e resguardá-las de violência.

O enquadramento dado pela Lei Maria da Penha à violência doméstica contra as mulheres, até aqui, encaixa-se bastante bem no enquadramento “ideal” exposto no início do trabalho. Quando se trata de suas disposições penais, porém, o enquadramento dado pela Lei se afasta do ideal e se aproxima mais da perspectiva da “síndrome da mulher agredida” (exposto acima) ou mesmo do foco na resposta criminal.

Esta foi inclusive uma das maiores discussões a respeito da Lei, quando de sua promulgação: o endurecimento penal, representado principalmente pelo afastamento da Lei 9.099/95 (Juizados Especiais) quanto a crimes de menor potencial ofensivo. O resultado é que mesmo infrações leves, se configurarem violência doméstica, serão afastados dos Juizados Especiais Criminais e julgados na Justiça Comum, com a possibilidade de penas privativas de liberdade (BATISTA, *In*. MELLO, 2009).

A Lei Maria da Penha enfrentou muitas críticas por conta desta disposição: Pedro Rui da Fontoura Porto defende que esta medida não necessariamente significa que a violência doméstica seria tratada com maior seriedade, pois, segundo ele, não é porque os Juizados Especiais Criminais têm por princípio o consenso e as penas alternativas que significa serem eles tribunais tolerantes.

Para o autor, bastaria determinar a aplicação de penas mais severas em caso de violência doméstica (PORTO, 2012, p. 42). Maria Lúcia Karam manifesta-se no mesmo sentido, defendendo que a violência doméstica, em caso de infrações leves, não deveriam ser afastadas do âmbito dos JECRIMs, uma vez que não são diferentes de outras infrações leves (KARAM, 2006).

Por outro lado, a análise de como a violência doméstica era tratada nos JECRIMs demonstra que realmente havia uma banalização deste crime. Pedro Rui da Fontoura Porto, apesar da crítica tecida anteriormente, traz a informação que pesquisas e observações empíricas mostravam que as vítimas de violência doméstica eram quase compelidas a aceitarem conciliações – muitas vezes em condições que não correspondiam à sua vontade – ou quando insistiam em representar, seu agressor livrava-se da condenação “mediante o pagamento de cestas básicas ou aviltantes prestações pecuniárias” (PORTO, *Op. Cit.*, p. 43).

Julieta Romeiro, citando Leila Linhares Barsted, também toca na banalização da violência doméstica nos JECRIMs percebida por pesquisas, afirmando que, sob a aplicação da lei 9.099/95, não se reconheciam as relações de poder presentes no âmbito afetivo e familiar, e assim, o que acontecia na prática era uma descriminalização da violência doméstica contra a mulher, remetendo-se para o espaço privado o que desde a década de 70 era considerada uma questão de ordem pública. (ROMEIRO, 2009, p. 52-54).

A conclusão a que se chega é a seguinte; em um primeiro momento, e especialmente considerando-se o conceito do empoderamento, a promulgação da Lei Maria da Penha foi uma conquista para as mulheres. A própria existência de uma lei de viés feminista, que tutela uma violência, antes efetivamente banalizada, contribui para que as mulheres em situação de violência “adquiram autonomia para decidir pela própria vida e libertar-se da opressão machista” (repetindo aqui as palavras de Sardenberg, citada na primeira parte).

Em um segundo momento, porém, a questão da despenalização tem peso bastante forte; se por um lado a Lei Maria da Penha representa um avanço no tratamento da violência doméstica – que já não se resolve mais com o pagamento de uma simples cesta básica e a continuação da violência –, por outro realmente foge da tendência atual de discutir medidas alternativas à pena do cárcere, tida como ineficaz na efetivação dos direitos humanos (ROMERO, *Op. Cit.*, p. 57).

A resposta a esta questão não é simples – tanto é que ainda é discussão atual. Em primeiro lugar, é preciso reiterar que a Lei Maria da Penha possui sim a preocupação com a efetivação de direitos humanos – não é demais lembrar que a violência (bem como todas as discriminações) contra a mulher é considerada uma violação dos direitos humanos pelas convenções que tratam do tema (CEDAW, Convenção de Belém-do-Pará, Plataforma de Pequim).

Além disso, pode-se defender que promulgação desta lei foi o corolário do enquadramento da violência doméstica e familiar contra a mulher como um problema *público*, que tem influência na ordem pública. Nesse contexto, é importante lembrar que o enquadramento do problema como público é positivo por tirar da obscuridade da esfera privada a opressão sofrida pelas mulheres; porém, como vimos, é preciso tomar cuidado para que, tornando-se o problema *público*, não se desvie o foco da proteção (e do empoderamento, como defendemos) das vítimas para a criminalidade, ou para o bom andamento do processo. De fato, é este o medo dos críticos da Lei, quando entendem-na alinhada ao discurso da “Lei e da Ordem” (PORTO, *Op. Cit.*, p.23).

Sendo assim, é preciso estudar se o enquadramento do problema dado pela Lei Maria da Penha, apesar de elogiável por prestar-se a corrigir uma desigualdade material entre homens e mulher, e também por colocar o problema na discussão pública, logra fazê-lo de maneira adequada à resolução do problema, ou se perde em seu intento e acaba caindo num enquadramento punitivista.

A resposta a tal questão fica mais clara com a análise de outra discussão também referente às disposições penais da Lei: a necessidade ou não de representação em caso de lesão corporal leve. O crime de lesão corporal, de acordo com o Código Penal, é processado por ação pública incondicionada<sup>6</sup>; porém, com o advento da Lei dos Juizados Especiais e a introdução de mecanismos despenalizadores, a lesão corporal leve foi classificada como “de pequeno potencial ofensivo”, e assim tornou-se delito de ação pública condicionada (DIAS, 2013, p. 86).

A Lei Maria da Penha, porém, dispõe em seu artigo 41 que “aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995”. A própria Lei, porém, faz referência à representação, em seus artigos 12 e 16<sup>7</sup>. Daí surgiu o seguinte impasse entre doutrinadores e operadores do direito: os efeitos do artigo 41 implicam em que o delito de lesão corporal leve praticado contra a mulher volte a ser delito de ação pública incondicionada?

---

<sup>6</sup> Uma vez que o art. 100 do CP dispõe que “A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido”. Como não há tal declaração a respeito do crime de lesão corporal, entende-se ser ele crime de ação pública incondicionada.

<sup>7</sup> Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal: I – ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a **representação** a termo, se apresentada (...). Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à **representação** da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à **representação** perante o juiz (...). (**grifos nossos**)

Muitos são os argumentos de cada um dos lados. Citados por Maria Berenice Dias, Ana Paula Scwelme Gonçalves e Fausto Rodrigues de Lima defendem que o artigo 41 da Lei Maria da Penha efetivamente afastou a Lei 9.099/95, e portanto, a necessidade de representação nos crimes de lesão corporal leve contra a mulher não se sustentaria. Acrescentam ainda que quando a Lei Maria da Penha fala em representação, tal não se aplica à lesão corporal leve (GONÇALVES, RODRIGUES *apud*. DIAS, *Op. Cit.*, p.87).

Os argumentos em contraponto, e portanto favoráveis à necessidade de representação, também são numerosos. Porto afirma que, a partir de uma leitura sistemática da lei, considerando os artigos 12 e 16, conclui-se que o afastamento da lei 9.099/95 é relativo apenas aos institutos despenalizadores como a transação e a suspensão condicional do processo, pois estes seriam excessivamente benéficos, além de que neles a vítima não tem voz. Já a representação, por seu turno, deve continuar exigível, pois leva em conta o querer da vítima, e assim lhe confere o poder de decidir acerca da instauração ou não do processo (PORTO, *Op. Cit.*, p. 48).

Assim como Porto, diversos autores entendem a necessidade de representação como algo positivo para a autonomia da vítima; Saffioti diz que a exigência da representação da vítima para seguimento do processo (isso ainda referindo-se à lei 9.099/95) trata a vítima “como pessoa adulta, responsável por seus atos” (SAFFIOTI, 2011, p. 93).

Maria Berenice Dias afirma que isso atende aos interesses da vítima, que, como já vimos, muitas vezes não quer ver seu agressor preso. Diz ela que se a mulher que sofreu violência souber que o agressor pode ser processado e preso, independentemente de sua vontade, hesitará em fazer a denúncia. Ela cita que o medo da condenação do único provedor da família, sempre que for este o caso, contribui para a impunidade (DIAS, *Op. Cit.*, p. 94).

Bem se vê que a questão é complexa. O STF pacificou a questão, definindo, na ADI 4424, que a lesão corporal leve, quando definida como violência doméstica contra a mulher, não necessita de representação, constituindo-se assim ação pública incondicionada. A decisão tomou por base, entre outros argumentos, a necessidade de se proteger a mulher vítima de violência doméstica em sua vulnerabilidade.

Analisando a questão na dimensão do empoderamento, porém, especialmente considerando-se este em sua perspectiva emancipatória, tal decisão merece ser questionada. Entendendo-se o empoderamento de mulheres como o processo pelo qual estas se libertam das opressões de gênero, através da conquista de autonomia e da autodeterminação, e considerando-o elemento imprescindível ao combate a estas opressões<sup>8</sup>, sem dúvida tal decisão

---

<sup>8</sup> Como quer a Política Nacional de Enfrentamento à Violência Contra a Mulher, e com o que concordo.

parece contraditória. Como buscar que a vítima se empodere, atinja uma autoestima elevada e conquiste sua autonomia, se não se respeita a sua voz quando ela diz que não quer ver seu agressor preso?

Cabe aqui lembrar as discussões acerca do enquadramento, quando se falou na “síndrome da mulher agredida”; é preciso cuidar para que não se trate a mulher em situação de violência como uma vítima incapaz de pensar por si mesma – pois isso não é verdade. É preciso cuidar que esta mulher ainda tem o direito de escolher continuar na relação – e que muitas vezes, a continuidade na relação não se dá por uma suposta fragilidade desta, e sim, por exemplo, por conta de dependência econômica ou emocional do agressor, entre outros diversos motivos.

Assim, por mais que se aplauda a intenção de valorizar e colocar em foco a violência doméstica – lutando-se contra a sua banalização e contribuindo, assim, para o empoderamento das vítimas, que podem perceber-se como vítimas e sentir-se amparadas – entendo que não é ignorando a voz da vítima e forçando o seguimento de processos contra a sua vontade que se conseguirá combater a desigualdade de gênero ou a própria ocorrência da violência doméstica (já que, conforme já argumentado, isso inibe as denúncias). Deve-se, ao contrário, trabalhar os processos de empoderamento da vítima através de políticas públicas, como a própria Lei Maria da Penha prevê em seu artigo 1º, §1º, e no artigo 9º.

## 5. CONCLUSÃO

A partir de todo o exposto, podemos tecer algumas conclusões acerca do tema estudado. Em primeiro lugar, a partir da análise conceitual realizada na primeira parte deste trabalho, conclui-se que a organização patriarcal da sociedade, a partir da divisão em papéis sexuais e a construção de masculinidades dominantes e feminilidade submissas, é um fator crucial que gera a violência contra as mulheres, em especial na sua modalidade doméstica.

Além disso, espero ter deixado claro que o reconhecimento da posição de submissão das mulheres enquanto classe não significa que sejamos nós frágeis vítimas submissas, sem capacidade de ação ou pensamento próprio. Pelo contrário – é justamente por acreditar na ação das mulheres que se defende que o empoderamento é estratégia fundamental para o enfrentamento da violência

---

<sup>9</sup> Art. 1º, §1º: O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Art. 9º: A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.

e da própria organização patriarcal, uma vez que se defende que o empoderamento de grupos dominados tem o poder de emancipá-los das opressões sofridas, garantindo-lhe sua autonomia plena, e conseqüentemente, a própria transformação da organização social desigual.

A partir da análise de diversos enquadramentos da violência doméstica contra mulheres, percebe-se a necessidade de um delineamento que coloque a mulher em situação de violência enquanto sujeito, para que seja ouvida a sua voz, e que busque a mudança nos padrões sexistas de organização

Analisando a Lei Maria da Penha, percebe-se que o enquadramento, apesar de se aproximar do que considero ideal, ao prescrever a garantia dos direitos das *mulheres* em situação de violência, e prezarem pela proteção destas e por medidas de prevenção, além de focalizar na mudança dos papéis sociais derivados da estrutura patriarcal, acaba por colocar bastante peso na persecução penal como forma de combate ao problema, caindo no discurso da síndrome da mulher agredida.

Isso, como defendido, leva a efeitos não-desejados, como o apagamento da voz das mulheres em situação de violência, tratadas como vítimas que não têm nem capacidade para decidir dar seguimento ao processo ou não, o que configura um entrave ao processo de empoderamento destas mulheres, na medida em que lhes é negada a autonomia, e pode inclusive ter o efeito de inibir a procura delas por proteção estatal – por medo de que seu agressor vá preso, o que é contrário à intenção da maioria delas.

Assim, concluo que as mulheres têm um lugar ambíguo na Lei Maria da Penha, sendo tratadas como sujeitos quando se fala das proteções e prevenções estatais, familiares e comunitárias, ao mesmo tempo em que são vistas como vulneráveis demais para decidir os rumos de sua vida quando se trata de persecução penal. Ainda assim, tenho uma opinião otimista sobre esta Lei, visto que tem em seu texto e desde sua concepção a perspectiva feminista e empoderadora que creio ser a ideal para o problema. Cabe, portanto, retomar esta origem e construir interpretações e instrumentos que realmente deem conta de garantir o empoderamento das mulheres em situação de violência.

## BIBLIOGRAFIA

ALLEN, Amy, **Feminist Perspectives on Power**, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/feminist-power/>> Acesso em 18 ago. 2015

BACCHI, Carol Lee. **Women, Policy and Politics**. The Construction of Policy Problems. SAGE Publications, 2007

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**. Fatos e Mitos. Disponível em: <<http://brasil.indymedia.org/media/2008/01/409660.pdf>> Acesso em 23 jun. 2015

BRASIL. **Cartilha do CNJ sobre a Aplicação da Lei Maria da Penha**. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/programas/lei-maria-da-penha/cartilha\\_maria\\_da\\_penha.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/lei-maria-da-penha/cartilha_maria_da_penha.pdf) > Acesso em 17 fev. 2014

BRASIL, **Política Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres**. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/sobre/publicacoes/publicacoes/2011/politica-nacional>> Acesso em 03 jul. 2014

CAMPOS, Carmen Hein de. Feminismo, Violência Contra as Mulheres e Direito. In: FONSECA, Claudia (org). **Themis: gênero e justiça**. 2. ed. Porto Alegre: 1999. Disponível em: <<http://themis.org.br/wp-content/uploads/2015/03/genero-justica.pdf> >. Acesso em: 14 out. 2015

\_\_\_\_\_. Razão e Sensibilidade: Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de janeiro: Editora Lumen Juris, 2011

COELHO, Sandra Maria Pinheiro de Freitas, CARLOTO, Cássia Maria. **Violência Doméstica, homens e masculinidades**. Revista Textos & Contextos Porto Alegre v. 6 n.2 p. 395-409. Jul/dez. 2007. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/view/2333/3254>> Acesso em 23 set. 2015

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha da Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

KARAM, Maria Lúcia. **Violência de gênero: paradoxal entusiasmo pelo rigor penal**, *Boletim IBCCRIM*, n. 168, V. 14, nov. 2006

PISCITELLI, Adriana. Gênero: a história de um conceito. In: ALMEIDA, Heloísa Buarque de, SZWAKO, José Eduardo (orgs), **Diferenças, Igualdade**. São Paulo: Berlendis & Vertecchia, 2009 (Coleção sociedade em foco: introdução às ciências sociais)

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher – Lei 11.340/06 – análise crítica e sistêmica**. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2012

PONZILACQUA, Márcio Henrique Pereira. Sociologia do Direito, Violência Doméstica, e Agressão Sexual: Da constatação ao enfrentamento. In: PONZILACQUA, Márcio Henrique Pereira (org.). **Violência Doméstica. Agressão Sexual e Direito: da constatação ao enfrentamento pela perspectiva transdisciplinar**. Editora CRV: Curitiba, 2013

ROMEIRO, Julieta. A Lei Maria da Penha e os desafios da institucionalização da “violência conjugal” no Brasil. In: MORAES, Aparecida Fonseca e SORJ, Bila (orgs). **Gênero, violência e direitos na sociedade brasileira**. Rio de Janeiro: 7Letras, 2009

SAFFIOTI, Heleieth I.B., **O poder do macho**. 2 ed. São Paulo: Moderna, 1987. (Projeto passo à frente. Coleção polêmica; v. 10).

\_\_\_\_\_. Violência de Gênero no Brasil Contemporâneo. In: SAFFIOTI, Heleieth I. B., MUÑOZ-VARGAS, Monica. **Mulher Brasileira é Assim**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos: NIPAS; Brasília, DF: UNICEF, 1994.

\_\_\_\_\_. **Violência doméstica: questão de polícia e da sociedade**. Disponível em:

<[http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2015/05/22/17\\_29\\_35\\_372\\_Viol%C3%Aancia\\_do\\_m%C3%A9stica\\_quest%C3%A3o\\_de\\_pol%C3%ADcia\\_e\\_da\\_sociedade.pdf](http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2015/05/22/17_29_35_372_Viol%C3%Aancia_do_m%C3%A9stica_quest%C3%A3o_de_pol%C3%ADcia_e_da_sociedade.pdf)> Acesso em 30 set. 2015

\_\_\_\_\_. **Gênero, Patriarcado, Violência.** 2 reimpressão. Editora Fundação Perseu Abramo: São Paulo, 2011

SANDENBERG, Cecília M.B. **Conceituando “Empoderamento” na Perspectiva Feminista.** Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/6848/1/Conceituando%20Empoderamento%20na%20Perspectiva%20Feminista.pdf>> Acesso em 20 jan. 2015.

STF, **ADI 4424.** Disponível em: <[http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADI\\_4424\\_DF\\_1419613664412.pdf?Signature=KI6URnCw1S9TPITSbnskaczrqVM%3D&Expires=1422850208&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=cdd3605044a9dcedfb3a898e0e603ccf](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADI_4424_DF_1419613664412.pdf?Signature=KI6URnCw1S9TPITSbnskaczrqVM%3D&Expires=1422850208&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=cdd3605044a9dcedfb3a898e0e603ccf)> Acesso em 20 jan. 2015



# A VITIMOLOGIA E A LEI MARIA DA PENHA: PREVISÕES LEGAIS E PRÁTICA JURÍDICA

## *VICTIMOLOGY AND THE MARIA DA PENHA LAW: LEGAL PROVISIONS AND PRACTICES*

**IAN MATOZO ESPECIATO**

*Advogado. Mestrando em Direito Penal pela FD-USP. Membro do IBCCrim.*

**JOSÉ PAULO NAVES**

*Advogado. Mestrando em Direito Penal pela FD-USP. Membro do IBCCrim.*

**PAULA NUNES MAMEDE ROSA**

*Bacharel em Direito pela FD-USP. Mestranda em Direito Penal pela FD-USP.  
Membra do GB-AIDP e IBCCrim.*

**RESUMO:** O presente trabalho analisa o desenvolvimento da vitimologia e as demandas dos movimentos feministas de proteção à mulher para, em seguida, identificar os dispositivos de proteção à vítima na Lei Maria da Penha. A partir dessas contribuições teóricas e da iniciativa legislativa, analisa-se os fundamentos do julgamento da ADI n. 4.424, que, em vista dessa necessidade de proteção à mulher e a ineficiência do Estado na implementação de mecanismos que a assegure, decidiu pela inaplicabilidade dos Juizados Especiais para o julgamento de crimes cometidos no âmbito da Lei Maria da Penha, bem como decidiu pela natureza pública incondicionada da ação penal por lesão corporal.

**Palavras-chave:** Vitimologia, Gênero, Lei Maria da Penha, Supremo Tribunal Federal, ADI 4.424.

**ABSTRACT:** This paper analyzes the development of victimology and the demands of protection of women by the feminist movement, so as to then identify the legal devices established by Maria da Penha Law aimed to the protection of the victim. From these theoretical contributions and the legislative initiative, this article analyzes the grounds adopted at the judgment of the Direct Unconstitutionality Action n. 4.424, which, in view of

*this need for protection of women, as well as the inefficiency of the State to implement mechanisms that ensure it, decided for the inapplicability of the Special Criminal Courts for the prosecution of crimes committed under the Maria da Penha Law, as well as decided that the nature of the criminal action for bodily injury would be public and unconditioned.*

*Keywords: Victimology, Gender, Maria da Penha Law, Federal Supreme Court, Direct Unconstitutionality Action n. 4.424.*

## **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente trabalho tem como objetivo, a partir do desenvolvimento da vitimologia e das contribuições teóricas sobre gênero e Direito Penal Mínimo, identificar as demandas de proteção da vítima pelo movimento feminista, sem que isso implique a maximização do Direito Penal ou a aproximação com uma criminologia punitivista. Quer dizer, será traçado um diálogo entre o feminismo e o Direito Penal, a partir das teorias vitimológicas.

A Lei Maria da Penha, produto das demandas feministas, criou um microsistema de combate à violência doméstica contra a mulher e previu diversas formas de proteção da vítima de naturezas distintas da penal. No entanto, tais medidas não têm sido implementadas como deveriam e a prática jurídica tem recorrido ao Direito Penal tanto para a proteção da vítima quanto para a responsabilização do agressor, o que resulta no afastamento da autonomia da vítima e do seu protagonismo no combate à violência que sofre, sem, com isso, de fato desenvolver mecanismos que ajudem as mulheres a superar sua situação de vulnerabilidade, assim como tem sido ineficaz na efetiva proteção dessas vítimas.

Dessa forma, pretendeu-se identificar os aspectos da Lei Maria da Penha que são voltados para a vítima, por meio da análise da lei e da doutrina.

Em seguida, analisou-se os fundamentos da ADI n. 4.424, por ser um julgado paradigmático, que considerou a necessidade de proteção à mulher como finalidade norteadora dos dispositivos da Lei Maria da Penha e dificuldades verificadas em sua implementação.

### **1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE VITIMOLOGIA E GÊNERO**

O confisco da vítima, de acordo com ZAFFARONI, é uma das vigas nas quais se assenta o poder punitivo ao lado do patriarcado e o estabelecimento da verdade pela interrogação violenta. O processo não mais atende aos interesses de quem foi vitimado, como nas reparações entre tribos e nas ordálias, vigentes até os séculos XII e XIII, mas sim aos interesses do poder político que passa

também a ser poder punitivo<sup>1</sup>. A vítima já não mais representa seus interesses, mas aqueles da sociedade. É sujeito apenas na medida em que o dano social se manifesta em seu bem jurídico<sup>2</sup>.

O olhar das ciências criminais se volta para a vítima em decorrência, principalmente, da enorme vitimização provocada pela Segunda Guerra Mundial, considerada termo inicial da moderna vitimologia. Antes, porém, a escola positiva italiana, na obra de Garofalo, já debatia formas de compensação às vítimas em certos delitos<sup>3</sup>.

Na América Latina, o México surge como protagonista, em 1969, com a criação de um sistema de auxílio e proteção à vítima. Anos mais tarde, em 1985, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprova a Declaração sobre os princípios fundamentais de justiça para as vítimas de delitos e do abuso de poder, vindo a vitimologia a ganhar maior respaldo acadêmico em grupos de debate do XI Congresso Internacional da Sociedade Internacional de Criminologia, realizado em Budapeste em 1993.<sup>4</sup>

Quanto à metodologia, esta ciência se propõe a ser empírica e interdisciplinar, voltando seus esforços para a realidade social. Segundo BERISTAIN, apesar de se aproximar da criminologia, ela representa uma ruptura na ciência penal que se pretende total:

A vitimologia ultrapassa o âmbito, geralmente admitido, da ciência *total* do direito penal, que abraça a dogmática juridicopenal, a política criminal e a criminologia. Trata-se de uma fecunda ruptura paradigmática. A vitimologia pode e deve enriquecer, radicalmente, a teoria e a práxis do nosso controle social e, em especial, do Poder Judiciário (penal).<sup>5</sup>

A Lei Maria da Penha, n. 11.340/2006, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, é um dos exemplos brasileiros de mudanças legislativas e procedimentais voltadas às vítimas, seja para sua

---

<sup>1</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El discurso feminista y el poder punitivo. In: BIRGIN, Haydée. *Las trampas del poder punitivo: el género del derecho penal*. Buenos Aires: Biblos, 2000, p. 19-22.

<sup>2</sup> “No plano da legislação de direito material, o papel da vítima consiste e continuará consistindo em ser o sujeito que representa a sociedade, o sujeito no qual o dano social se manifesta. Como se sabe, a idéia de dano social, que foi desenvolvida no iluminismo e até hoje domina terminologicamente a discussão anglo-americana foi levada adiante na Alemanha, por meio do conceito de bem jurídico, cuja lesão ou destruição fundamenta o dano social. A vítima é portadora do bem jurídico”, in: SCHÜNEMANN, Bernd. A posição da vítima no sistema de justiça penal: um modelo de três colunas. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo. *Temas de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 6.

<sup>3</sup> Nos dizeres de Garofalo: “A palavra “substitutivo” só poderia indicar uma sucessão, ou seja, um modo de repressão diverso daquele que ordinariamente se chama penal; a exemplo a coação ao pagamento da indenização ao ofendido, meio que, como diremos mais adiante, será por nós proposto em substituição ao cárcere ou multa para alguns crimes”, vide: GAROFALO, Raffaele. *Criminologia: Studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*. Torino: Fratelli Bocca, 1885, p. 201. Tradução livre do italiano.

<sup>4</sup> BERISTAIN, Antonio. *A nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*. Brasília: UNB, 2000, p. 83-87.

<sup>5</sup> BERISTAIN, Antonio, *op. cit.*, p. 123.

proteção, seja para o seu protagonismo. É resultado da luta de movimentos feministas contra a invisibilidade da violência sofrida pela mulher e, principalmente, sua prevenção<sup>6</sup>. Em comentário à lei mencionada, SOUZA advoga que o sentido desta está em:

[...] impor a adoção de políticas públicas para resguardar os Direitos Humanos das Mulheres (art.3º) e superar as assimetrias de poder. Esse é marcadamente o sentido da Lei “Maria da Penha”, muito mais de cunho socioeducativo e de promoção de políticas públicas do que de punição do agressor.

Salienta-se, como sustenta COELHO NETTO e BORGES, que a teoria crítica feminista: “tem como pressuposto básico a escolha clara de uma posição política de transformação social, no sentido de contribuir com a construção da equidade entre homens e mulheres”<sup>7</sup>. Já ZAFFARONI argumenta que a importância do discurso feminista reside no: “[...] fato de que não seja um discurso antidiscriminatório, mas sim o *discurso antidiscriminatório por excelência*”<sup>8</sup>, visto que abrange mais da metade da população.

Apesar de seu potencial transformador e da busca por igualdade entre os gêneros, frequentemente os movimentos feministas são associados ao punitivismo de esquerda, aquele que demanda punição às condutas geralmente imunes à intervenção do poder punitivo, como sustenta KARAM:

Na história recente, o primeiro momento de interesse da esquerda pela repressão à criminalidade é marcado por reivindicações de extensão da ação punitiva a condutas tradicionalmente imunes à intervenção do sistema penal, surgindo fundamentalmente com a atuação de movimentos populares, portadores de aspirações sociais de grupos específicos, como os movimentos feministas que, notadamente a partir dos anos 70, incluíram em suas plataformas de luta a busca de punições exemplares para atores de atos violentos contra mulheres [...] <sup>9</sup>.

Entretanto, acredita-se que o movimento feminista, que foi o grande incentivador da Lei Maria da Penha, não seja unitário, mas diverso, como a maioria dos movimentos sociais de massa, como argumenta SOUZA “O movimento feminista já nasceu fragmentado, com diferentes manifestações e objetivos” <sup>10</sup>. Se é verdade que há demanda punitiva dentro do movimento

---

<sup>6</sup> SOUZA, Luanna T. Demanda penal e violência doméstica e familiar cometida contra a mulher no Brasil. *Revista Ártemis*, v. 13, jan.-jul., 2012, p. 144-160, p. 144.

<sup>7</sup> COELHO NETTO, Helena Helkin; BORGES, Paulo César Corrêa. A mulher e o direito penal brasileiro: entre a criminalização pelo gênero e a ausência de tutela penal justificada pelo machismo. *Revista de estudos jurídicos UNESP*, Franca, n. 25, v. 17, 317-336, 2013, p. 318.

<sup>8</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, p. 26. Tradução livre do espanhol.

<sup>9</sup> KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. In *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, ano 1, n. 1, 1996, p. 79.

<sup>10</sup> SOUZA, Luanna T., *op. cit.*, p. 144.

feminista, também existe resistência a ela, principalmente do feminismo negro. Como bem explica ARRAES:

[...] outra perspectiva das relações entre mulheres e homens negros se dá pelos âmbitos familiares. Uma mulher branca de classe média dificilmente se preocupará com a violência policial que ceifará a vida do irmão, pai ou filho. Essa é uma pauta muito precisa das feministas negras e revela como até mesmo as relações de gênero se desdobram de maneiras pouco delimitadas pelo puro debate sobre o machismo.<sup>11</sup>

Para ZAFFARONI, a armadilha do poder punitivo que envolve os discursos antidiscriminatórios, ou seja, encampar algumas de suas pautas para neutralizar seu poder transformador, é melhor percebida quando seus protagonistas provêm de setores marginalizados com experiência direta com o exercício discriminante desse poder<sup>12</sup>. Com isso, deseja-se argumentar que nem todo movimento feminista tem pautas punitivistas, quando suas integrantes por sua cor ou classe social têm maior contato com a letalidade do poder punitivo, tendem em maior grau a refutá-lo como solução<sup>13</sup>. Nas duras palavras de MOURA: “Mulheres negras lutam para que seus filhos não sejam mortos na mão do Estado por serem negros e pobres”<sup>14</sup>.

Como argumenta ROMIO, a vitimização da mulher branca e da mulher negra obedece a padrões diferentes, cujo fator racismo institucional no momento do registro da ocorrência também tem que ser considerado<sup>15</sup>:

De uma maneira geral, fica nítida na leitura dos dados que a agressão física obedece padrões diferenciados para as mulheres segundo raça/cor. As dinâmicas familiares e de gênero pareceram diferentes nas justificativas, nos contextos e nos perfis de vitimização para as mulheres negras e brancas. É importante ressaltar a forte marca da violência doméstica contida nas agressões contra as mulheres

---

<sup>11</sup> ARRAES, Jarid. Feminismo negro: sobre minorias dentro da minoria. Disponível em: <http://www.revistaforum.com.br/digital/135/feminismo-negro-sobre-minorias-dentro-da-minoria>. Acesso em: 04 de ago., 2016.

<sup>12</sup> ZAFFARONI, Egenio Raúl, *op. cit.*, p. 30.

<sup>13</sup> Segundo análise empreendida por ROMIO nos dados oferecidos pelo suplemento “Características da vitimização e do acesso à justiça no Brasil” da Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílio de 2009, as mulheres negras declararam procurar menos a polícia quando sofrem violência, a diferença aumenta em 10 pontos percentuais quando se trata de violência cometida pelo (ex)cônjuge, vide: ROMIO, Jackeline Aparecida Ferreira. A vitimização de mulheres por agressão física, segundo raça/cor no Brasil. In: MARCONDES, Mariana Mazzini (et. al.). *Dossiê mulheres negras: retrato das condições de vida das mulheres negras no Brasil*. Brasília: Ipea, p. 133-158, 2013, p. 152.

<sup>14</sup> MOURA, Gabriela. *(Algumas) Diferenças entre feminismo branco e feminismo negro*. Disponível em: <http://www.naomekahlo.com/#!/Algumas-Diferencas-Entre-Feminismo-Branco-e-Feminismo-Negro/c1a1n/FD238321-5F0C-42A7-AB6B-315EC16B6612>. Acesso em: 04 de ago., 2016.

<sup>15</sup> O racismo institucional conduz ao que em vitimologia se convencionou chamar de vitimização secundária, cuja definição é dada por BERISTAIN: “Por vitimação secundária entende-se os sofrimentos que as vítimas, as testemunhas e majoritariamente aos sujeitos passivos de um delito lhes impõem as instituições mais ou menos diretamente encarregadas de fazer “justiça”: policiais, juizes, peritos, criminólogos, funcionários de instituições penitenciárias”, vide: BERISTAIN, Antonio, *op. cit.*, p. 105.

negras, a extrapolação da violência conjugal para ambientes fora das “quatro paredes” e as dificuldades diferenciadas no momento da queixa.<sup>16</sup>

Ressalta-se que, além das variantes cor e classe social, a teoria feminista não é unitária em estabelecer o papel da mulher apenas como vítima da violência. Segundo a teoria da dominação masculina, a violência é um instrumento de dominação da mulher pelo homem, sendo que essa ideologia é reproduzida por ambos os gêneros. Já a teoria da dominação patriarcal diz ser a violência expressão do patriarcado, comungando de posturas marxistas<sup>17</sup> e, por fim, a teoria relacional aduz que a violência é uma forma de comunicação em que a mulher é mais do que vítima, participante<sup>18</sup>.

À vitimologia são caras as pesquisas empíricas para determinar como os entes estatais reagem frente às necessidades daquelas que sofrem violência doméstica e familiar, para que também se possa mesurar o preparo e sensibilidade do poder para lidar com mulheres já muito abaladas emocionalmente, a fim de que não haja mais vitimização secundária e terciária, bem como para estabelecer em que medida as variáveis (cor, classe social, orientação sexual) se combinam, gerando maior vulnerabilidade. Lembrando que o próprio artigo 8º, II, da Lei 11.340/2006 já determina como diretriz da política pública:

[...] a **promoção de estudos e pesquisas, estatísticas** e outras informações relevantes, com a **perspectiva de gênero e de raça ou etnia**, concernentes às causas, às conseqüências e à freqüência da violência doméstica e familiar contra a mulher, para a sistematização de dados, a serem unificados nacionalmente, e a **avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas**. [grifa-se]

Além do que a ciência vitimológica se volta não ao castigo, mas às possibilidades de aplicação de medidas resolutivas de conflitos sociais, maximizando-se a prevenção e evitando-se sempre que possível a sanção penal e o tradicional interim do processo penal, como propõe BERISTAIN:

---

<sup>16</sup> ROMIO, Jackeline Aparecida Ferreira, *op. cit.*, p. 154.

<sup>17</sup> “As mulheres pobres continuam sendo vítima de todo tipo de violência doméstica e social; fora dos grandes centros, nas sociedades menos dinâmicas, as mulheres continuam vivenciando situações típicas de uma sociedade patriarcal do velho estilo”, p. 253, vide: OLIVEIRA, Tânia Felicidade C. Lino; CARNEIRO, Ana Mary C. Lino. A mulher: classe social e violência. In: LEAL, César Barros; PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Violência e vitimização: a face sombria do cotidiano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 249-257, p. 253.

<sup>18</sup> SOUZA, Luanna T., *op. cit.*, p. 151-152. Souza critica a teoria relacional por ela desconsiderar as relações de poder existentes entre os gêneros. Segundo ARAGÃO, a mulher se nega a ser vítima, assumindo posição de sujeito do seu próprio discurso, vide: ARAGÃO, Selma. A vitimização da mulher. In: LEAL, César Barros; PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Violência e vitimização: a face sombria do cotidiano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 239-247, p. 247.

Urge que se programe uma radical, mas inteligente, desjuridização do controle social penal, especialmente no referente à prevenção da vitimação e à assistência à vítima do delito, e da seguinte vitimação secundária e terciária. Isso exige uma extensa participação ativa da vítima, como protagonista da restauração, mediação, conciliação e reconciliação. Urge que se conceba uma nova estruturação da resposta (que a sociedade programe e realize) ao delito e a violência, com método não expiacionista, nem vingativo, senão restaurativo e, melhor ainda, criativo, recreativo.<sup>19</sup>

Se a Lei Maria da Penha veta que seja aplicado o rito dos Juizados Especiais Criminais, isso não quer dizer que não se deva pensar seriamente em respostas restaurativas que privilegiem e deem voz à vítima, capacitando os servidores da justiça para que mecanismos não punitivos ganhem corpo e, realmente, se prestem aos anseios da vítima, que podem extrapolar a mera vingança, e às deficiências do agressor, como sua a reabilitação e reeducação em centros específicos para este fim previstos pela sobredita Lei.

Se o movimento feminista não se atentar para as respostas não expansivas do Direito Penal, pode correr o risco de perder seu conteúdo ético, instrumentalizando o agressor (cuja punição tem mais conteúdo simbólico do que qualquer eficácia), neutralizando seu discurso na sua própria sanha punitivista, anulando inclusive especificidades da mulher negra e pobre. Como bem argumenta ZAFFARONI “Nada impede que haja uma lei penal antidiscriminatória, mas ninguém deve crer que com ela se esgote a reivindicação antidiscriminatória, e não deve servir para legitimar ainda mais o poder punitivo nem habilitá-lo para que recaia sobre os próprios discriminados”<sup>20</sup>.

## **2. A PREVALÊNCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS NA LEI MARIA DA PENHA**

Conforme sobredito, a Lei Maria da Penha busca ampliar a tutela dos hipossuficientes, a partir de um reconhecimento recíproco e com base na igual consideração e respeito entre os cidadãos no Estado Democrático de Direito<sup>21</sup>.

Dessa forma, em uma primeira leitura, é possível que se tenha impressão semelhante, de que, realmente, a Lei Maria da Penha utilizou-se de quantidade expressiva de medidas penais para alcançar os seus objetivos. Ocorre que, se analisada com cautela, pode-se notar que, na verdade, a lei em questão traz poucos dispositivos penais, tendo como destaque medidas exclusivamente adstritas ao Direito Civil e ao Direito Administrativo.

---

<sup>19</sup> BERISTAIN, Antonio, *op. cit.*, p. 124.

<sup>20</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, p. 36, tradução livre do espanhol.

<sup>21</sup> STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Vinicius de Melo. Lei Maria da Penha: uma concretização de direitos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 111, p.333-357, nov./dez. 2014, p. 341.

De fato, a Lei Maria da Penha representou um aumento da repressão penal, uma vez que excluiu a conciliação nos Juizados Especiais Criminais, estabelecendo que a violência doméstica e familiar fosse processada pelo rito ordinário do processo penal. Também houve o acúmulo de competências cíveis e penais (art. 14, Lei 11.340/06); o aumento de pena para o crime de lesão corporal (art. 129, parágrafo 9º do Código Penal); a ampliação de agravante genérica (art. 61, II, f, mesmo diploma); bem como a possibilidade de decretação de prisão preventiva quando há a violação das medidas protetivas estabelecidas pela lei (art. 20, Lei 11.340/06 e art. 313, III do Código de Processo Penal).

Está prevista expressamente a vedação da aplicação de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária ou a substituição de pena que implique o pagamento exclusivo de multa. Note-se, aqui, que não há uma vedação absoluta da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, o que, certamente, violaria o princípio da individualização da pena, mas apenas uma limitação das penas que possuam cunho pecuniário.

Outra alteração penal realizada foi a já mencionada inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95 aos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, retirando, portanto, a possibilidade de aplicação das medidas despenalizadoras e trazendo de volta a autorização da prisão em flagrante <sup>22</sup>. Isso se justifica porque os crimes que envolvem violência contra a mulher passam, nesse momento, a não serem mais considerados, pelo ordenamento jurídico brasileiro, crimes de menor potencial ofensivo. Ao mesmo tempo em que se produz um efeito simbólico da não aceitação da violência contra a mulher, desprivilegia-se a desjudicialização, tão cara à vitimologia, tirando o protagonismo da vítima na resolução do conflito.

Por fim, o art. 44 alterou o preceito secundário do § 9º do art. 129 do Código Penal, diminuindo a pena mínima de seis meses para três meses e aumentando a pena máxima de um para três anos. Essa modalidade qualificada do crime de lesão corporal prevê as lesões praticadas contra cônjuge ou companheiro ou quando se prevalece de relações domésticas.

Por outro lado, a lei em questão traz uma grande quantidade de medidas destinadas à vítima e ao agressor a fim de proteger a mulher em situação de violência familiar ou doméstica, que não possuem natureza penal. Dentre as medidas protetivas de urgência direcionadas ao agressor, previstas no artigo 22 da Lei Maria da Penha, pode-se mencionar o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima; a proibição de aproximação da ofendida e de seus familiares, sendo estipulado um limite mínimo de distância que o acusado

---

<sup>22</sup>MELLO, Marília Montenegro P. de; ROSENBLATT, Fernanda Fonseca; MEDEIROS, Carolina Salazar L'armée Queiroga de. Precisamos conversar sobre os efeitos não declarados da lei "Maria da Penha". *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 24, n. 285, p.18-19, ago. 2016



deve respeitar; a limitação de contato por qualquer meio de comunicação; a proibição de frequentar determinados lugares; a restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores; a prestação de alimentos; e a suspensão da posse ou do porte de armas.

Em relação àquelas medidas voltadas à vítima, está previsto, nos artigos 23 e 24, o seu encaminhamento, juntamente com seus dependentes, a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento; a sua recondução ao seu domicílio, após o afastamento do agressor; o seu afastamento do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos ou alimentos e a separação de corpos. Há, ainda, uma série de previsões cíveis que buscam a tutelar o patrimônio da sociedade conjugal ou o exclusivo da mulher, tais como a restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor da ofendida; a proibição temporária para a celebração de atos de compra e venda ou locação de propriedade comum e a suspensão de procurações conferidas pela vítima em favor do acusado.

O juiz pode também dar acesso prioritário à remoção da vítima quando ela for servidora pública e garantir a manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho (art. 9º, § 2º, I e II) e, finalmente, garantir a proteção policial para fornecer o transporte para a ofendida para local seguro ou acompanhá-la para a retirada dos seus pertences do seu domicílio (art. 11, III).

Assim, é de se notar a expressiva quantidade de medidas não penais fornecidas pela Lei Maria da Penha para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Não se ignora o fato de que a mencionada lei traz, realmente, alguns dispositivos penais, os quais, vale ressaltar, não relegam – ou, ao menos, não deveriam – todas as alternativas apresentadas anteriormente.

Com base no mapeamento realizado, salta aos olhos como a intervenção do Direito Penal não é protagonista na Lei Maria da Penha em relação às demais medidas lá estabelecidas. Assim, justamente, por se reconhecer a falência do Direito Penal por inúmeras razões, identificou-se uma tendência, principalmente na América Latina, de edições de legislações que procuram tratar a questão por meio de dispositivos voltados a propostas preventivas e educativas, sem uma grande dimensão criminalizante<sup>23</sup>.

Nesse sentido, a Lei Maria da Penha possui proposta de

[...] combinar a mínima intervenção punitiva, por intermédio da mínima majoração da pena no crime de lesão corporal de natureza leve, com a máxima intervenção social, através de amplas políticas públicas destinadas a prevenir

---

<sup>23</sup>MACHADO, Isadora Vier; ELIAS, Maria Lógica G. Gramado. A lei Maria da Penha completa nove anos: é possível trilhar caminhos para além de sua dimensão simbólica?. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 24, n. 281, p.14-15, abr. 2016

essas violências. As inúmeras medidas preventivas da Lei estão destinadas a maior proteção da vítima, haja visto a possibilidade de incremento da violência com consequente ocorrência de crimes mais graves. A existência de um inquérito policial *per se* não significa a aplicação da pena mais rigorosa, mas o fato de que os crimes agora vinculam-se a delito específico, pode ajudar na mudança da cultura jurídica do tratamento da violência de gênero no país<sup>24</sup>.

Após esse embasamento teórico e legal, optou-se por fazer um estudo de caso para compreender como a aplicação prática da Lei Maria da Penha tenta compensar a ineficiência dos investimentos estatais nas medidas de natureza diversa para privilegiar o uso do Direito Penal, ampliando a punitividade da lei.

### **3. ANÁLISE DO JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.424**

As previsões protetivas previstas na Lei Maria da Penha são reconhecidamente não aplicadas. É patente a ineficiência das Delegacias das Mulheres até juízes que tentam conciliar réu e vítima contra a vontade desta, tratando a violência doméstica como mais um conflito familiar, que goza de grande tolerância em nossa sociedade.

Como exemplo da ineficiência citada, pode-se apontar a instalação, em 2012, de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI), criada “com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência”<sup>25</sup>.

Esse trabalho constatou que, apesar das previsões legais, na prática, faltam funcionários capacitados para lidar com o problema, a maioria dos serviços somente estão disponíveis nas capitais ou nas grandes metrópoles, faltando rede de atendimento na maior parte do país<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup>CAMPOS, Carmen Hein de. Lei Maria da Penha: mínima intervenção punitiva, máxima intervenção social. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 73, p. 244-267, jul./ago. 2008

<sup>25</sup> SENADO FEDERAL. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra a Mulher. Relatório Final. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=130748&>. Acesso em 10 ag. 2016.

<sup>26</sup> Essa deficiência é relatada por defensores públicos, como Oliveira, que, fazendo uma metáfora com a história de “Alice no País das Maravilhas”, aduz: “A Toca do Coelho [Juizado de Violência Doméstica e Familiar] não possui mecanismos preventivos, como a educação em direitos, a luta contra a cultura machista, uma equipe multidisciplinar que realize esse trabalho efetivamente e, também, não sei se somente uma Toca do Coelho pode abrigar tantas violações aos direitos das Alices [mulheres].”, in: OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares de. *Juizado de Violência Doméstica e Familiar: a Toca do Coelho de histórias sem finais felizes*. Disponível em: <http://justificando.com/2015/10/19/juizado-de-violencia-domestica-e-familiar-a-toca-do-coelho-de-historias-sem-finais-felizes>. Acesso em: 04 de ago., 2016.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por sua vez, em cartilha denominada “O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Pena”<sup>27</sup>, também constata que as varas/juizados especializados estão concentradas nos grandes centros urbanos e nas regiões metropolitanas das capitais, havendo também desnível entre os estados na implementação dessa estrutura.

Enquanto há comprovada falta de investimentos em políticas públicas de proteção à mulher, o Poder Judiciário, em vista dessa deficiência, muitas vezes responde com o Direito Penal, como se este fosse apto a proteger a vítima de violência doméstica ou instrumento de transformação social.

Um exemplo disso pode ser visto claramente no julgamento da ADI 4.424 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 09.02.2012, que julgou os artigos 12, inciso I<sup>28</sup>; 16<sup>29</sup>; e 41<sup>30</sup> da Lei 11.340/2006. Decidiu-se, por maioria de votos, que a ação penal por lesão corporal, no âmbito da Lei Maria da Pena, seria de natureza pública incondicionada, ou seja, sem a necessidade de representação da vítima, apesar de previsão contrária no artigo 16 da lei. Também foi julgada constitucional a inaplicabilidade dos Juizados Especiais para julgar os crimes cometidos no âmbito da Lei Maria da Pena.

Dentre inúmeros argumentos suscitados para tanto, podemos citar quatro principais: a) a necessidade de proteção à mulher; b) a garantia de igualdade material, assumindo-se a posição de vulnerabilidade da vítima de violência doméstica; c) os instrumentos internacionais de direitos humanos e combate à violência doméstica; d) e a necessidade de coibir a violência pelo agressor, por meio do efeito intimidatório da ação penal.

A necessidade de proteção à mulher, como principal fundamento da decisão do STF para afastar a aplicação da Lei n. 9.099/95 e tornar a ação penal para lesões corporais pública incondicionada, compõe um discurso que destaca a importância da atuação estatal na violência doméstica, bem como o vício na espontânea manifestação da vontade pela mulher inserida no ciclo da violência e seu medo de represálias pelo agressor.

Por exemplo, no voto do Relator Ministro Marco Aurélio:

---

<sup>27</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Pena. Brasília, 2013. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/programas/lei-maria-da-penha/cartilha\\_maria\\_da\\_penha.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/lei-maria-da-penha/cartilha_maria_da_penha.pdf). Acesso em 10 ag. 2016.

<sup>28</sup> Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal: I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada.

<sup>29</sup> Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

<sup>30</sup> Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Não se coaduna com a razoabilidade, não se coaduna com a proporcionalidade, **deixar a atuação estatal a critério da vítima, a critério da mulher, cuja espontânea manifestação de vontade é cerceada por diversos fatores da convivência no lar, inclusive a violência a provocar o receio, o temor, o medo de represálias. Esvazia-se a proteção**, com flagrante contrariedade ao que previsto na Constituição Federal, especialmente no § 8º do respectivo artigo 226, no que admitido que, verificada a agressão com lesão corporal leve, possa a mulher, depois de acionada a autoridade policial, atitude que quase sempre provoca retaliação do agente autor do crime, vir a recuar e a retratar-se em audiência especificamente designada com tal finalidade, fazendo-o – e ao menos se previu de forma limitada a oportunidade – antes do recebimento da denúncia, condicionando-se, segundo o preceito do artigo 16 da Lei em comento, o ato à audição do Ministério Público. [grifa-se]

Dada procedência total à ação pelo Relator Ministro Marco Aurélio, a Ministra Rosa Weber o acompanha, fundamentando sua decisão, entre outras, na dignidade da pessoa humana e, mais uma vez, na necessidade de proteção da mulher, que geralmente está inserida em uma relação de dependência e em situação de vulnerabilidade física e emocional. Ainda sustenta:

Entendo que a eficácia esperada dos mecanismos destinados a assegurar à mulher suficiente proteção contra a violência doméstica resultaria fortemente prejudicada se condicionada a persecução penal à representação da ofendida. Diante das condições especiais em que são perpetrados os atos de violência doméstica, tal condicionamento implicaria privar a vítima de proteção satisfatória a sua saúde e segurança.

Para o Ministro Luiz Fux, que também seguiu o relator, a questão também se relacionava com a proteção da mulher e a necessidade de ações afirmativas que, para ele, necessariamente perpassa a utilização do Direito Penal. Entende que, havendo deveres de proteção impostos ao Estado pela Constituição Federal e sendo o Direito Penal o guardião dos bens jurídicos mais relevantes, a sua efetividade é condição para o desenvolvimento da dignidade humana, pois a sua ausência representaria proteção deficiente dos valores constitucionais.

O Ministro Luiz Fux, ainda, sustenta que o condicionamento da ação penal à representação da vítima seria um obstáculo à sua proteção, fundamentando-se nos arts. 5º, XLI<sup>31</sup>, e 226, § 8º<sup>32</sup>, ambos da Constituição Federal.

É necessário um posicionamento crítico em relação ao voto do Ministro Luiz Fux, uma vez que a proteção dos valores constitucionais pode ser feita por

---

<sup>31</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

<sup>32</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

outros mecanismos que não os penais. A utilização do direito penal deve ser restrita às lesões mais graves aos bens jurídicos mais caros, do contrário banaliza-se e perde sua força, virando direito penal máximo, o que não se coaduna com os paradigmas de um direito penal democrático ou mínimo (com ancora em posturas minimalistas e garantistas).

A Ministra Cármen Lúcia também segue o relator, com fundamento na necessidade de intervenção estatal na violência doméstica, tradicionalmente invisível, bem como na finalidade de proteção da lei.

Acompanha esse entendimento o Ministro Joaquim Barbosa, ressaltando o objetivo da Constituição Federal em proteger grupos sociais que estão em situação de vulnerabilidade. Importante frisar, aqui, que ele assume a ineficiência da lei em proteger as mulheres, entendendo que, nesses casos, é dever da Corte Constitucional “reverter essas políticas na busca de uma outra direção que vá, esta, sim, no sentido da proteção. E é o que ocorre aqui.”

Por sua vez, o Ministro Ayres Britto também segue o relator quanto ao vício na manifestação da mulher, mas argumenta com o fato de esta estar inserida em uma relação de opressão e que o oprimido, muitas vezes, não a enxerga e tende a adotar o ponto de vista do opressor. Considera a lei essencial para a quebra de paradigmas em uma sociedade patriarcal e machista.

Ainda, quanto à proteção, sustenta que a lei “protege a agredida dela mesma, da sua excessiva condescendência”. Dessa forma, apesar de assumir como verdadeira a vulnerabilidade da mulher nos casos de violência, não acredita que ela possa se tornar sujeito de seu próprio discurso.

O Ministro Celso de Mello, acompanhando o relator, fundamentou-se nos instrumentos internacionais de direitos humanos e de proteção à mulher, bem como por meio de uma interpretação da lei como mecanismo de transformação social.

**Veja-se, pois, considerados** todos os aspectos que venho de ressaltar, **que o processo de afirmação** da condição feminina **há de ter, no Direito, não** um instrumento de opressão, **mas** uma fórmula de libertação **destinada a banir, definitivamente,** da práxis social, **a deformante** matriz ideológica **que atribuía, à dominação patriarcal,** um odioso estatuto de hegemonia **capaz de condicionar** comportamentos, **de moldar** pensamentos **e de forjar** uma visão de mundo absolutamente **incompatível** com os valores **desta** República, **fundada** em bases democráticas e cuja estrutura se acha modelada, *dentre outros signos que a inspiram*, pela igualdade de gênero e pela consagração dessa *verdade evidente* (a ser constantemente acentuada), **expressão** de um autêntico espírito iluminista, **que repele** a discriminação **e que proclama** que homens e mulheres, **enquanto** seres integrais e concretos, são pessoas **igualmente dotadas** de razão, de consciência **e** de dignidade.

A ineficiência das previsões legais em proteger a mulher é reconhecida ao longo do acórdão, sendo que o Ministro Celso de Mello recorre ao pronunciamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>33</sup> no exame concreto do crime cometido contra Maria da Penha Maia Fernandes, que destaca a tolerância do Estado brasileiro quanto à violência doméstica.

Em seu voto, o ministro Ayres Britto reconhece as dificuldades pelas quais as mulheres passam, inclusive no contato com a polícia, para que a violência que sofre seja levada a sério, indo de encontro à ideia defendida pelos movimentos feministas de que a violência doméstica é crime. Destaca a culpabilização da mulher pela violência sofrida, reconhecendo a necessidade da quebra de paradigmas em uma sociedade patriarcalista.

Rosa Weber, por sua vez, constata a ineficiência da Lei 9.099/95 no combate à violência doméstica, principalmente pelas práticas das instâncias formais no sentido de reduzir a relevância daquela forma de violência e tentativas de compelir a composição entre as partes. Nesse mesmo sentido, BERINSTAIN alerta que, quando os serviços públicos direcionados a vítima tentam conciliar a qualquer custo, sem que o conflito seja solucionado, “correm o perigo de tapar uma ferida sem limpá-la previamente”<sup>34</sup>

Já o Ministro Gilmar Mendes, apesar de seguir o Relator, expõe algumas preocupações, como o fato de a proteção constitucional da mulher não configurar um mandato de criminalização, deixando ao legislador a opção pelo tratamento do tema no plano penal ou administrativo. Faz, então, uma ressalva quanto à fundamentação dos colegas, questionando se o Direito Penal (e a ação penal pública incondicionada) seria a melhor forma de proteção.

Único voto divergente, o Ministro Cezar Peluso, defende a liberdade da mulher em não prestar queixas contra seus companheiros:

Isso significa o exercício do núcleo substancial da dignidade da pessoa humana, que é a responsabilidade do ser humano pelo seu destino. O cidadão é o sujeito de sua história, é dele a capacidade de se decidir por um caminho, e isso me parece que transpareceu nessa norma agora contestada.

---

<sup>33</sup> [...] essa violação segue um padrão discriminatório com respeito a tolerância da violência doméstica contra mulheres no Brasil por ineficácia da ação judicial. A Comissão recomenda ao Estado que proceda a uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar a responsabilidade penal do autor do delito de tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Fernandes e para determinar se há outros fatos ou ações de agentes estatais que tenham impedido o processamento rápido e efetivo do responsável; também recomenda a reparação efetiva e pronta da vítima e a adoção de medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra mulheres. Vide: COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório Anual 2000: Caso Maria da Penha Maia Fernandes. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 15, ago., 2016.

<sup>34</sup> BERISTAIN, Antonio, *op. cit.*, p. 93.

Ainda, pondera que talvez a ação penal pública incondicionada faça com que as mulheres deixem de sequer comunicar o crime, por saberem que não poderão influir na ação posteriormente.

## **CONCLUSÃO**

Dessa forma, constatada, pelo Poder Judiciário, a falta de implementação de políticas públicas protetivas – como a rede de atendimento à vítima, bem como a tolerância com relação à violência doméstica e o medo da mulher em prosseguir com a ação penal em decorrência das represálias que pode sofrer –, a resposta que oferece consiste na retirada da autonomia da vítima e a ampliação da atuação estatal por meio do Direito Penal.

Ao invés de provocar a efetivação dos mecanismos protetivos de naturezas administrativa e civil previstos na Lei Maria da Penha, lança-se mão do Direito Penal como forma de compensação. No entanto, esse instrumento é, em si, ineficiente para essa finalidade, pois não retira a mulher do ambiente abusivo no qual está inserida e também não a ajuda a abandonar sua condição de vulnerabilidade.

Não apenas isto deixa de fora diversas formas de violência que podem ser infligidas às mulheres, e que não estão tipificadas, deixando-a desamparada nos diversos cenários em que necessita da assistência estatal, como também faz com que se busque a judicialização do conflito, especificamente na seara penal, em busca da prometida proteção.

Melhor seria se o esforço estatal se concentrasse em medidas que, de fato, promovam a proteção da mulher e mesmo a conscientização do agressor (ao invés de sua instrumentalização), juntamente com o restante da sociedade, para que a violência doméstica seja coibida em diversas frentes, como deve ocorrer com mudanças estruturais.

Pode-se citar, para este fim, o desenvolvimento de medidas de resolução de conflitos sociais e maximização da prevenção, com a conseqüente diminuição da atuação do sistema penal; que promovam o protagonismo da vítima no enfrentamento da violência sofrida, também por meio de seu empoderamento, com finalidades que extrapolem a vingança e se voltem para as deficiências do agressor; e o aumento das respostas restaurativas.

Questiona-se, por fim, o quanto a demanda punitiva de parcela do movimento feminista consiste em uma mera contradição interna deste ou decorre da experiência com a modalidade de proteção – via de regra, punitiva – que se obtém do Estado.





# TRAVESTI E PROSTITUTA: GÊNERO, VIOLÊNCIA E INTERFACES DA VITIMIZAÇÃO

## TRANSVESTITE AND PROSTITUTE: GENDER, VIOLENCE AND INTERFACES OF VICTIMIZATION

VICTOR SIQUEIRA SERRA

*Bacharel e Mestrando em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Franca (Unesp). Membro do DIVERGENTE (Grupo de Pesquisa em Gênero, Poder e Resistências), do NEPAL (Núcleo de Estudos e Pesquisa em Aprisionamentos e Liberdades) e do CEL (Grupo de Extensão Cárcere, Expressão e Liberdade). Bolsista CAPES.*

**RESUMO:** Os entrelaçamentos entre a construção política da identidade travesti e os espaços de prostituição revelam a vulnerabilidade em que vivem no Brasil – em decorrência de diversos processos sociais de exclusão e violência a que estão submetidas cotidianamente. Por um lado, diversas etnografias indicam que grande parte das travestis trabalha nas ruas como prostituta, tem baixa escolaridade e foi expulsa de casa – e, nesses espaços, (re)constrói, aprova e tem aprovado seu gênero. Por outro, estudos criminológicos denunciam a seletividade e a violência do sistema de justiça criminal, especialmente quando mobilizado ao redor da prostituição travesti. A partir de uma criminologia crítica, faz-se uma análise qualitativa de dez acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em 2016, em âmbito criminal, envolvendo travestis, para compreender a rede de relações de poder que as torna vítimas de extrema vulnerabilidade social (vitimização primária) e também do sistema de justiça criminal (vitimização secundária) – e como esses processos se relacionam.

**Palavras-chave:** travesti; prostituição; sistema de justiça criminal.

**ABSTRACT:** *The interweave between the political construction of transvestite identity and the places of prostitution reveal the vulnerability under which these subjects live in Brazil – duo to several processes of exclusion and violence they face every day. On the one hand, different ethnographies denounce the selectivity and violence of the criminal justice system, especially when mobilized around trans prostitution. From a critical criminology perspective, we make a qualitative analysis of ten criminal decisions from the State of São Paulo's Justice Court involving transvestites, to understand the web of relations of power that turn them into victims of extreme social vulnerability (primary victimization) and of the criminal justice system (secondary victimization) – and how these processes relate.*

**Keywords:** *transvestite; prostitution; criminal justice system.*

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho representa as primeiras reflexões decorrentes do campo da minha atual pesquisa de mestrado, provisoriamente intitulada “Gênero(s) em disputa: travestis no discurso judicial criminal paulista”. Portanto, trata-se muito mais de hipóteses levantadas e análises preliminares do que conclusões. Em um sentido mais amplo, busco compreender o lugar das travestis no sistema de justiça criminal paulista, relacionando trabalhos acadêmicos sobre travestis e uma análise qualitativa de dez acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo. Em um sentido mais específico, busco desenvolver um olhar vitimológico sobre a experiência social das travestis entre as ruas e suas representações nas decisões judiciais.

Como lentes teórico-políticas, utilizo a criminologia crítica feminista, os estudos de gênero (interseccionalidade e/ou categorias de articulação) e a análise crítica de discurso. Todo este trabalho, portanto, entende a linguagem e todas as formas de comunicação como relações de poder. Os discursos, constituídos inclusive pelos silêncios<sup>1</sup>, não só reproduzem como também sustentam estruturas de controle social e processos de normatização e normalização. Nesse sentido, o sistema de justiça criminal é um emaranhado de instituições, atores e atrizes que protegem, vitimizam e/ou criminalizam as travestis, por ação ou omissão. Seus discursos tornam-se um *locus* privilegiado de análise porque, por meio deles, é possível compreender a seletividade e os mecanismos do poder punitivo e do sistema de justiça criminal.

Para a análise qualitativa, foram selecionados no site do Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>2</sup>, na busca livre da sessão criminal, os quinze acórdãos mais recentes que contivessem a palavra-chave “travesti”. Cinco deles utilizavam o verbo “travestir” em seu sentido dicionarizado, ou seja, como uma enganação, uma falsificação, e não se referiam a pessoas que se identificam como travestis. Foram, portanto, excluídos da presente análise – embora a utilização deste verbo contenha, por si só, significados linguísticos e políticos importantes.

Ressalta-se que o objetivo aqui não é o de naturalizar o lugar da travesti na sociedade como prostituta. Diversas travestis atuam como professoras, enfermeiras, artistas, maquiadoras, donas de casa, dentre tantas outras ocupações, e alguns trabalhos acadêmicos já discutem essas identidades sob estes outros pontos de vista. No entanto, segundo a ANTRA (Articulação Nacional de Travestis e Transexuais), 90% das travestis estão envolvidas com o trabalho sexual, bem como essa é a ocupação mais presente nos relatos científicos, jornalísticos, artísticos e nos espaços de militância política. E,

---

<sup>1</sup> FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I**: a vontade de saber. 18.ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007.

<sup>2</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. <<http://www.tjsp.jus.br/>>.

conforme se analisará adiante, esse é um dado que também aparece nos acórdãos que compõem o campo analisado. Portanto, embora a existência de exceções constitua um importante lembrete das possibilidades de igualdade e superação dos estigmas baseados no gênero, não se deve construir uma narrativa romântica que apaga a violência sofrida pela maioria dessas pessoas. É a partir dessa perspectiva que o presente trabalho se desenvolve.

## OLHARES VITIMOLÓGICOS NA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

É necessário analisar com cautela o funcionamento do sistema de justiça criminal e o papel de instituições e discursos enquanto constitutivos da (re)produção de desigualdades nas relações sociais. Desde uma criminologia crítica<sup>3</sup>, deve-se investigar não apenas o criminoso capturado pelo sistema de justiça criminal, mas também – e talvez principalmente – de que formas opera tal sistema, pois

o sistema penal não se reduz ao complexo estático das normas penais mas é concebido como um processo articulado e dinâmico de criminalização ao qual concorrem todas as agências do controle social formal, desde o Legislador (criminalização primária), passando pela Polícia e a Justiça (criminalização secundária) até o sistema penitenciário e os mecanismos do controle social informal. Em decorrência, pois, de sua rejeição ao determinismo e aos modelos estáticos de comportamento, o *labelling* conduziu ao reconhecimento de que, do ponto de vista do processo de criminalização seletiva, a investigação das agências formais de controle não pode considerá-las como agências isoladas umas das outras, autosuficientes e autorreguladas mas requer, no mais alto grau, um *approach* integrado que permita apreender o funcionamento do sistema como um todo.<sup>4</sup>

Nesse sentido, as investigações criminológicas devem se dar em torno do papel das instâncias formais que compõem o sistema de justiça criminal e contribuem para a “existência de um processo paralelo de seleção e estigmatização da vítima, fenômeno denominado pela vitimologia como

---

<sup>3</sup> Fala-se aqui em *uma* criminologia crítica porque o presente trabalho compartilha o entendimento das professoras Ana Gabriela Mendes Braga e Paula Pereira Gonçalves Alves de que a criminologia é hoje um arquipélago de saberes que se desenvolvem a partir de conceitos, metodologias e articulações teóricas, políticas e institucionais plurais. Isso não aponta para um descolamento total dessas perspectivas, mas evidencia que apesar de afinidades e diálogos possíveis, não se pressupõe necessariamente uma unidade disciplinar ou teórico-política. Ver: BRAGA, A. G. M.; ALVES, P. P. G. Os lugares da criminologia: uma breve análise da conjuntura do pensamento e epistemologias criminológicas. In: Mônica de Camargo Cortina; Wlatter Cimolin. (Org.). Criminologia Crítica - série Pensar Direito. 1ed. Curitiba: Íthala, 2015, v. II, p. 315-334.

<sup>4</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 24-36, jan. 1995. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819/14313>>. Acesso em: agosto 2016. p. 29.

revitimização”<sup>5</sup>. Para tal discussão, toma-se como foco a vítima em sentido mais amplo, incluindo não somente a vítima de crime, mas também as dos problemas sociais e econômicos. Segundo Larissa Rosa, historicamente o enfoque da política criminal se transforma de modo constante, em um movimento pendular, fazendo com que no futuro seja priorizado algo que foi negligenciado no passado. A perspectiva aqui adotada, que entende vítima (e, portanto, vitimização) de forma mais ampla, se desenvolve principalmente pela “força do movimento feminista, que assinalou o alto grau de vitimização sofrido pelas mulheres; e o surgimento e o impacto das pesquisas de vitimização”<sup>6</sup>. Os estudos criminológicos feministas que fundamentam a presente análise, que utilizam do conceito de gênero enquanto um sistema complexo de relações sociais, buscam romper com as narrativas que fixam as mulheres (neste caso, as travestis) como exclusivamente vítimas e, ao mesmo tempo, buscam compreender os processos de controle social formal e informal que as criminalizam e (re)vitimizam.

Para compreender o controle generificado exercido sobre corpos humanos, a partir de um olhar criminológico e vitimológico, é preciso investigar suas duas dimensões predominantes. Sobre as mulheres, por um lado, operam instâncias informais, como família, escola, igreja, vizinhança, por meio das quais “todas as esferas da vida das mulheres são constantemente observadas e limitadas”<sup>7</sup>. Por outro, o sistema de justiça criminal tem cada vez mais lançado mão de suas instâncias formais, o que se apreende do aumento de mais de 500% no número de mulheres encarceradas nos últimos dez anos<sup>8</sup>.

Sobre as travestis, no entanto, o entrelaçamento entre controles formais e informais se dá de forma específica e, portanto, exige outras reflexões teóricas. Para o presente trabalho, a vitimologia é um campo de estudos dentro da criminologia, com a qual possui “conexões imbricadas, ainda que tenha aspectos particulares”<sup>9</sup>. Tal compreensão permite que se indague sobre vitimização e criminalização como interfaces de um mesmo processo complexo. Se considerado o elevado índice de cifra oculta<sup>10</sup> na realidade brasileira, percebe-se o desencontro existente no sistema de justiça criminal entre a

---

<sup>5</sup> ROSA, Larissa. **O modelo consensual de justiça criminal e a vítima de crime**. 2016. 131 f. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Franca, 2016. p. 14-15.

<sup>6</sup> Idem. p. 17.

<sup>7</sup> ESPINOZA, Olga. A Prisão feminina desde um olhar da criminologia feminista. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, 1 (1), jan-dez/2002. p. 39.

<sup>8</sup> BRASIL, Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional: dados gerais mulheres presas. Infopen Estatística. Brasília: 2014. Disponível em: <<http://www.depen.pr.gov.br>>. Acesso em: agosto de 2016.

<sup>9</sup> ROSA, Larissa. **O modelo consensual de justiça criminal e a vítima de crime**. 2016. 131 f. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Franca, 2016. p. 22.

<sup>10</sup> “Em síntese, as “cifras ocultas” correspondem à porcentagem de crimes não comunicados, registrados ou elucidados pelas instâncias informais de controle”. ROSA, Larissa. Op. cit. p. 29.

elaboração de leis penais (criminalização primária) e os recursos que se dispõem para implementação delas (criminalização secundária).

A análise desses caminhos a serem percorridos pelo poder punitivo expõe a falta de funcionalidade do sistema. O fenômeno da seleção ocorre através de um processo de “filtração escalonado”. O legislador, as vítimas, as testemunhas, a polícia, os promotores de justiça e os tribunais atuam como “filtros” determinantes na eleição de quais acontecimentos devem ser definidos como delitos e quais pessoas devem ser classificadas como delinquentes, com todas as consequências que disto resultam.<sup>11</sup>

Essa seletividade tem diversas interpretações, mas apenas algumas serão exploradas neste trabalho. Desde uma perspectiva vitimológica (e, portanto, criminológica), as travestis são submetidas a “filtragens” no sistema penal que, de diferentes maneiras, as (re)vitimiza e criminaliza.

Parte importante das cifras ocultas decorre da escolha das vítimas em não informar as instâncias formais sobre o crime. Tal escolha relaciona-se diretamente ao funcionamento das instâncias formais de controle, cujos mecanismos desdobram-se em vitimização secundária (revitimização), descrença no sistema de justiça criminal e temor de que seu acionamento resulte em males maiores que a impunidade do autor<sup>12</sup>. Neste sentido, salta aos olhos a constatação de que dentre todos os acórdãos analisados, em nenhum a(s) travesti(s) se encontrava(m) no lugar de vítima(s). Conforme se discutirá adiante, os estigmas que permeiam o “ser travesti” nas ruas são reproduzidos – se não ampliados – no sistema de justiça criminal. Dessa forma, consolida-se nas práticas e discursos institucionais o lugar da travesti como criminosa, desviante, e, portanto, um grupo social que merece punição e não proteção.

As sexualidades e gêneros considerados dissidentes, nesse sentido, seriam algumas das determinantes que certamente provocariam a seleção de certos sujeitos para o sistema penal, sobretudo quando aliados a vulnerabilidades já experimentadas antes do processo de encarceramento, como as que se produzem em razão de classe social, raça/etnia, território, deficiência etc. Além disso, as travestis latino-americanas, em especial as brasileiras, são profundamente sujeitadas a essa seleção por serem também amplamente consideradas sujeitos fora da norma – não somente da norma heterossexual e cisgênera como também em razão de suas classes sociais e raças/etnias – e frequentemente seus comportamentos e modos de vida são considerados potencialmente criminais.<sup>13 14</sup>

---

<sup>11</sup> Idem. p. 30.

<sup>12</sup> ROSA, Larissa. **O modelo consensual de justiça criminal e a vítima de crime**. 2016. 131 f. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Franca, 2016. p. 31.

<sup>13</sup> FERREIRA, Guilherme Gomes. Violência, interseccionalidades e seletividade penal na experiência de travestis presas. **Temporalis**, Brasília, v.14, n. 27, jan./jun. 2014. p. 99-117. p. 106.

<sup>14</sup> “Cisgênero” é o termo que se refere às pessoas que não são trans nem travestis, ou seja, que se reconhecem no gênero que lhes foi designado no nascimento.

Por um lado, o Brasil é o país que mais mata travestis e transexuais no mundo<sup>15</sup>, muito embora não apareçam como vítimas nos acórdãos analisados. Essas pessoas em geral não estão inseridas no mercado formal de trabalho e, também por isso, recorrem à prostituição<sup>16</sup>. Tal realidade faz com que “[...] suas vidas se tornam ainda mais precárias e passíveis de extermínio, já que seus corpos não são dóceis, nem úteis à produção capitalista”<sup>17</sup>. Por outro, faltam dados estatísticos em relação a essas pessoas, que se tornam invisíveis nas análises criminológicas. Não há censos oficiais sobre a população LGBT em geral e nem no sistema carcerário – tanto nacional quanto localmente. Os poucos dados que se tem são levantados por ONGs, movimentos sociais e algumas pesquisas científicas. Essa omissão das instâncias formais de controle, que dificulta análises e formulação de políticas públicas específicas, pode ser compreendida como mais uma interface do processo de vitimização e criminalização a que as travestis estão submetidas.

O presente trabalho busca combinar a literatura sobre travestis nas ruas e nas prisões e uma análise dos discursos judiciais criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo. Por meio de etnografias e dados estatísticos (ou sua inexistência), constata-se processos profundos de marginalização social exercidos sobre travestis, que se reproduzem, de diferentes formas, no discurso de desembargadores paulistas. A seguir, por meio da análise crítica de discurso, busco identificar algumas categorias presentes tanto nas etnografias que constituem o substrato teórico do presente trabalho quanto nos acórdãos selecionados – como a prostituição, o envolvimento com drogas e a situação de moradia. Dessa forma, talvez seja possível identificar alguns dos aspectos pelos quais opera a seletividade do sistema de justiça criminal em relação às travestis.

## **OLHARES INTERSECCIONAIS SOBRE A PROSTITUIÇÃO TRAVESTI NO DISCURSO JUDICIAL CRIMINAL PAULISTA**

Para compreender os processos de vitimização e criminalização a que este trabalho se refere e as categorias analíticas mobilizadas, é preciso localizar os marcos teóricos de gênero que os fundamentam.

Segundo Teresa de Lauretis, “a construção cultural do sexo em gênero e a assimetria que caracteriza todos os sistemas de gênero através das diferentes

---

<sup>15</sup> TRANSGENDER EUROPE. Transrespect versus transphobia worldwide research Project. Trans murder monitoring results: TMM TDOR 2013 Update . **Reported deaths of 1,374 murdered trans and gender variant persons from January 2008 until October 2013**. 6 p. Disponível em: <[http://www.transrespect-transphobia.org/uploads/downloads/2013/TDOR2013english/TvT-TMM-TDOR2013-Tables\\_2008-2013\\_EN.pdf](http://www.transrespect-transphobia.org/uploads/downloads/2013/TDOR2013english/TvT-TMM-TDOR2013-Tables_2008-2013_EN.pdf)> Acesso em: agosto 2016.

<sup>16</sup> NAVAS, Kleber de Mascarenhas. **Travestilidades**: trajetórias de vida, lutas e resistências de travestis como construção de sociabilidade. 2011. 113f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Faculdade de Serviço Social, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

<sup>17</sup> FERREIRA, Guilherme Gomes. Op. cit. p. 107.

culturas (embora cada uma a seu modo)” deve ser entendida como estando “sistematicamente ligadas à organização da desigualdade social”<sup>18</sup>. Nesse sentido, a realidade social se compõe de um emaranhado de relações – dentre as quais, para a presente análise, destacam-se classe, raça, gênero, sexualidade e ocupação profissional. Ainda segundo a autora, essas relações se articulam de forma a (re)produzir as estruturas socioeconômicas que garantem o domínio masculino. Portanto, o “lugar” social das travestis, que vivem os interstícios e as margens da feminilidade, não se constrói em um espaço deslocado, antes ou fora da cultura, mas dentro da existência social. Gênero, assim, se torna “uma forma de conceitualizar, de entender, de explicar certos processos e não as mulheres”<sup>19</sup>.

A partir desta perspectiva, ser homem, mulher ou travesti<sup>20</sup> não esgota o conjunto de marcadores que compõem a experiência social. Para Adriana Piscitelli, desenvolveram-se dentro dos estudos de gênero “[...] categorias que aludem à multiplicidade de diferenciações que, articulando-se a gênero, permeiam o social. São as categorias de articulação e as interseccionalidades”<sup>21</sup>. Tais denominações são utilizadas para explicitar que raça, gênero, classe e sexualidade não são âmbitos descolados de experiência que existem isoladamente, mas que existem nas e por meio das relações entre eles. Ainda segundo a autora,

Algumas discussões sobre interseccionalidade consideram que essa conceitualização é problemática porque coloca excessiva ênfase nos eixos classificatórios não prestando suficiente atenção à experiência. Assim, poderia ser pensado que o trabalho com categorias de articulação se diferencia da análise das interseccionalidades, pois as autoras que trabalham com categorias articuladas concedem lugar de destaque à experiência. Contudo, nesse debate as visões sobre diferença, poder e agência presentes nas diversas abordagens são mais importantes do que os termos que designam esses conceitos (interseccionalidade ou categorias de articulação).<sup>22</sup>

Para o presente trabalho, portanto, o mais importante não é delimitar as terminologias mais apropriadas, mas sim articular diferentes marcadores sociais de diferença que perpassam a vivência travesti. Segundo Bruno Carvalho, “olhar para as atividades ilícitas e a marginalidade, serve para ampliar

---

<sup>18</sup> LAURETIS, Teresa de. A tecnologia do gênero. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de. **Tendências e impasses: o feminismo como crítica da cultura**. Rio de Janeiro: Rocco, 1994. p. 212.

<sup>19</sup> LAURETIS, Teresa de. A tecnologia do gênero. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de. **Tendências e impasses: o feminismo como crítica da cultura**. Rio de Janeiro: Rocco, 1994. p. 217.

<sup>20</sup> Algumas travestis se reconhecem enquanto mulheres, outras como homossexuais, outras ainda se reconhecem fora do binário homem-mulher. Adoto, neste trabalho, a compreensão de que travestis pertencem ao gênero feminino, embora não necessariamente mulheres.

<sup>21</sup> PISCITELLI, Adriana. Interseccionalidade, categorias de articulação e experiências de migrantes brasileiras. *Sociedade e Cultura*, vol.11, nº2, Jul/Dez, 2008, pp.263-274. p. 263.

<sup>22</sup> Idem. p. 269.

o conhecimento sobre as travestis, bem como mostrar que as questões de gênero se articulam a outras”<sup>23</sup>. Portanto, para discutir processos de vitimização e criminalização que essas pessoas sofrem, e especialmente seus reflexos no discurso judicial criminal, é imprescindível construir a articulação entre esses diferentes marcadores.

Embora a raça seja de extrema relevância, não será discutida com profundidade porque não é identificável nos acórdãos. A ausência de dados em uma das dimensões de análise tornaria qualquer tentativa de interpretação pouco científica. Apesar disto, reconhece-se a importância analítica e política da raça, não só porque o marco teórico utilizado considera que toda experiência social é racializada – bem como generificada e perpassada por classe –, mas porque de toda a população carcerária brasileira, mais da metade é composta por pessoas negras, pobres e de baixa escolaridade<sup>24</sup>, o que indica uma seletividade (por parte de todo o sistema, inclusive dos juizes e desembargadores) que ocorre pelo menos nestas três chaves.

Desenvolver os fundamentos teóricos a partir da interseccionalidade ou das categorias de articulação é primordial para construir as ferramentas analíticas que se lançarão sobre os acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo selecionados.

A análise crítica do discurso, quando investiga discursos jurídicos, torna-se a tarefa política de desmistificar a objetividade e a neutralidade, buscando “[...] entender as formas através das quais a linguagem contribui para processos de controle e dominação social”<sup>25</sup>.

Uma vez que os juizes são, em princípio, quem decide sobre a liberdade ou sobre questões de vida ou morte, as conseqüências de seu poder, aparentemente moderado, podem ser enormes [...] Além da abrangência de seu acesso ao discurso, o poder dos juizes também pode ser medido através das conseqüências pessoais, sociais e políticas deste acesso. Na verdade, no sistema jurídico, o discurso dos juizes pode ser a lei. O discurso jurídico, portanto, pode ser considerado um exemplo de discurso dominante. [...] uma das estratégias de discursos dominantes é definir o *status quo* ético (ou social) como natural, justo e inevitável.<sup>26</sup>

Nesse sentido, analisar acórdãos criminais permite que se compreenda quais situações envolvendo travestis são consideradas pelas instâncias formais

---

<sup>23</sup> CARVALHO, Bruno Robson de Barros. “**Tá pensando que travesti é bagunça?**”: repertórios sobre travestilidade, em contextos de criminalidade, em jornais de Pernambuco. 2014. 126 f. Dissertação (mestrado em Psicologia). Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2014. p. 30.

<sup>24</sup> BRASIL, Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Infopen Estatística. Brasília: 2014. Disponível em: <<http://www.depen.pr.gov.br>>. Acesso em: agosto de 2016.

<sup>25</sup> FIGUEIREDO, D. C. Gênero e poder no discurso jurídico. Revista de Ciências Humanas (Florianópolis), Florianópolis, v. 15, n.21, p. 37-52, 1997. p. 50.

<sup>26</sup> Idem. p. 47.



de controle como criminosas, o lugar destinado a elas pelos atores e atrizes do sistema de justiça criminal e a representação que juizes e desembargadores fazem dessas pessoas. Por meio desta análise empírica, buscam-se dados objetivos sobre a seletividade do sistema penal e dados subjetivos que ao menos indiquem os processos de (re)vitimização e criminalização que perpassam a experiência de travestis quando capturadas pelo controle social formal. Para isto, serão sobrepostas categorias presentes tanto nos acórdãos quanto em algumas etnografias.

Segundo Marcos Benedetti, grande parte das quase cem travestis com quem conviveu ao longo de oito anos de pesquisa de campo eram profissionais do sexo, de baixa escolaridade e viviam em zonas periféricas da cidade, em cortiços ou pequenos apartamentos compartilhados com outras travestis. Percebe-se, portanto, a articulação de diferentes marcadores que compõem o “lugar” social das travestis. A partir de suas observações, constatou que

Os territórios de prostituição constituem um importantíssimo espaço de sociabilização, aprendizado e troca entre as travestis. Mesmo aquelas que exercem a prostituição apenas esporadicamente, freqüentam estes lugares. [...] Assim, muito mais do que um espaço de trabalho e fonte de renda, é nestes lugares que muitas *monas* fazem amizades, compram e vendem roupas, objetos, materiais de *montagem* (termo êmico usado para denominar o ato de vestir-se com roupas de mulher), perfumes, adornos, drogas, etc. [...] É na convivência nos territórios de prostituição que as travestis incorporam os valores e formas do feminino, tomam conhecimento dos *truques* e técnicas do cotidiano da prostituição, conformam gostos e preferências (especialmente os sexuais) e muitas vezes ganham ou adotam um nome feminino. Este é um dos importantes espaços onde as travestis constroem-se corporal, subjetiva e socialmente.<sup>27</sup>

Para Larissa Pelúcio, que acompanhou travestis trabalhadoras sexuais no interior de São Paulo, a prostituição representa, por um lado, a exclusão sistemática das travestis do mercado de trabalho e do sistema educacional, restringindo-as ao competitivo mercado sexual, à noite e às esquinas, e faz parte de um processo depressivo que muitas vezes as envolve com drogas lícitas e ilícitas. Por outro, constitui-se como um espaço de (re)construção e validação da sua identidade de gênero.<sup>28</sup>

Hélio Silva também observou, em sua etnografia com travestis prostitutas, que drogas – lícitas e ilícitas – fazem parte de seu cotidiano, seja pelo consumo,

---

<sup>27</sup> BENEDETTI, M. A batalha do corpo: breves reflexões sobre travestis e prostituição. Disponível em: <[www.ciudadaniasexual.org/boletin/b11/](http://www.ciudadaniasexual.org/boletin/b11/)>. Acesso em: agosto 2016. p. 3.

<sup>28</sup> PELUCIO, Larissa. Na noite nem todos os gatos são pardos: notas sobre a prostituição travesti. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 25, p. 217-248, Dec. 2005. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-83332005000200009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332005000200009&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: agosto 2016.

pela venda ou até pela recusa de qualquer envolvimento. Afirma o autor que, durante uma entrevista para sua pesquisa, uma travesti

confessou-me que temera que eu carregasse um revólver na minha bolsinha negra. Achei curiosa a fantasia. Sintoma paranoico da ameaça que vivem cotidianamente. Seus braços eram cortados, os riscos negros que ela mostrou para exemplificar a dureza da vida que leva [...]. Leva consigo uma escova grande, dessas que ornaram toucadores “femininos”. Estranho o exagero: não se trata de uma escova portátil. Início de pesquisa, vejo preconceituosamente no objeto um índice daquele propalado exagero, ênfase que caracterizaria o homossexual afeminado. Engano meu. A escova tem um fundo falso, onde ela coloca vários “papelotes” de cocaína para seus clientes.<sup>29</sup>

No entanto, também é possível observar as tentativas de travestis de romper com essas narrativas generalizantes. A rede de relações sociais que compõem o lugar dessas sujeitas, construídas principalmente sobre gênero, mas também classe, raça e sexualidade, excedem o binômio vítima-vilã. Algumas dessas pessoas já não aceitam a naturalização do papel de criminosas ou de vítimas, calcadas em leituras deterministas. Em etnografia em uma prisão masculina, Marcio Zamboni ouviu de uma travesti que

onde tem prostituição a gente sabe que tem muito crime. Na pista tem muita droga, muito roubo, muita violência também. Essa coisa de ciúme, de competição, dá muita briga também, muito barraco. O crime uma coisa que a gente pode fazer assim, e ser preso por isso, e tem que pagar cadeia. Mas não é da nossa natureza, entendeu?<sup>30</sup>

Esta travesti, apesar de reconhecer “os perigos” que circundam a prostituição – especialmente a de rua –, não diminui a responsabilidade das que cometem crimes. Ao mesmo tempo em que recusa o lugar de vítima sem poder de agência “a gente pode fazer assim, e ser preso por isso, e tem que pagar cadeia”, também recusa o lugar de criminosa “nata” – “mas não é da nossa natureza, entendeu?”.

Ao debruçar-me sobre os acórdãos criminais, também observo a teia de relações perpassada pela prostituição, pela violência, pelo envolvimento com drogas e pela precariedade de moradia. Mas mais do que a experiência dessas travestis, a análise do discurso judicial criminal permite desvendar a construção narrativa que juízes e desembargadores fazem delas. Permite compreender, portanto, como o judiciário paulista representa essas pessoas, os juízos de valor

---

<sup>29</sup> SILVA, Hélio R. S. **Travestis**: entre o espelho e a rua / Hélio R. S. Silva – Rio de Janeiro: Rocco, 2007. p. 98.

<sup>30</sup> ZAMBONI, Marcio. *O barraco das bicha na cadeia dos coisas*: notas etnográficas sobre a diversidade sexual e de gênero no sistema carcerário. Anais da XI RAM - Reunião de Antropologia do MERCOSUL. p. 10.

que impõe e, dessa forma, desvela os mecanismos de seletividade permeados por processos profundos de revitimização e criminalização.

Dos dez acórdãos analisados, nenhum trata a(s) travesti(s) no feminino. Em um deles, usa-se pronome feminino duas vezes, mas não é possível identificar se houve erro de digitação ou se foi proposital. Não há, na construção argumentativa, qualquer indício de que a identidade feminina está sendo respeitada. Dois dos acórdãos utilizam explicitamente a expressão “homem vestido de mulher”. Percebe-se, então, que há uma recusa explícita de reconhecer essas travestis como mulheres – ou, no mínimo, como pertencentes ao gênero feminino.

A prostituição aparece em cinco dos acórdãos. No entanto, em apenas dois casos a conduta criminalizada estava diretamente relacionada ao trabalho sexual: em um deles, houve desacordo em relação ao pagamento e a disputa física gerou um processo de lesão corporal; no outro, a travesti é processada por furto do celular do cliente. Nos outros três, a prostituição é mencionada como forma de qualificar a(s) travesti(s), em um exercício linguístico moralizante, que toma o trabalho sexual como indício de personalidade desviante.

O envolvimento com drogas se faz presente em seis acórdãos. Em dois deles, referentes a processos de tráfico, a travesti não é parte, é mencionada como autora do crime durante a defesa do réu. Em um deles, a travesti é ré acusada de tráfico. Nos outros três, o uso de drogas é utilizado para caracterizar a(s) travesti(s), o que também representa um discurso moralizante que toma o uso de drogas como indício de personalidade desviante.

Em três dos acórdãos é mencionada a situação de moradia da(s) travesti(s). Em um deles, descreve-se uma “república”, casa em que várias travestis alugam quartos e convivem juntas. Nos outros dois, menciona-se travestis “perdidas” – termo êmico utilizado para descrever as que são usuárias de drogas e moradoras de rua. Em todos, a precariedade das condições de moradia não tem vínculo com a conduta que ensejou o processo, podendo ser entendida, portanto, como uma categorização desqualificante.

Em um dos acórdãos, o desembargador diz que o crime imputado à travesti “certamente não é eventual”, porque ela tem “personalidade deturpada” e “conduta social violadora da ordem pública instaurada” – muito embora o processo se refira a tráfico e o único antecedente criminal dela seja por um furto sem qualificadoras. Em outro, o desembargador acompanha o relatório do juiz de primeira instância, que, baseado no depoimento de um policial militar, afirma que a travesti é “conhecido [sic] na região pela prática de furtos” – apesar de não haver antecedentes criminais registrados. Em outro, referente a uma tentativa de homicídio, o desembargador descreve a travesti como “pessoa afeita ao crime”, conforme depoimento de um policial militar sobre a

ocorrência, embora três testemunhas – descritas como “perdidas” – digam que a ré não tinha antecedentes criminais e que não houve intenção de matar.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de um olhar vitimológico na criminologia crítica, da análise crítica de discurso sobre dez acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo e da leitura de etnografias sobre travestis trabalhadoras sexuais, o presente trabalho buscou compreender de que formas opera a seletividade do sistema de justiça criminal e os processos de (re)vitimização e criminalização exercidos sobre travestis em contextos de criminalidade.

Os processos de marginalização que expulsam travestis dos espaços escolares e do mercado formal de trabalho – considerados no presente trabalho como processos de vitimização – podem ser observados nos acórdãos analisados. Por um lado, confirmam os relatos etnográficos de que a realidade travesti é quase sempre violenta, marginal e abjeta. O trabalho sexual, majoritariamente realizado na rua, significa constante vulnerabilidade à violência (inclusive policial) e a diversas atividades ilícitas que permeiam “a noite”. Por outro, permite observar como essa realidade é interpretada pelas instâncias formais de controle – especialmente juízes e desembargadores –, que mobilizam processos de revitimização (vitimização secundária) ao moralizar características que, muitas vezes, sequer se relacionam às condutas que ensejaram o processo criminal.

É possível identificar nos discursos do Tribunal de Justiça de São Paulo os mesmos processos de criminalização observados por Bruno Carvalho no discurso midiático. Para o autor, “as palavras inscrevem, e muitas vezes prescrevem aquilo que parecem apenas descrever”<sup>31</sup>. Nesse sentido, os discursos – especialmente os jurídicos – podem ser entendidos como focos de articulação de poder, em movimentos contínuos e difusos de negação e produção de verdades<sup>32</sup>.

Entre os índices assustadores de violência e os indícios sólidos de reprodução de desigualdades no sistema de justiça criminal, a tutela penal para travestis e outras dissidências de gênero parece cada vez mais uma ilusão.

O problema não é o travesti. A questão é quem os mata, espanca e desdenha. Talvez possamos estabelecer uma linha de comunicação entre o risinho no canto da boca do intelectual macho – ou do gay respeitável – com a bala que fere o

---

<sup>31</sup> CARVALHO, Bruno Robson de Barros. “**Tá pensando que travesti é bagunça?**”: repertórios sobre travestilidade, em contextos de criminalidade, em jornais de Pernambuco. 2014. 126 f. Dissertação (mestrado em Psicologia). Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2014. p. 64.

<sup>32</sup> FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: a vontade de saber**. 18.ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007.

travesti. O risinho cria, na verdade, a ambiência que naturaliza a decisão de apertar o gatilho.<sup>33</sup>

Os discursos criminalizantes, como o “risinho”, legitimam as violências – e, na verdade, constituem eles próprios atos violentos. Ao desrespeitar a identidade feminina, ao construir a travesti como “personalidade deturpada” e “pessoa afeita ao crime”, o discurso judicial criminal é conivente com a marginalização e vitimização que, infelizmente, ainda constituem “ser travesti”.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 24-36, jan. 1995. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819/14313>>. Acesso em: agosto 2016.

\_\_\_\_\_. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, [S.l.], p. 42-49, jan. 1997. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15645>>. Acesso em: julho 2016.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos da sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECKER, Simone; LEMES, Hisadora Beatriz G. Vidas vivas inviáveis: etnografia sobre os homicídios de travestis no tribunal de justiça do Mato Grosso do Sul. **Revista Ártemis**, v. XVIII n 1; jul-dez, 2014. pp. 184-198.

BENEDETTI, M. A batalha do corpo: breves reflexões sobre travestis e prostituição. Disponível em: <[www.ciudadaniasexual.org/boletin/b11/](http://www.ciudadaniasexual.org/boletin/b11/)>. Acesso em: agosto 2016.

BOLDRIN, Guilherme Ramos. **Monas, envolvidos e o crime: etnografia com Travestis e homossexuais em uma prisão paulista**. 2014. 82 f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Ciências Sociais) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2014.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. **Preso pelo Estado e vigiado pelo crime: as leis do cárcere e a construção da identidade na prisão**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2013.

\_\_\_\_\_; ALVES, P. P. G. Os lugares da criminologia: uma breve análise da conjuntura do pensamento e epistemologias criminológicas. In: Mônica de Camargo Cortina; Wlatter Cimolin. (Org.). **Criminologia Crítica - série Pensar Direito**. 1ed. Curitiba: Íthala, 2015, v. II, p. 315-334.

BRASIL, Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional: dados gerais mulheres presas. Infopen Estatística. Brasília: 2014. Disponível em: <<http://www.depen.pr.gov.br>>. Acesso em: agosto de 2016.

---

<sup>33</sup> SILVA, Hélio R. S. **Travestis: entre o espelho e a rua** / Hélio R. S. Silva – Rio de Janeiro: Rocco, 2007. p. 205

- BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
- CARVALHO, Bruno Robson de Barros. “**Tá pensando que travesti é bagunça?**”: **repertórios sobre travestilidade, em contextos de criminalidade, em jornais de Pernambuco**. 2014. 126 f. Dissertação (mestrado em Psicologia). Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2014.
- DE CAMPOS, Carmen Hein. Violência de gênero e o novo sujeito do feminismo criminológico. In: *Fazendo Gênero 9 - Diásporas, Diversidades, Deslocamentos*, 2010, Florianópolis. *Fazendo Gênero*, 2013.
- DINIZ, Debora. Perspectivas e articulações de uma pesquisa feminista. p. 11-21. In: STEVENS, C.; OLIVEIRA, S. R. de.; ZANELLO, V. (Org.). **Estudos feministas e de gênero: articulações e perspectivas** [livro eletrônico]. Florianópolis: Ed. Mulheres, 2014.
- ESPINOZA, Olga. A Prisão feminina desde um olhar da criminologia feminista. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, 1 (1), jan-dez/2002.
- FERREIRA, G. G. Violência, interseccionalidades e seletividade penal na experiência de travestis presas. *Temporalis*, v. 1, p. 99-117, 2014.
- FIGUEIREDO, D. C. Gênero e poder no discurso jurídico. *Revista de Ciências Humanas (Florianópolis)*, Florianópolis, v. 15, n.21, p. 37-52, 1997.
- FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: a vontade de saber**. 18.ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Vigiar e Punir**, trad. de Lígia M. Pondré Vassallo, Petrópolis: Vozes, 1987.
- LAURETIS, Teresa de. A tecnologia do gênero. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de. **Tendências e impasses: o feminismo como crítica da cultura**. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.
- LOPES, Fabio Henrique. Corpos trans! Visibilidade das violências e das mortes. *Revista Transversos*. “Dossiê: O Corpo na História e a História do Corpo”. Rio de Janeiro, Vol. 05, nº. 05, pp. 08-22, Ano 02. dez. 2015. Disponível em: <<http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/transversos>>. Acesso em: 03 ago. 2016.
- NAVAS, Kleber de Mascarenhas. **Travestilidades**: trajetórias de vida, lutas e resistências de travestis como construção de sociabilidade. 2011. 113f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Faculdade de Serviço Social, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.
- PISCITELLI, Adriana G. Interseccionalidades, categorias de articulação e experiências de migrantes brasileiras. *Sociedade e Cultura, Goiânia*, v.11, n.2, pp. 263-274, 2008.
- PELUCIO, Larissa. Na noite nem todos os gatos são pardos: notas sobre a prostituição travesti. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 25, p. 217-248, Dec. 2005. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-83332005000200009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332005000200009&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: agosto 2016.
- ROSA, Larissa. **O modelo consensual de justiça criminal e a vítima de crime**. 2016. 131 f. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Franca, 2016. P

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. <<http://www.tjsp.jus.br/>>.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Hélio R. S. **Travestis**: entre o espelho e a rua / Hélio R. S. Silva – Rio de Janeiro: Rocco, 2007.

TRANSGENDER EUROPE. Transrespect versus transphobia worldwide research Project. Trans murder monitoring results: TMM TDOR 2013 Update . **Reported deaths of 1,374 murdered trans and gender variant persons from January 2008 until October 2013**. 6 p. Disponível em: <[http://www.transrespect-transphobia.org/uploads/downloads/2013/TDOR2013english/TvT-TMM-TDOR2013-Tables\\_2008-2013\\_EN.pdf](http://www.transrespect-transphobia.org/uploads/downloads/2013/TDOR2013english/TvT-TMM-TDOR2013-Tables_2008-2013_EN.pdf)> Acesso em: agosto 2016.

ZAMBONI, Marcio. O *barraco das bicha* na *cadeia dos coisas*: notas etnográficas sobre a diversidade sexual e de gênero no sistema carcerário. Anais da XI RAM - Reunião de Antropologia do MERCOSUL.

\_\_\_\_\_. Travestis e transexuais privadas de liberdade: a (des)construção de um sujeito de direitos. REA | Nº 2 | Junho de 2016 - Dossier 'Antropología del Derecho en Brasil'

ISSN: 2387-1555.





# **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A CRIANÇA ENTRE A EDUCAÇÃO E A VITIMIZAÇÃO INFANTIL: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TJSP EM CASOS DE MAUS-TRATOS (2014-2015)\***

**GUSTAVO DE CARVALHO MARIN**

*Doutorando e Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.*

**SARA TIRONI**

*Mestra em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.*

## **RESUMO**

O trabalho avalia o tratamento conferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) ao emprego de violência física contra crianças por seus pais ou responsáveis sob a justificativa de exercício do poder-dever familiar de educar as crianças e adolescentes sob sua responsabilidade, uma vez que a violência intrafamiliar constitui considerável fator de risco de vitimização para esse grupo etário. A pesquisa analisa acórdãos do TJSP em que foram julgados casos de maus-tratos nos anos de 2014-2015, buscando verificar: (i) como o Judiciário interpreta as teses defensivas de atuação no exercício do direito-dever de educação; e (ii) se a fundamentação das decisões são mais orientadas à delimitação da extensão deste direito-dever do ofensor ou à necessidade de proteção da criança-vítima.

**Palavras-chave:** Maus-tratos. Violência doméstica. Vitimização infantil. Educação. Vitimologia.

## **ABSTRACT**

*The paper evaluates how the Court of Appeal of São Paulo State (TJSP) deals with the utilization of physical violence against children by their parents or guardians, under the justification of exercising the familiar power-duty to educate children and teenagers under their responsibility, considering that intra-familial violence is a high risk factor of victimization for such age group. The research analyzes decisions made by TJSP in which the court judged cases of maltreatments in the years of 2014-2015, aiming at verifying: (i) how the Judiciary Power interprets the defensive thesis of exercising the power-duty to educate; and (ii) whether the justification of the judicial decisions are more oriented to the*

*delimitation of the extension of the offender's power duty, or to the necessity of protecting the child-victim.*

*Keywords: Maltreatments. Domestic violence. Childhood victimization. Education. Victimology.*

## **INTRODUÇÃO**

O trabalho se dedica a analisar os sentidos da judicialização dos conflitos penais envolvendo violência contra a criança e o adolescente no ambiente doméstico, mais especificamente de agressões justificadas com base em um direito-dever de educar por parte dos pais e responsáveis. Para tanto, a partir de uma perspectiva vitimológica, o artigo problematiza os processos de vitimização sofridos por crianças e adolescentes, situando a violência intrafamiliar neste cenário, a fim de problematizar o argumento educacional como justificativa de pais e responsáveis para determinadas práticas violentas (1). A seguir, são expostos analiticamente os principais marcos normativos relativos à matéria, realizando-se uma análise crítico-reflexiva do lugar ocupado pela criança e adolescente no movimento de regulação jurídica de seus direitos, inclusive o de não sofrer violência (2). Tendo estes elementos como material crítico, passa-se a uma verificação empírica de como os casos objetos deste estudo são apreendidos pelo Poder Judiciário, selecionando-se especialmente casos de maus-tratos julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entre 2014-2015 (3). Tem por intuito, com isso, apresentar uma análise crítica dos resultados obtidos, buscando, a partir deles, extrair generalizações que permitam a compreensão e a crítica acerca de como os processos de vitimização de crianças e adolescentes para pretensos fins educativos, são compreendidos na interpretação judicial dos conflitos penais.

### **1. EDUCAÇÃO E VIOLÊNCIA CONTRA A CRIANÇA NO ÂMBITO DOMÉSTICO**

Crianças vítimas de crime e adolescentes foram tradicionalmente relegadas a um segundo plano no âmbito dos estudos vitimológicos, assim como é pouco desenvolvida conceitualmente a ideia de uma vitimologia da infância, que considere as diferenças entre as formas e impactos dos processos de vitimização sofridos por adultos, adolescentes e crianças. As preocupações iniciais da criminologia quanto ao desenvolvimento infantil tinham como foco predominante a análise de quais fatores poderiam influenciar em uma eventual delinquência por crianças e adolescentes; de modo que, neste sentido, a vitimização de crianças parece ter despertado maior interesse a partir da

constatação de que a vitimização infantil poderia consistir em causa primária de uma delinquência futura<sup>1</sup>. Uma das exceções a este cenário corresponde à “vitimologia desenvolvimental” (*developmental victimology*), campo de estudo da vitimologia que se dedica a analisar os processos de vitimização conforme as distintas fases do desenvolvimento da pessoa na infância e adolescência – problema que, no entanto, em verdade segue não sendo uma preocupação nuclear deste campo das ciências criminais<sup>2</sup>.

Em todo caso, esta importância secundária atribuída pelas pesquisas vitimológicas à criança e ao adolescente conflita com o fato de que estas pessoas compõem um grupo de alto risco de vitimização<sup>3</sup>. No contexto brasileiro, não obstante a escassez de dados oficiais consolidados acerca da vitimização de crianças e adolescentes dificulte a realização de um prognóstico preciso e sistematizado<sup>4</sup>, alguns dados alarmantes sugerem que essa assertiva pode estar correta. Apenas como exemplo, segundo dados Sistema de Informações de Agravos de Notificação (SINAN), 40% dos atendimentos realizados no Sistema Único de Saúde (SUS) em 2011 foram de pacientes de até 19 anos de idade. Deste grupo de casos, 40,5% relacionavam-se a violência física, sendo que em 27,1% destes os agressores eram os responsáveis legais das vítimas<sup>5</sup>. Outro exemplo advém de levantamento feito pela Secretaria de Direitos Humanos (SDH) do Governo Federal, segundo a qual, do total de denúncias recebidas em 2015 pelo Departamento de Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos, 59% eram relacionados a crianças ou adolescentes, sendo que 22% destes casos envolviam violência física<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre o assunto, dentre outros, cf. SMITH, Carolyn; THORNBERRY, Terence P. The relationship between childhood maltreatment and adolescent involvement in delinquency. *Criminology*, vol. 3, n. 4, p. 451-481, 1995; SCHWARTZ, Ira M.; RENDON, Jose A.; HSIEH, Chang-Ming. Is child maltreatment a leading cause of delinquency? *Child Welfare*, v. 73, p. 639-655, 1994. No Brasil, discutindo a literatura criminológica sobre instabilidades e violências familiares como vetores da criminalidade juvenil, SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 118-120.

<sup>2</sup> FINKELHOR, David. The victimization of children: a developmental perspective. *American Journal of Orthopsychiatry*, v. 65(2), p. 177-178, Abril 1995.

<sup>3</sup> Vide FINKELHOR, David; DZIUBA-LEATHERMAN, Jennifer. Victimization of children. *American Psychologist*, v. 49, n. 3, p. 173-183, 1994

<sup>4</sup> Sobre as dificuldades em se lidar com dados empíricos na verificação dos processos de vitimização sofridos por crianças e adolescentes no Brasil, cf. PERES, Maria Fernanda Tourinho; CARDIA, Nancy; SANTOS, Patrícia Carla dos. *Homicídios de crianças e jovens no Brasil: 1980-2002*. São Paulo: NEV/USP, 2006, p. 215-216. Disponível em: <<http://novo.nevusp.org/wp-content/uploads/2015/01/down095.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2016.

<sup>5</sup> WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2012: crianças e adolescentes no Brasil*. Rio de Janeiro: Flacso, 2012. Disponível em: <[http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012\\_Criancas\\_eAdolescentes.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_Criancas_eAdolescentes.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2016.

<sup>6</sup> Ainda segundo a SDH, das violações referentes à criança ou adolescente que foram reportadas no período, 38% diziam respeito a negligência (ausência ou ineficiência no cuidado), 23,9% envolviam violência psicológica, 22% compreendiam violência física, e 11% violência sexual. Segundo o relatório em que tais informações estão disponíveis, “(h)istoricamente, desde o início do canal, o Disque Direitos Humanos recebe em maior parcela, denúncias de violações contra crianças e adolescentes”. SDH. *Balanco anual da*

Sobre esta alta recorrência da vitimização infanto-juvenil, e considerando as diferentes formas pelas quais pode ocorrer<sup>7</sup>, David Finkelhor elenca algumas hipóteses com potencial explicativo acerca dos motivos pelos quais a vitimização de crianças e adolescentes constitui-se em problema tão comum. Nesse sentido, afirma Finkelhor que, além da estatura física relativamente mais frágil desses indivíduos, a grande dependência que crianças e adolescentes normalmente possuem com relação aos adultos<sup>8</sup> com os quais interagem desempenha um papel relevante em seus processos de vitimização. Aliado a isso, ao menos em comparação com adultos, crianças e adolescentes possuem uma margem de escolha sensivelmente menor no que concerne às pessoas com as quais se associam – status que pode levá-las, involuntariamente, a serem inseridas em contato próximo com agressores dos quais não necessariamente conseguem se afastar por vontade própria. Ademais, Finkelhor sustenta que a frequente vitimização infanto-juvenil se deve muito ao fato de haver um grau maior de tolerância social com relação à violência contra crianças e adolescentes, a qual, longe de integrar o centro de preocupações do sistema de justiça criminal, parece ser encarada de forma mais naturalizada do que outras violências<sup>9</sup>.

A análise conjunta destes fatores conflui para a constatação de que grande parte dos processos de vitimização sofridos por crianças e adolescentes ocorre no âmbito familiar<sup>10</sup>. Isso é mais perceptível no caso infantil, haja vista, primeiramente, (i) a caracterização da família como *unidade básica de desenvolvimento e experiência da criança*, sendo um espaço que concentra grande parte de sua sociabilidade; e, além disso, (ii) o alto grau de assimetria e subordinação a que crianças estão submetidas com relação a seus

---

*Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos 2015*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/noticias/2016/janeiro/CARTILHADIGITALBALANODODISQUE1002015.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2016.

<sup>7</sup> Maria Cecília de Souza Minayo, elaborando uma categorização das formas de violência sofridas por crianças e adolescentes, dá destaque a duas grandes formas de vitimização (não necessariamente criminal): (i) *violência estrutural* (de natureza mais perene e que envolve fatores sociais e histórico-econômicos, a violência estrutural incide sobre as próprias condições de vida da criança e do adolescente, vulnerando o indivíduo em suas possibilidades de crescimento e desenvolvimento); e (ii) *violência doméstica* (exercida contra a criança e o adolescente na esfera privada, e que pode envolver, além de negligências, formas de violência física, sexual e psicológica). MINAYO, Maria Cecília de Souza. O significado social e para a saúde da violência contra crianças e adolescentes. In: WESTPHAL, Marcia Faria (org.). *Violência e criança*. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2002, p. 98-106.

<sup>8</sup> BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. *A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino*. Trad. Reynaldo Bairão. 6. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. p. 28.

<sup>9</sup> FINKELHOR, David; DZIUBA-LEATHERMAN, Jennifer. *Victimization of children... op. cit.*, p. 176-177.

<sup>10</sup> Cf. ARRABUENA, María Ignacia; DE PAÚL, Joaquín. Violencia y maltrato sobre menores. In: AGUSTINA, José R. et al. *Violencia intrafamiliar: raíces, factores y formas de violencia en el hogar*. Madrid: Edisofer, 2010, p. 167.

responsáveis<sup>11</sup>, a ponto de agressões físicas contra aquelas serem recorrentemente encaradas como um direito destes<sup>12</sup>. Historicamente, a violência foi considerada forma aceitável de exercício de poder no âmbito familiar, orientada ao controle de parentes e pessoas dependentes – sendo a *submissão*, juntamente com o *controle* da vítima, elementos definidores dessa “violência intrafamiliar”<sup>13</sup>. Embora o avançar do século XX tenha colocado em questionamento as práticas violentas no âmbito familiar, parece continuar operando com alguma estabilidade a ideia de que, por vezes, um grau dito “moderado” de violência é não apenas necessário, como conveniente à própria criança e adolescente no interesse destes de serem educados<sup>14</sup>.

Neste ponto, cabe notar que não existe uma forma de educação única, universal e ideal que valha equitativamente para todas as pessoas, gerações e sociedades. As diferentes formas de educar, bem como o conteúdo da educação ministrada, variaram e ainda variam sobremaneira de acordo com os tempos e lugares. Cada sociedade, compreendida em certo momento de seu desenvolvimento, possui sistemas e métodos de educação específicos, produtos de uma vida em comum e que refletem suas necessidades, ideias, sentimentos e práticas comuns a todas as categorias sociais que dela fazem parte, conferindo-lhe algum grau de coesão social. Com isso, a educação cumpre a finalidade precípua de socializar o indivíduo, por meio da reprodução de uma

---

<sup>11</sup> A violência doméstica contra crianças e adolescentes apresenta algumas determinantes: consiste em uma *transgressão do poder disciplinador* do indivíduo adulto, cristalizando uma desigualdade de poder entre gerações; além disso, estaria presente uma *negação da liberdade* da criança, exigindo-se desta uma cumplicidade silente quanto à vitimização sofrida; e, por fim, caracteriza-se um *processo de vitimização* no qual a vontade da criança é cerceada para submetê-la ao poder e expectativas do adulto. GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. *Violência de pais contra filhos: a tragédia revisitada*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 32.

<sup>12</sup> SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Raízes da violência na criança e danos psíquicos. In: WESTPHAL, Marcia Faria (org.). *Violência e criança*. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2002, p. 193-194. Detalhando, sob uma perspectiva vitimológica, o papel das assimetrias violentas de poder no espaço doméstico entre pais e filhos, expõe Myriam Herrera Moreno: “Ao converter-se a criança em recipiente de expectativas paternas, uma incapacidade filial para satisfatoriamente encarnar tais exigências cria, em pais autoritários e insensíveis, um forte sentimento de desencanto ou frustração, que se expressa na recorrência ao maltrato físico. [...] Os fenômenos de maus-tratos e abuso sexual de menores, como observamos, obedecem a uma concepção cultural que põe em conexão a qualidade de pais com um atávico direito de propriedade sobre o filho”. HERRERA MORENO, Myriam. El niño ante la agresión doméstica: malos tratos y abuso sexual. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 54, p. 1113-1141, 1994.

<sup>13</sup> Dentre os aspectos gerais que compõem conceitualmente a violência intrafamiliar – em suas formas física, psíquica, sexual ou de qualquer outra estirpe –, estariam presentes a intencionalidade, a produção de um dano físico ou psicológico, a violação de um direito, e a orientação a controlar a vítima. AGUSTINA, José R. Conceptos clave, fenomenología, factores y estrategias en el marco de la violencia intrafamiliar. In: AGUSTINA, José R. et al. *Violencia intrafamiliar: raíces, factores y formas de violencia en el hogar*. Madrid: Edisofer, 2010, p. 81-82.

<sup>14</sup> Importante destacar que o mau-trato pode advir inclusive de familiares que desejam o melhor para seus filhos, mas que, no exercício de sua responsabilidade de educação e cuidado, “recorrem a práticas coativas que terminam por vulnerar os direitos da criança”. GROSMAN, Cecilia P. El maltrato infantil en la familia: el encuentro entre lo público y lo privado. In: CADOCHE, Sara Noemí (dir.). *Violencia familiar*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2002, p. 170-171.

cultura adquirida historicamente, o que é feito tanto para a própria conservação dos padrões da sociedade, quanto tendo em vista as necessidades do indivíduo de ser inserido e situado socialmente<sup>15</sup>.

Tendo isso em conta, Pierre Bourdieu e Jean-Claude Passeron entendem que a própria educação é, por suas finalidades, uma forma de violência simbólica, pois corresponde a uma seleção arbitrária daquele que detém a autoridade pedagógica (quer no âmbito familiar, quer no âmbito institucional) de valores e práticas a serem transmitidos, impostos ao educando e nele inculcados, os quais, em última instância, refletem relações de força e dominação constitutivas da formação social. Com isso, os meios utilizados para a imposição dessa cultura arbitrariamente selecionada explicitam em maior ou menor grau a aceitação da violência simbólica latente. Isto é, a permissão ou a proibição da aplicação de mecanismos diretos de coerção (como castigos corporais) no processo educativo, por exemplo, reflete a maior ou menor legitimidade socialmente conferida à força e até mesmo à violência física enquanto instrumento para dominação e para imposição de valores arbitrariamente selecionados<sup>16</sup>.

No âmbito normativo, todavia, após a Segunda Guerra Mundial – período no qual a lógica prevaiente foi a da destruição e descartabilidade de pessoas<sup>17</sup> –, os novos instrumentos jurídicos internacionais de proteção dos direitos humanos, considerando a vocação conservativa e reprodutiva da educação e visando a afastar uma nova ocorrência de toda a barbárie vivenciada até então, estabeleceram que a educação à qual todos possuem direito *deve ser orientada* ao alcance do pleno desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade. De acordo com tal concepção, a educação deveria buscar o fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais, devendo também promover a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, ser coadjuvante na manutenção da paz, além de dever capacitar todas as pessoas para a participação efetiva em uma sociedade livre<sup>18</sup>. A Constituição Federal brasileira de 1988, em seu artigo 205 e, anos mais tarde, a Lei nº. 9.394/1996 (Lei de

---

<sup>15</sup> DURKHEIM, Émile. *Educação e sociologia*. 3. ed. Petrópolis, RJ: Ed. Vozes, 2011. p. 43-51; PARSONS, Talcott. *The social system*. 2. ed. London, England: Routledge; Taylor & Francis E-Library, 2005; BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. *A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino*. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. p. 31-32.

<sup>16</sup> BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. *A reprodução... op. cit.* p. 26-38.

<sup>17</sup> PIOVESAN, Flávia. *Concepção contemporânea de direitos humanos: desafios e perspectivas*. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio H. P.; CAZETTA, Ubiratan (Coord.). *Direitos humanos: desafios humanitários contemporâneos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 9-10.

<sup>18</sup> Consoante os termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 26, item 2, bem como consoante o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB), repetem tais fundamentos da educação<sup>19</sup>.

Soa incompatível com esse novo cenário institucional e axiológico a defesa da utilização da violência em âmbito doméstico contra a criança e o adolescente como forma de educação. Tal como será exposto a seguir, novos dispositivos normativos estabelecidos em âmbito nacional tem marcado um alinhamento do ordenamento jurídico brasileiro a esta ideia. O item seguinte apresenta, assim, uma descrição e análise crítico-reflexiva dos principais referenciais normativos aplicáveis sobre o problema aqui estudado, a fim de apresentar o material jurídico do qual os intérpretes-aplicadores dispõem ao avaliar os conflitos internalizados pelo sistema de justiça criminal.

## **2. MAUS-TRATOS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES: MARCOS NORMATIVOS**

No ordenamento brasileiro, a violência intrafamiliar contra a criança e o adolescente praticada com pretensão fundamento educativo é regulada juridico-penalmente por meio do tipo penal de *maus-tratos*, previsto no art. 136 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940). Em tal dispositivo, proíbe-se a conduta de “(e)xpôr a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fins de educação, ensino, tratamento ou custódia”, por meio de determinadas modalidades específicas de comportamento, dentre os quais o *abuso de meios de correção ou disciplina*. A intervenção juridico-penal em questão parte do pressuposto de ser lícito ao sujeito ativo o exercício de um poder disciplinar, inclusive rigoroso; sendo vedado, no entanto, o excesso, o qual pode assumir a forma de violências físicas e morais<sup>20</sup>. Destarte, a ideia por detrás dessa incriminação é que o agente teria um fim que, previamente, é considerado “em si mesmo justo”; ressaltando-se, contudo, que esse suposto “justo fim” não autorizaria “o excesso de meio”<sup>21</sup>.

Todavia, a aceitação pouco problematizada dessa forma de compreender as relações adulto-criança denota o quão a vítima é invisibilizada – ou no mínimo secundarizada – pelas mediações normativas no âmbito penal. Em verdade, ao cristalizar a posição da vítima como indivíduo submetido à *autoridade* do sujeito ativo, o enunciado típico explicita, e em certa medida parece naturalizar, o caráter assimétrico das relações sociais que culminam na

---

<sup>19</sup> RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *O estado democrático de direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação*. 2009. 450 p. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 358.

<sup>20</sup> MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito penal*, vol. 2. 2. ed. Edição Saraiva: São Paulo, 1963, p. 124 e 127.

<sup>21</sup> HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*, vol. V. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 451.

violência intrafamiliar contra a criança e o adolescente. Esse processo de naturalização jurídica da arbitrariedade intrafamiliar se percebe na própria interpretação doutrinária acerca da diferenciação entre *correção* e *disciplina*, termos aos quais o texto legislativo faz referência: segundo Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso, todo meio corretivo seria também disciplinar, mas nem todo meio disciplinar implicaria correção, pressuposto a partir do qual se admitiria a imposição de castigos inclusive para fins puramente de coerção<sup>22</sup> – o que denota a pouca preocupação dos penalistas com os fundamentos do castigo intrafamiliar, em face dos direitos da criança e do adolescente. Na base de tudo isso está uma compreensão rigidamente verticalizada do núcleo familiar, reprisada pela literatura jurídico-penal brasileira, a qual, dedicando-se a analisar o tipo penal de maus-tratos, recorrentemente classifica o vínculo entre agressor e vítima como uma relação de “subordinação”<sup>23</sup>.

A partir de fins da década de 1980, entretanto, os novos marcos normativos relacionados aos direitos da infância, em âmbito internacional e nacional, trazem novas perspectivas para a interpretação dos limites da conduta de maus-tratos, perspectivas estas potencialmente conflitantes com posicionamentos adotados e replicados até então.

Até fins do século XX, as legislações ocidentais, ao disporem sobre crianças e adolescentes, tinham por horizonte justamente a sua exclusão. Ou seja, o direito interessava-se predominantemente por aqueles que não estavam submetidos a um poder familiar absoluto, os chamados “menores”: aqueles que deveriam ser objeto de filantropia, por sua situação de abandono, ou de tutela social ou penal, por sua conduta considerada “desviante”<sup>24</sup>. As demais crianças,

---

<sup>22</sup> HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*, vol. V... *op. cit.*, p. 453.

<sup>23</sup> Neste sentido, José Frederico Marques: “Deve tal relação ter por escopo a *educação*, o *ensino*, o *tratamento*, ou a *custódia* do sujeito passivo. Mas se inexistente a *relação subordinativa*, o agente, ainda que pratique o fato, para fim corretivo, pedagógico ou disciplinar, responderá por outro crime [...]”. MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*: volume IV, Parte Especial. São Paulo: Edição Saraiva, 1961, p. 338. Da mesma forma, Hungria e Fragoso: “Seja dito de passagem que não pode ser sujeito ativo do crime o marido em relação à mulher, pois esta não se acha para com aquele na situação específica a que alude o art. 136: é sua *companheira*, e não sua *subordinada* [...]”. HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*... *op. cit.*, p. 449-450. Tais teorizações parecem continuar a influenciar mesmo interpretações doutrinárias mais recentes: por exemplo, Cezar Roberto Bitencourt trabalha com a ideia de uma “especial relação de subordinação”, noção que nas ideias de Luiz Regis Prado aparece sob a forma de “relação jurídica de subordinação”, ou – termo talvez mais apropriado – “vínculo de dependência”. Cf. respectivamente BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, t. 2. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 300; e PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, vol. 2. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 193-194.

<sup>24</sup> RIZZINI, Irene. Crianças e menores – do Pátrio Poder ao Pátrio Dever: um histórico da legislação para a infância no Brasil. In: RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco (org.). *A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 98.



a seu turno, permaneciam subordinadas à dinâmica das relações privadas não reguladas pelo direito<sup>25</sup>.

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças (CNUDC) de 1989, nesse sentido, foi o primeiro instrumento<sup>26</sup> de direito internacional a afirmar o *status* de sujeito de direito das crianças, determinando a obrigatoriedade de proteção especial (em virtude de sua condição de vulnerabilidade em relação ao grupo dominante dos adultos<sup>27</sup>) e promoção não apenas de seus direitos básicos (à vida, à saúde, à educação etc.) e a sua necessidade de proteção especial, mas também de seu direito de participação política e social. Além disso, determinou que em todas as ações relativas à infância que sejam levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, por tribunais, por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, deve ser observado o “melhor interesse da criança”<sup>28</sup>.

No ordenamento jurídico brasileiro, o diploma foi internalizado por meio do Decreto nº 99.710/1990. Ademais, as discussões levantadas durante sua elaboração impulsionaram movimentos sociais nacionais a proporem duas emendas populares ao texto da Constituição Federal de 1988, ainda em fase de debate, emendas estas voltadas à construção de um novo sistema de garantia

---

<sup>25</sup> FERRAJOLI, Luigi. Prefácio. In: MÉNDEZ, Emilio García; BELOFF, Mary (org.). *Infância, Lei e Democracia na América Latina*: análise crítica do panorama legislativo no marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1990-1998). Trad. Eliete Ávila Wolff. v.1. Blumenau: Editora da FURB, 2001. p. i-ii.

<sup>26</sup> Anteriormente à CNUDC, A Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos das Crianças e a Declaração Universal dos Direitos das Crianças de 1959 já haviam disposto acerca da necessidade de se conferir proteção especial a todas as crianças, independentemente de sua nacionalidade, etnia e religião, além de introduzirem o princípio do melhor interesse da criança. Tais documentos, contudo, não possuem força cogente, mas inspiraram grande parte da CNUDC. Cf. VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Crianças encarceradas: a proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015. p. 88; CILLERO BRUÑOL, Miguel. O interesse superior da criança no marco da convenção internacional sobre os direitos da criança. In: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; BELOFF, Mary (org.) *Infância, lei e democracia na América Latina... op. cit.* p. 97.

<sup>27</sup> COUTIÑO CASTRO, Matilde. El derecho de los menores: una perspectiva nacional y internacional. *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*. n. 3. v. 2. 2006. p. 289-304. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/3/cnt/cnt12.pdf>> Acesso em 11 abr. 2015.

<sup>28</sup> A expressão original “best interests of the child” foi traduzida nos documentos legais brasileiros como “superior interesse da criança”. A expressão em português “melhor interesse da criança” é adotada neste trabalho por se considerar que tanto o conteúdo da Convenção quanto a orientação constitucional e infraconstitucional adotada pelo sistema jurídico brasileiro informa um interesse qualitativo (“melhor”) em vez de quantitativo (“maior”). A expressão foi originada no direito consuetudinário, em que possuía função de servir à solução de conflitos de interesses particulares que envolviam crianças, como casos de dissolução de casamento. Cf. PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. 2008. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos\\_pdf/Tania\\_da\\_Silva\\_Pereira/MelhorInteresse.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Tania_da_Silva_Pereira/MelhorInteresse.pdf)>. Acesso em 22 jun. 2013;

O'DONNELL, Daniel. A convenção sobre os direitos da criança: estrutura e conteúdo. 1990. Disponível em: <[http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Publicacoes/A\\_Conven\\_Dir\\_Crian\\_1989.pdf](http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Publicacoes/A_Conven_Dir_Crian_1989.pdf)> Acesso em 22.06.2013; ALBUQUERQUE, Catarina de. O princípio do superior interesse da criança. In: MONTEIRO, A. Reis et al. *Direitos das crianças*. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2004; VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Crianças encarceradas... op. cit.* p. 93-96.

de direitos que abandonasse o paradigma menorista até então adotado. Das sugestões feitas derivaram, em um primeiro momento, os artigos 227 a 229 da nova Constituição e, em um segundo momento, a Lei 8.069/1990 – o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)<sup>29</sup>.

Com isso, inaugurou-se no universo jurídico a Doutrina da Proteção Integral – cujo teor foi reproduzido na Constituição Federal brasileira de 1988 e também no ECA – a qual situa a criança em um quadro normativo reflexo de todo o sistema de direitos fundamentais. Pretende-se, com essa atitude, evitar a marginalização infantil e a sua invisibilização decorrente, bem como a separação de crianças entre aquelas em situação “irregular” (os “menores”) e aquelas pertencentes à estrutura “normal” escola-família. Ademais, busca-se reintegrar socialmente as crianças em situação de risco ou em conflito com a lei<sup>30</sup>.

Esses novos marcos normativos, assim, levantam questões sobre os limites das punições aplicadas às crianças e adolescentes para fins de correção e disciplina. Por um lado, a ideia de educação transita de um poder familiar para um dever para com a garantia de um direito da criança e do adolescente (o direito à educação) e, nesse sentido, tal responsabilidade deve ser exercida visando ao seu melhor interesse e à sua necessidade de proteção especial<sup>31</sup>. Por outro lado, tendo em conta que adultos e crianças passam a ser considerados iguais em direitos, é possível indagar, ainda, por que razão seria permitido o uso de qualquer tipo de violência contra crianças e adolescente, seja qual for a justificativa para tanto e mesmo no âmbito familiar, se o mesmo não é permitido quando se concebe uma relação entre adultos<sup>32</sup>.

Tais questionamentos refletem-se nos movimentos de apuração de conflitos e comunicações entre, de um lado, os novos dispositivos relacionados à infância e à juventude e, de outro, aqueles que antes balizavam os poderes e deveres de seus responsáveis legais, determinados principalmente na legislação penal e civil. Tal processo levou a reformas em códigos civis e penais, à elaboração de novas leis protetivas<sup>33</sup>, ou, ainda, ao questionamento sobre

---

<sup>29</sup> VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Crianças encarceradas... op. cit.*, p. 50.

<sup>30</sup> VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Crianças encarceradas... op. cit.*, p. 100; BARATTA, Alessandro. Infância e democracia. In: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; BELOFF, Mary (org.) *Infância, lei e democracia na América Latina... op. cit.*, p. 50.

<sup>31</sup> Como lembra Nina Ranieri, não obstante os titulares do direito à educação serem os próprios indivíduos ou seus respectivos grupos (a criança, o adolescente, o adulto, o idoso etc.) e, mesmo considerando o Estado e toda a sociedade como beneficiários do direito à educação (considerando-se os termos do já mencionado artigo 205 da Constituição Federal de 1988), em relação à criança e ao adolescente, a educação é direito e dever a ser garantido com absoluta prioridade, por força do disposto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988. Cf. RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O direito educacional no sistema jurídico brasileiro. In: ABMP; TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>32</sup> SEBBA, Leslie. Child protection or child liberation? Reflections on the movement to ban physical punishment by parents and educators. In: *International Review of Victimology*, 2005, vol.12, p.159-187.

<sup>33</sup> Com o intuito de nortear tais reformas legislativas, a Organização das Nações Unidas, a partir de Relatório apresentado em 2006 com o “Estudo das Nações Unidas sobre a Violência Contra Crianças”, sugeriu aos Estados-parte diversas medidas – como o desenvolvimento de programas educacionais a pais, familiares e

validade de determinadas normas ou interpretações judiciais pré-existentes acerca dos limites da utilização da força no contexto familiar para educação das crianças e adolescentes.

Por fim, algumas fórmulas abertas e genéricas, características das legislações relacionadas à infância, podem suscitar interpretações por vezes divergentes por parte dos aplicadores da lei em relação ao problema em questão<sup>34</sup>. É o caso do próprio princípio do “melhor interesse da criança”, cuja margem de utilização e aplicação tanto pelo membros do Judiciário quanto por legisladores é bastante imprecisa<sup>35</sup>. Outro exemplo no âmbito brasileiro é o texto da Lei nº 13.010/2014 (Lei Menino Bernardo ou Lei da Palmada)<sup>36</sup>, que alterou o ECA para fazer constar no referido estatuto o direito da criança e do adolescente de serem educados “sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante”. Consoante os termos de seu primeiro artigo, castigos físicos seriam definidos como “ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em: a) sofrimento físico; ou b) lesão”, enquanto tratamento cruel ou degradante seria aquele que “a) humilhe; ou b) ameace gravemente; ou c) ridicularize” a criança ou o adolescente. Considerando a difícil mensuração do que pode ser considerado “sofrimento”, “humilhação”, ou “ameaça grave” ou “ridicularização”, a imposição do respeito a esse direito infanto-juvenil recentemente institucionalizado pode acabar obedecendo a padrões variáveis.

### **3. A JUDICIALIZAÇÃO DE CASOS DE MAUS-TRATOS: OBSERVAÇÃO DO COMPORTAMENTO DECISÓRIO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

#### **3.1. MÉTODO**

Diante do panorama apresentado, o trabalho propõe um estudo observacional exploratório<sup>37</sup> e indutivo<sup>38</sup>, por meio do qual pretende levantar e analisar dados quantitativos e qualitativos que permitam: (i) compreender como o Poder Judiciário brasileiro interpreta, em casos de violência contra

---

responsáveis por crianças e adolescentes – com o principal intuito de prevenir a ocorrência de violência contra esse grupo social. Documento disponível em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/Estudo\\_PSP\\_Portugues.pdf](http://www.unicef.org/brazil/pt/Estudo_PSP_Portugues.pdf)>. Acesso em 18.09.2016.

<sup>34</sup> SEBBA, Leslie. Child protection or child liberation? ... *op. cit.* p.159-187.

<sup>35</sup> Sobre as diferentes aplicações dos princípios contidos no ECA dadas pelo judiciário, cf. FIGUEIREDO, Camila Salles. *O problema da responsabilidade do menor: a verificação das medidas socioeducativas no período de 2007 a 2012 no Supremo Tribunal Federal*. Relatório de pesquisa financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo. Franca/SP, 2013.

<sup>36</sup> Sobre as disputas ideológicas envolvidas no processo de aprovação da Lei nº 13.010/2014, popularmente denominada “Lei da Palmada”, cf. RIBEIRO, Fernanda Bittencourt. Governo dos adultos, governo das crianças: agentes, práticas e discursos a partir da “lei da palmada”. *Civitas*, Porto Alegre, v. 13, n. 2, p. 292-308, maio-ago. 2013.

<sup>37</sup> RICHARDSON, Roberto Jarry et al.. *Pesquisa social: métodos e técnicas*. 3. ed. 13. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011. p. 259-261.

<sup>38</sup> GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 22-25.

criança e adolescente, as teses defensivas de atuação no exercício do direito-dever de educação; e, além disso, (ii) se a fundamentação das decisões são mais orientadas à delimitação da extensão deste direito-dever do ofensor ou à necessidade de proteção da criança-vítima. A pesquisa, contudo, não se limitou a isso, abrangendo também o levantamento de outros dados relevantes para compreensão das tendências de vitimização aqui analisadas. Para tanto, foi realizada inicialmente uma *documentação*, aqui compreendida como registro e sistematização de dados – no caso, acórdãos –, a fim de colocá-los em condições de serem analisados; e, em seguida, uma *observação* da descrição objetiva do conteúdo que fundamentou cada decisão judicial. As análises teóricas realizadas no início do trabalho, por sua vez, servem como base para situar os dados a serem coletados, possibilitando análises críticas dotadas de lastro científico e jurídico.

Para que a investigação acerca de um determinado tópico seja consistente, são necessárias determinadas delimitações de ordem temática, temporal e institucional, a fim de tornar a averiguação pretendida cientificamente possível e sólida<sup>39</sup>. Tendo isso em vista, aplicando *recortes jurisprudenciais*<sup>40</sup>, restringiu-se o espaço amostral da pesquisa proposta ao estudo de acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) em que foram julgados casos de maus-tratos entre os anos de 2014-2015.

Focando em uma avaliação do passado recente, estabeleceu-se como *recorte temporal* o intervalo 2014-2015 (i) pela pretensão de se incrementar a capacidade da pesquisa de dialogar com o presente, e (ii) em virtude de o período ter sido marcado pelo advento da Lei nº 13.010/2014, marco normativo relevante para o estudo desenvolvido. Quanto ao *recorte institucional*, escolheu-se o TJSP em virtude de os tribunais de justiça dos estados – em comparação com tribunais de superposição – tomarem contato mais direto com os fatos de cada caso concreto, característica que aumenta a possibilidade de se obter respostas mais satisfatórias às perguntas que motivaram a pesquisa empírica. Já a escolha pelo tribunal de São Paulo deu-se em virtude da

---

<sup>39</sup> SCHIMITTER, Phillippe. The design of social and political research. In: DELLA PORTA, Donatella; KEATING, Michael (ed). *Approaches and methodologies in the social sciences: a pluralist perspective*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 267.

<sup>40</sup> “São ‘recortes jurisprudenciais’ todas as estratégias de delimitação do tema. Nas pesquisas de jurisprudência, os recortes mais recorrentes são os institucionais, temáticos, os processuais e os temporais”. O recorte institucional diz respeito à delimitação de uma ou mais instituições cujas decisões serão analisadas. Já o recorte temático consiste na escolha de um tema específico, dentre vários outros, para ser o objeto da pesquisa. O recorte temporal, por sua vez, refere-se à delimitação de um período em que as decisões a serem examinadas foram proferidas. Estes são os filtros aplicados na análise de jurisprudência à qual se propõe este trabalho. Sobre estes recortes de jurisprudência e outros conceitos correlatos, cf. PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como utilizá-la? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAU, Marina (coord.). *Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão e curso*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 144-146.

necessidade inafastável de se conjugar (i) as necessidades de compor uma amostra representativa e (ii) as limitações de alcance da investigação, incapaz de abranger a totalidade dos estados da federação brasileira. Além disso, aplicou-se ainda um *recorte temático*, escolhendo-se o crime de maus-tratos como centro da análise, por ser justamente aquele em que a violência cometida contra a criança e o adolescente se dá para propósitos de “educação, ensino, tratamento ou custódia”.

Para a coleta do material a ser analisado, foi realizada busca no sítio eletrônico do TJSP, mais precisamente na seção Consulta de Jurisprudência<sup>41</sup>. Nos mecanismos de pesquisa de decisões judiciais, foram aplicados os termos “(‘Maus-tratos’ E ‘educação’) OU (‘Maus-tratos’ E ‘disciplina’)”, obtendo-se, com isso, um retorno de 120 acórdãos, sendo 35 em 2014 e 85 em 2015. Após uma análise preliminar do teor de cada um, foram excluídos acórdãos que versavam sobre temas distintos do objeto pesquisado, em que as palavras-chave escolhidas apareciam em contextos diversos daqueles buscados. Com isso, restaram selecionados 75 acórdãos (19 em 2014, 46 em 2015) que traziam discussões estritamente relacionadas à vitimização de crianças e adolescentes, cuja acusação tinha como objeto delitos de *maus-tratos* (art. 136, Código Penal), *tortura* (art. 1º, Lei nº. 9.455/1997) e *lesão corporal* (art. 129, Código Penal). Abriu-se a possibilidade de serem analisadas decisões que não versassem estritamente sobre maus-tratos, mas também sobre outras figuras típicas, na medida em que o acórdão trouxesse discussão acerca de um possível fim disciplinar na conduta analisada, bem como a consequente possibilidade de ser ela classificada como maus-tratos<sup>42</sup>. Por fim, dos 75 acórdãos previamente selecionados, foram excluídos outros 10, por consistirem em decisões que apenas discutiam questões processuais, ou que não adentraram a discussão sobre o tema da pesquisa.

Destarte, a amostra final foi delimitada em 65 acórdãos<sup>43</sup>, tendo 25 deles sido proferidos em 2014, e 40 em 2015. Após a seleção do material a ser estudado,

---

<sup>41</sup> Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em 16 set. 2016.

<sup>42</sup> Isso se justifica especialmente pelas perguntas-problema que motivaram a pesquisa empírica. Se o trabalho se dedica a analisar como o Poder Judiciário recepciona as teses defensivas de exercício de um direito-dever de correção, não faria sentido excluir a análise de casos classificados como *tortura* ou *lesão corporal* nos quais o autor da conduta alega ter agido imbuído de finalidade educativa, e dentro dos limites legalmente permitidos.

<sup>43</sup> Sendo eles: BRASIL. TJSP. Apelação nº 0006319-05.2013.8.26.0462, j. 11.12.2014, 13ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Cardoso Perpétuo; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0001588-16.2009.8.26.06202, j. 03.11.2014, 2ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Francisco Orlando; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0002750-2.2002.8.26.0083, j. 28.11.2014, 2ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Aguinaldo Freitas Filho; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0001031-7.2011.8.26.0704, j. 16.09.2014, 3ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Geraldo Wohlers; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0001910-65.2010.8.26.0114, j. 21.08.2014, 15ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Poças Leitão; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0000954-93.2011.8.26.0185, j. 21.08.2014, 4ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. César Augusto Andrade de Castro; BRASIL. TJSP. Recurso em Sentido Estrito nº 0007086-13.2010.8.26.0506, j. 21.08.2014, 8ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Louri Barbiero; BRASIL. TJSP. Apelação nº

0009138-85.2001.8.26.0606, j. 11.08.2014, 2ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Francisco Orlando; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0001666-15.2011.8.26.0434, j. 31.07.2014, 4ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Alexandre Almeida; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0084498-93.2011.8.26.0050, j. 24.06.2014, 16ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Otávio de Almeida Toledo; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0000795-44.2011.8.26.0673, j. 22.05.2014, 3ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Zorzi Rocha; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0001502-08.2013.8.26.0587, j. 20.05.2014, 16ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Pedro Menin; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0013983-58.2011.8.26.0462, j. 10.04.2014, 2ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Otávio Henrique; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0003213-11.2010.8.26.0407, j. 03.04.2014, 13ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Augusto de Siqueira; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0006089-51.2009.8.26.0575, j. 20.03.2014, 3ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Julio Caio Farto Salles; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0005063-35.2010.8.26.0655, j. 17.03.2014, 2ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Francisco Orlando; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0024634-55.2012.8.26.0482, j. 13.03.2014, 9ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Penteador Navarro; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0002034-44.2007.8.26.0505, j. 13.03.2014, 8ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Laerte Marrone de Castro Sampaio; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0005033-69.2008.8.26.0396, j. 27.02.2014, 4ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Alexandre Almeida; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0013159-66.2008.8.26.0604, j. 19.02.2014, 12ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Breno Guimarães; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0005231-87.2012.8.26.0066, j. 19.02.2014, 12ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Angélica Almeida; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0050862-73.2010.8.26.0050, j. 25.02.2014, 3ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Toloza Neto; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0001101-55.2006.8.26.0360, j. 13.02.2014, 3ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Zorzi Rocha; BRASIL. TJSP. Embargos de Declaração nº 0008231-70.2012.8.26.0624/50000, j. 06.02.2014, 15ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. J. Martins; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0017327-27.2010.8.26.0577, j. 30.01.2014, 7ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Roberto Solimene; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0015838-28.2011.8.26.0606, j. 29.01.2014, 5ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Juvenal Duarte; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0003361-63.2000.8.26.0539, j. 26.02.2015, 5ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Juvenal Duarte; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0000044-89.2010.8.26.0415, j. 26.02.2015, 5ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Juvenal Duarte; BRASIL. TJSP. Apelação nº 3001636-59.2013.8.26.0077, j. 26.03.2015, 9ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Sérgio Coelho; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0032287-38.2014.8.26.0224, j. 30.04.2015, 8ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Alcides Malossi Junior; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0016047-21.2008.8.26.0050, j. 30.04.2015, 7ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Amaro Thomé; BRASIL. TJSP. Apelação nº 3001702-30.2013.8.26.0565, j. 30.04.2015, 9ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Sérgio Coelho; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0004558-25.2010.8.26.0338, j. 29.04.2015, 11ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Maria Tereza do Amaral; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0029587-15.2009.8.26.0564, j. 18.05.2015, 7ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Freitas Filho; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0006845-43.2011.8.26.0073, j. 25.06.2015, 13ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Moreira da Silva; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0007616-79.2005.8.26.0445, j. 25.06.2015, 13ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Otávio de Almeida Toledo; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0004109-81.2012.8.26.0052, j. 27.07.2015, 1ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Figueiredo Gonçalves; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0001792-51.2012.8.26.0589, j. 03.08.2015, 2ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Eduardo Abdalla; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0007606-81.2014.8.26.0554, j. 11.08.2015, 4ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Edison Brandão; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0032060-83.2011.8.26.0602, j. 06.08.2015, 7ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Amaro Thomé; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0017435-79.2013.8.26.0309, j. 13.08.2015, 9ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Sérgio Coelho; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0001273-67.2011.8.26.0474, j. 19.08.2015, 12ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Vico Manãs; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0044017-75.2010.8.26.0001, j. 20.08.2015, 14ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Marco de Lorenzi; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0017011-24.2012.8.26.0066, j. 24.08.2015, 1ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Ivo de Almeida; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0001144-20.2011.8.26.0488, j. 27.08.2015, 9ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Sérgio Coelho; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0021169-79.2010.8.26.0006, j. 11.09.2015, 6ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Souza Nery; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0002671-58.2012.8.26.0589, j. 17.09.2015, 5ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Sérgio Ribas; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0002963-18.2010.8.26.0620, j. 17.09.2015, 6ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Marcelo Correa; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0083290-03.2012.8.26.0224, j. 22.09.2015, 16ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Newton Neves; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0000535-98.2011.8.26.0306, j. 01.10.2015, 13ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. De Paula Santos; BRASIL. TJSP. Pedido revisional nº 0030249-12.2015.8.26.0000, j. 30.09.2015, 6º Grupo de Câmaras de Direito Criminal, Des. Rel. Guilherme G. Strenger; BRASIL. TJSP. Apelação nº 3001964-36.2013.8.26.0320, j. 29.09.2015, 4ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Ivan Sartori; BRASIL. TJSP.

procedeu-se à catalogação dos 65 acórdãos, segundo sua (i) classe processual; (ii) número do processo; (iii) data do julgamento; (iv) Desembargadores(as) que participaram do julgamento; (v) parte que ingressou com a medida; e (v) pedidos.

Na sequência foram levantados os seguintes dados, com o intuito de compreender e sistematizar as informações acerca da conduta analisada:

- i. *Dados acerca da conduta*: (a) tipificação; (b) data da ocorrência; (c) comarca da ocorrência; (d) modo pelo qual a conduta ocorreu (violência física; psicológica; abandono; privação);
- ii. *Dados acerca do perfil da pessoa acusada*: (a) nome; (b) relação com a vítima; (c) gênero; (d) se alegou ter agido no exercício do direito de correção; (e) se requereu a desclassificação da conduta;
- iii. *Dados acerca do perfil da vítima*: (a) nome; (b) idade; (c) gênero.

Após a obtenção dessas informações, passou-se à análise do entendimento dos Desembargadores do TJSP, tendo como parâmetro as perguntas-problema expostas no início deste item. Para tanto, foi elaborado o seguinte roteiro de questões, as quais foram respondidas conforme o exame de cada acórdão que compunha a amostra: (i) Qual foi o resultado da decisão? (ii) Houve entendimento sobre o direito-dever de educar? (iii) A decisão buscou: (a) delimitar o direito-dever de educar; (b) destacar as necessidades de proteção especial das vítimas; ou (c) ambos? (iv) A idade da vítima foi considerada relevante para a tomada de decisão? (v) Houve menção à legislação de proteção especial? (vi) Outros aspectos decisórios considerados relevantes casuisticamente.

---

Apelação nº 0000830-66.2013.8.26.0177, j. 08.10.2015, 9ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Amaro Thomé; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0021528-48.2012.8.26.0462, j. 29.10.2015, 1ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Nelson Fonseca Júnior; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0016416-64.2012.8.26.0344, j. 05.11.2015, 14ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Marco de Lorenzi; BRASIL. TJSP. Apelação nº 3002638-55.2013.8.26.0565, j. 12.11.2015, 5ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Sérgio Ribas; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0056046-10.2012.8.26.0577, j. 12.11.2015, 13ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. De Paula Santos; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0003758-86.2014.8.26.0554, j. 12.11.2015, 10ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Rachid Vaz de Almeida; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0000481-22.2008.8.26.0312, j. 19.11.2015, 14ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Walter da Silva; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0003082-79.2014.8.26.0218, j. 24.11.2015, 4ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Euvaldo Chaib; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0007260-31.2014.8.26.0005, j. 26.11.2015, 1ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Airton Vieira; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0001120-12.2007.8.26.0462, j. 03.12.2015, 9ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Amaro Thomé; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0014714-05.2012.8.26.0079, j. 16.12.2015, 4ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Alexandre Almeida; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0037115-95.2012.8.26.0564, j. 17.12.2015, 15ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Willian Campos; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0003198-04.2012.8.26.0300, j. 14.12.2015, 1ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Péricles Piza.

## 3.2. RESULTADOS

### 3.2.1. Panorama dos casos considerados nas decisões judiciais analisadas

Uma vez que cada decisão corresponde a um caso diferente processado pelo sistema de justiça criminal, em 65 casos foram contabilizadas 92 vítimas crianças ou adolescentes (média de 1,415 pessoas vitimizadas por ocorrência) e 75 pessoas acusadas (média de 1,154 pessoas denunciadas por caso). Verifica-se, assim, nos eventos estudados, a tendência de que o uso de violência contra a criança ou adolescente em um mesmo núcleo familiar se estenda para mais de uma vítima, e seja recorrentemente cometido por mais de uma pessoa agressora. Tais dados extraídos parecem sugerir que a violência contra a criança ou adolescente no espaço doméstico consiste em prática menos relacionada a uma vítima especificamente considerada, e mais relacionada à categoria infância-adolescência: havendo mais de uma criança em um mesmo núcleo familiar, a violência tende a ser utilizada contra mais de uma.

### 3.2.2. Perfil da pessoa acusada

Por meio de um levantamento sobre o perfil das pessoas acusadas nas decisões analisadas, foi possível verificar que tipo de relação com a vítima possuíam os réus e réas, bem como seu gênero. A tabela abaixo demonstra todos os resultados obtidos nesse sentido:

Tabela 1 – Perfil da pessoa acusada

Foco da análise	N	%
<b>1. Relação da pessoa acusada com a vítima</b>	<b>75</b>	<b>100%</b>
(a) Pai	32	42,67%
(b) Mãe	16	21,33%
(c) Padrasto	10	13,33%
(d) Madrasta	3	4,00%
(e) Irmã	2	2,67%
(f) Avô	2	2,67%
(g) Tio	2	2,67%



**Tabela 1** – Perfil da pessoa acusada

<i>(h) Outras relações</i>	5	6,67%
<i>(i) Não informado</i>	3	4,00%
<b>2. Gênero da pessoa acusada</b>	<b>75</b>	<b>100%</b>
<i>(a) Masculino</i>	49	65,33%
<i>(b) Feminino</i>	23	30,67%
<i>(c) Não informado</i>	2	4,00%

Fonte: Elaboração própria, a partir de dados disponibilizados eletronicamente pelo TJSP.

A partir do levantamento feito, infere-se que, dentre os casos analisados, o maior responsável pelo uso de violência contra a criança e o adolescente no âmbito doméstico era pai da vítima (42,67%). Em segundo lugar, e com cerca de metade de recorrências em relação ao número de vezes em que se constatou ser o pai o agressor, encontra-se a mãe da vítima (21,33%), seguida pelo padrasto (13,33%). Outras relações familiares (irmã, avô e tio) apareceram em frequência bem menor (menos de 3% cada uma). Ainda, dentro do grupo “outras relações” foram observadas duas tutoras, um vizinho, uma pessoa que convivia com a mãe da vítima e um coordenador de instituição de abrigamento infantil.

Tendo em conta os números apresentados acima, verifica-se ainda que, considerando-se o gênero da pessoa acusada, 65% dos autores das condutas eram homens, enquanto que 31% eram mulheres. Em 4% dos casos, o gênero da pessoa acusada não foi informado.

### 3.2.3. Perfil da vítima

Em relação à vítima, foram considerados seus perfis de acordo com suas faixas etárias e gênero. Os números e frequências encontradas estão dispostas na tabela seguinte.

**Tabela 2** – Perfil da vítima

<b>Foco da análise</b>	<b>N</b>	<b>%</b>
<b>1. Faixa etária da vítima</b>	<b>95</b>	<b>100%</b>
<i>(a) 01-06 anos</i>	31	32,63%

**Tabela 2 – Perfil da vítima**

<i>(b) 07-12(incompletos) anos</i>	22	23,15%
<i>(c) Vitimização continuada entre as faixas etárias (a) e (b)</i>	1	1,05%
<i>(d) 12-18 anos</i>	13	13,68%
<i>(e) não informado</i>	19	27,17%
<b>2. Gênero da vítima</b>	<b>95</b>	<b>100%</b>
<i>2.1. Feminino</i>	37	57,61%
<i>2.2. Masculino</i>	53	40,22%
<i>2.3. Não informado</i>	2	2,17%

Fonte: Elaboração própria, a partir de dados disponibilizados eletronicamente pelo TJSP.

Como se pode observar, o alto número de casos nos quais a idade das vítimas não foi considerada na decisão do Tribunal impede uma avaliação precisa de qual seria a faixa etária que foi alvo com maior frequência de violência no âmbito doméstico<sup>44</sup>. Não obstante, se consideradas apenas as decisões nos quais as idades são mencionadas, seria possível concluir que o número de vítimas aumenta significativamente na medida em que diminuem suas idades. Nessas circunstâncias, o grupo que mais teria sido alvo de violência no âmbito doméstico teria sido o das crianças na primeira infância<sup>45</sup>. Considerando-se, todavia, a totalidade das decisões (incluindo aquelas em que não se mencionou a idade), pode-se verificar que a frequência de vítimas inseridas em um grupo de crianças entre 0-12 anos incompletos (58,61%) é maior que a frequência dos demais grupos em conjunto (41,39%).

No que tange ao gênero, verifica-se que a maioria das vítimas era do gênero feminino, representando um total de 57,61%; 40,22% eram do gênero masculino; e em 2,17% dos casos o gênero da vítima não foi mencionado.

Tais dados sugerem uma maior vulnerabilidade de crianças a violências no contexto doméstico, em comparação com indivíduos já na fase da adolescência. Além disso, crianças e adolescentes do gênero feminino representam a maioria das pessoas submetidas a tais processos de vitimização.

<sup>44</sup> Na hipótese de as 19 vítimas cuja idade não foi informada estarem na faixa etária dos 12-18 anos, o número de adolescentes vitimizados (neste caso, 32) ultrapassaria o número de crianças entre 01-06 anos que foram vítimas de violência doméstica (31). Tal possibilidade não pode ser cientificamente descartada; entretanto, é razoável supor que ela é remota, tendo em vista os padrões etários de vitimização observados.

<sup>45</sup> No contexto nacional a primeira infância, conforme definição dada pela Lei nº 13.257/2016 (Marco Legal da Primeira Infância), é o período que abrange os primeiros seis anos completos de vida da criança.

### 3.2.4. A residência como local de vitimização

Dos 65 casos que compuseram a amostra, em 34 deles a agressão ocorreu dentro da residência da vítima (52,31% do total). Em outros três casos, a vitimização ocorreu tanto dentro quanto fora de casa (3,08%). Somados esses dois grupos, tem-se que em 37 casos (55,39% da amostra) o delito ocorreu, ao menos parcialmente, dentro da residência da criança ou adolescente. Além disso, apenas em 3 casos analisados é possível inferir que a vitimização ocorreu fora do âmbito residencial (4,62%). Em outros 25 acórdãos (40% do total), o local em que o delito ocorreu não foi explicitamente informado. Contudo, ainda que todos esses 25 casos tivessem ocorrido fora da residência da vítima (cenário improvável, tendo em vista os padrões de vitimização observados), o número de vitimizações no meio residencial continuaria sendo maioria.

Tais dados podem ser conferidos na Tabela 3 abaixo:

**Tabela 3** – Local em que ocorreu o processo de vitimização (65 decisões)

<b>Foco da análise</b>	<b>N</b>	<b>%</b>
<b>1. Local</b>	<b>65</b>	<b>100%</b>
<i>(a) Dentro da residência</i>	34	52,31%
<i>(b) Fora da residência</i>	3	4,62%
<i>(c) Ambos</i>	2	3,08%
<i>(d) Não informado</i>	25	40,00%

Fonte: Elaboração própria, a partir de dados disponibilizados eletronicamente pelo TJSP.

Assim, a pesquisa demonstrou que os processos de vitimização contra crianças e adolescentes, sob a justificativa de correção e disciplina, inclinam-se a ocorrer majoritariamente no âmbito residencial no qual a vítima está inserida.

### 3.2.5. Receptividade pelo TJSP das teses de exercício regular do direito de correção

Conforme exposto, o critério para seleção das decisões analisadas foi a possibilidade de existência de discussão acerca dos limites do uso de violência no âmbito doméstico para fins educativos. Por meio do levantamento de frequências de resultados dos julgamentos com mesma orientação, buscou-se

averiguar o grau de aceitação de teses defensivas de exercício regular do direito de correção.

Para a primeira análise, foram avaliados os resultados finais de cada decisão, observando-se especialmente: (i) como a conduta foi classificada originalmente na primeira instância; (ii) se a decisão de segunda instância manteve a classificação típica original, ou se a reclassificou, e, neste segundo caso, se a reclassificação foi para um tipo penal com sanções mais graves ou mais brandas; por fim, (iii) se, em função do julgamento em segunda instância, houve aumento ou redução de pena, ou, ainda, absolvição da pessoa acusada.

O resultado pode ser conferido na Tabela 4 abaixo, indicando uma propensão majoritariamente condenatória por parte do TJSP:

**Tabela 4 – Resultados das decisões de segunda instância (65 decisões)**

Foco da análise	N	%
<b>1. Decisões desfavoráveis à pessoa acusada</b>	<b>39</b>	<b>60%</b>
<i>(a) Manutenção da decisão original (condenação por maus-tratos)<sup>46</sup></i>	17	26,15%
<i>(b) Manutenção da decisão original (condenação por maus-tratos e outros)<sup>47</sup></i>	5	7,69%

<sup>46</sup> (i) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0001031-7.2011.8.26.0704, j. 16.09.2014, 3ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Geraldo Wohlers; (ii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0000954-93.2011.8.26.0185, j. 21.08.2014, 4ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. César Augusto Andrade de Castro; (iii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0000795-44.2011.8.26.0673, j. 22.05.2014, 3ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Zorzi Rocha; (iv) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0013983-58.2011.8.26.0462, j. 10.04.2014, 9ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Otávio Henrique; (v) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0003213-11.2010.8.26.0407, j. 03.04.2014, 13ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Augusto de Siqueira; (vi) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0017327-27.2010.8.26.0577, j. 30.01.2014, 7ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Roberto Solimene; (vii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0015838-28.2011.8.26.0606, j. 29.01.2014, 5ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Juvenal Duarte; (viii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0003361-63.2000.8.26.0539, j. 26.02.2015, 5ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Juvenal Duarte; (ix) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0000044-89.2010.8.26.0415, j. 26.02.2015, 5ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Juvenal Duarte; (x) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0007606-81.2014.8.26.0554, j. 11.08.2015, 4ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Edison Brandão; (xi) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0044017-75.2010.8.26.0001, j. 20.08.2015, 14ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Marco de Lorenzi; (xii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0001144-20.2011.8.26.0488, j. 27.08.2015, 9ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Sérgio Coelho; (xiii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0021169-79.2010.8.26.0006, j. 11.09.2015, 6ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Souza Nery; (xiv) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0002671-58.2012.8.26.0589, j. 17.09.2015, 5ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Sérgio Ribas; (xv) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0002963-18.2010.8.26.0620, j. 17.09.2015, 6ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Marcelo Correa; (xvi) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0021528-48.2012.8.26.0462, j. 29.10.2015, 1ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Nelson Fonseca Júnior; (xvii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0000481-22.2008.8.26.0312, j. 19.11.2015, 14ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Walter da Silva.

<sup>47</sup> (i) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0024634-55.2012.8.26.0482, j. 13.03.2014, 9ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Penteadó Navarro; (ii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0005231-87.2012.8.26.0066, j. 19.02.2014, 12ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Angélica Almeida; (iii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0016047-21.2008.8.26.0050, j. 30.04.2015, 7ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Amaro Thomé;

**Tabela 4 – Resultados das decisões de segunda instância (65 decisões)**

<i>(c) Manutenção da decisão original (condenação por tortura)<sup>48</sup></i>	8	12,31%
<i>(d) Manutenção da decisão original (condenação por tortura e outros)<sup>49</sup></i>	1	1,54%
<i>(e) Manutenção da decisão original (condenação por lesão corporal)<sup>50</sup></i>	3	4,62%
<i>(f) Manutenção da decisão original (condenação por lesão corporal e outros)<sup>51</sup></i>	1	1,54%
<i>(g) Manutenção da decisão original (condenação por maus-tratos) e extinção da punibilidade em relação a um dos agentes<sup>52</sup></i>	1	1,54%
<i>(h) Condenação por maus-tratos<sup>53</sup></i>	1	1,54%
<i>(i) Reclassificação de maus-tratos para tortura<sup>54</sup></i>	1	1,54%

*(iv)* BRASIL. TJSP. Apelação nº 0017011-24.2012.8.26.0066, j. 24.08.2015, 1ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Ivo de Almeida; *(v)* BRASIL. TJSP. Apelação nº 0014714-05.2012.8.26.0079, j. 16.12.2015, 4ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Alexandre Almeida.

<sup>48</sup> *(i)* BRASIL. TJSP. Apelação nº 0002750-2.2002.8.26.0083, j. 28.11.2014, 2ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Aguinaldo Freitas Filho; *(ii)* BRASIL. TJSP. Apelação nº 0009138-85.2001.8.26.0606, j. 11.08.2014, 2ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Francisco Orlando; *(iii)* BRASIL. TJSP. Embargos de Declaração nº 0008231-70.2012.8.26.0624/50000, j. 06.02.2014, 15ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. J. Martins; *(iv)* BRASIL. TJSP. Apelação nº 0017435-79.2013.8.26.0309, j. 13.08.2015, 9ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Sérgio Coelho; *(v)* BRASIL. TJSP. Pedido revisional nº 0030249-12.2015.8.26.0000, j. 30.09.2015, 6º Grupo de Câmaras de Direito Criminal, Des. Rel. Guilherme G. Strenger; *(vi)* BRASIL. TJSP. Apelação nº 0000830-66.2013.8.26.0177, j. 08.10.2015, 9ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Amaro Thomé; *(vii)* BRASIL. TJSP. Apelação nº 3002638-55.2013.8.26.0565, j. 12.11.2015, 5ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Sérgio Ribas; *(viii)* BRASIL. TJSP. Apelação nº 0007260-31.2014.8.26.0005, j. 26.11.2015, 1ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Airton Vieira.

<sup>49</sup> *(i)* BRASIL. TJSP. Apelação nº 0004109-81.2012.8.26.0052, j. 27.07.2015, 1ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Figueiredo Gonçalves.

<sup>50</sup> *(i)* BRASIL. TJSP. Apelação nº 0001666-15.2011.8.26.0434, j. 31.07.2014, 4ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Alexandre Almeida; *(ii)* BRASIL. TJSP. Apelação nº 0003758-86.2014.8.26.0554, j. 12.11.2015, 10ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Rachid Vaz de Almeida; *(iii)* BRASIL. TJSP. Apelação nº 0037115-95.2012.8.26.0564, j. 17.12.2015, 15ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Willian Campos.

<sup>51</sup> *(i)* BRASIL. TJSP. Apelação nº 3001964-36.2013.8.26.0320, j. 29.09.2015, 4ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Ivan Sartori.

<sup>52</sup> *(i)* BRASIL. TJSP. Apelação nº 0001120-12.2007.8.26.0462, j. 03.12.2015, 9ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Amaro Thomé.

<sup>53</sup> *(i)* BRASIL. TJSP. Apelação nº 0056046-10.2012.8.26.0577, j. 12.11.2015, 13ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. De Paula Santos.

<sup>54</sup> *(i)* BRASIL. TJSP. Recurso em Sentido Estrito nº 0007086-13.2010.8.26.0506, j. 21.08.2014, 8ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Louri Barbiero.

**Tabela 4 – Resultados das decisões de segunda instância (65 decisões)**

<i>(j) Aumento de pena sem reclassificação da conduta (tortura)</i> <sup>55</sup>	1	1,54%
<b>2. Decisões favoráveis à pessoa acusada</b>	<b>24</b>	<b>36,92%</b>
<i>(a) Redução de pena sem reclassificação da conduta (maus-tratos)</i> <sup>56</sup>	7	10,77%
<i>(b) Redução de pena sem reclassificação da conduta (maus-tratos e outro)</i> <sup>57</sup>	1	1,54%
<i>(c) Redução de pena sem reclassificação da conduta (tortura)</i> <sup>58</sup>	1	1,54%
<i>(d) Redução de pena com desclassificação da conduta de tortura para maus-tratos</i> <sup>59</sup>	3	4,62%
<i>(e) Redução de pena com desclassificação da conduta de lesão corporal para maus-tratos</i> <sup>60</sup>	2	3,08%
<i>(f) Redução de pena com desclassificação da conduta de maus-tratos para vias de fato</i> <sup>61</sup>	1	1,54%

<sup>55</sup> (i) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0006089-51.2009.8.26.0575, j. 20.03.2014, 3ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Julio Caio Farto Salles.

<sup>56</sup> (i) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0001588-16.2009.8.26.06202, j. 03.11.2014, 2ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Francisco Orlando; (ii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0013159-66.2008.8.26.0604, j. 19.02.2014, 12ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Breno Guimaraes; (iii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 3001702-30.2013.8.26.0565, j. 30.04.2015, 9ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Sérgio Coelho; (iv) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0004558-25.2010.8.26.0338, j. 29.04.2015, 11ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Maria Tereza do Amaral; (v) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0029587-15.2009.8.26.0564, j. 18.05.2015, 7ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Freitas Filho; (vi) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0032060-83.2011.8.26.0602, j. 06.08.2015, 7ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Amaro Thomé; (vii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0000535-98.2011.8.26.0306, j. 01.10.2015, 13ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. De Paula Santos.

<sup>57</sup> (i) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0007616-79.2005.8.26.0445, j. 25.06.2015, 13ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Otávio de Almeida Toledo.

<sup>58</sup> (i) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0003198-04.2012.8.26.0300, j. 14.12.2015, 1ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Péricles Piza.

<sup>59</sup> (i) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0006319-05.2013.8.26.0462, j. 11.12.2014, 13ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Cardoso Perpétuo; (ii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0001502-08.2013.8.26.0587, j. 20.05.2014, 16ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Pedro Menin; (iii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0002034-44.2007.8.26.0505, j. 13.03.2014, 8ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Laerte Marrone de Castro Sampaio.

<sup>60</sup> (i) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0084498-93.2011.8.26.0050, j. 24.06.2014, 16ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Otávio de Almeida Toledo; (ii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0003082-79.2014.8.26.0218, j. 24.11.2015, 4ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Euvaldo Chaib.

<sup>61</sup> (i) BRASIL. TJSP. Apelação nº 3001636-59.2013.8.26.0077, j. 26.03.2015, 9ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Sérgio Coelho.

**Tabela 4 – Resultados das decisões de segunda instância (65 decisões)**

<i>(g) Manutenção da decisão original (desclassificação para maus-tratos)<sup>62</sup></i>	2	3,08%
<i>(h) Absolvição parcial e redução de pena sem reclassificação da conduta<sup>63</sup></i>	2	3,08%
<i>(i) Manutenção da decisão original (absolvição por insuficiência probatória)<sup>64</sup></i>	1	1,54%
<i>(j) Absolvição da pessoa acusada (atipicidade da conduta)<sup>65</sup></i>	4	6,15%
<b>3. Outros<sup>66</sup></b>	<b>2</b>	<b>3,08%</b>

Fonte: Elaboração própria, a partir de dados disponibilizados eletronicamente pelo TJSP.

Observa-se que a maioria dos acórdãos mostrou-se tendente a não admitir teses de atuação dentro dos limites do direito-dever de educar as vítimas. Neste sentido, observa-se que em 60% dos acórdãos a decisão foi desfavorável às pretensões das pessoas acusadas, sendo que em grande parte desses casos a decisão original já era condenatória. Além disso, se considerados todos os acórdãos, contrários e favoráveis à pretensão da pessoa acusada, verifica-se que a condenação por maus-tratos esteve presente em 60% das ocorrências – quer como manutenção da decisão original, quer por reclassificação de conduta mais gravosa ou mais branda. Com isso, determina-se a alta frequência em que a violência praticada contra a criança foi considerada um abuso do “meio de correção”. É importante destacar também que em apenas 6,15% dos acórdãos o TJSP absolveu as pessoas acusadas por considerar atípicas suas condutas, número que denota a baixa aceitação das teses defensivas aqui estudadas. Além

<sup>62</sup> (i) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0005033-69.2008.8.26.0396, j. 27.02.2014, 4ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Alexandre Almeida; (ii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0001101-55.2006.8.26.0360, j. 13.02.2014, 3ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Zorzi Rocha.

<sup>63</sup> (i) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0005063-35.2010.8.26.0655, j. 17.03.2014, 2ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Francisco Orlando; (ii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0006845-43.2011.8.26.0073, j. 25.06.2015, 13ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Moreira da Silva.

<sup>64</sup> (i) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0083290-03.2012.8.26.0224, j. 22.09.2015, 16ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Newton Neves.

<sup>65</sup> (i) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0001910-65.2010.8.26.0114, j. 21.08.2014, 15ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Poças Leitão; (ii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0001792-51.2012.8.26.0589, j. 03.08.2015, 2ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Eduardo Abdalla; (iii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0001273-67.2011.8.26.0474, j. 19.08.2015, 12ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Vico Manãs; (iv) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0016416-64.2012.8.26.0344, j. 05.11.2015, 14ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Marco de Lorenzi.

<sup>66</sup> (i) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0050862-73.2010.8.26.0050, j. 25.02.2014, 3ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Toloza Neto; (ii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0032287-38.2014.8.26.0224, j. 30.04.2015, 8ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Alcides Malossi Junior.

disso, em 24,63% das vezes a conduta foi classificada como lesão corporal ou tortura, hipóteses em que se considerou não haver, em absoluto, finalidade educativa no atuar dos agentes, mas apenas um intento de agredir a vítima.

### 3.2.6. O lugar da vítima nas decisões analisadas

Finalmente, três últimos procedimentos foram adotados para analisar o lugar concedido à vítima pelos julgadores em suas decisões: (i) primeiramente, verificação e contabilização da frequência com que a idade da vítima foi uma variável relevante para a decisão tomada; após, (ii) avaliação do conteúdo da decisão, com o intuito de averiguar se há menção às necessidades protetivas das vítimas em questão, diante de suas particularidades; e, por fim, (iii) levantamento dos marcos legais que conformam sistemas de proteção e promoção de direitos de grupos específicos que tenham sido citados.

O primeiro foco de análise, em linha com os estudos de “vitimologia desenvolvimental” (*developmental victimology*), buscou identificar se, nas decisões avaliadas, a eventual atenção dada à vítima levaria em consideração os diferentes estágios de desenvolvimento do sujeito no momento de caracterização da infração e aplicação da pena. Na sequência, a análise sobre a orientação da decisão avaliou (i) se o posicionamento do julgador tendeu a valorar apenas a conduta do agente em si, determinando em que medida as ações ou omissões por parte da pessoa acusada ultrapassariam aquilo que poderia ser admitido como exercício de direito-dever de educação da criança ou adolescente; ou (ii) se a necessidade de proteção da vítima enquanto sujeito com características especiais foi também levada em conta. Por último, (iii) foi analisada a frequência com que marcos legais de proteção especial a vítimas foram utilizados como parâmetro para a decisão adotada. Os resultados observados encontram-se dispostos na tabela abaixo.

**Tabela 5 - Proteção da vítima (65 decisões)**

<b>Foco da análise</b>	<b>N</b>	<b>%</b>
<b>1. Idade da vítima como variável relevante para a decisão</b>	<b>65</b>	<b>100%</b>
<i>(a) Decisão não considera a idade da vítima como relevante para valoração da conduta</i>	51	78,46%
<i>(b) Decisão considera a idade da vítima como relevante para valoração da conduta</i>	14	21,53%
<b>2. Orientação da decisão</b>	<b>65</b>	<b>100%</b>



**Tabela 5 – Proteção da vítima (65 decisões)**

<i>(a) Apenas delimitou a extensão do direito-dever de educar</i>	56	86,15%
<i>(b) Delimitou a extensão do direito-dever de educar e destacou as necessidades de proteção à vítima</i>	8	12,30%
<i>(c) Apenas destacou as necessidades de proteção à vítima</i>	0	0%
<i>(d) Critérios não aplicáveis</i>	1	1,54%
<b>3. Legislação protetiva especial mencionada</b>	<b>65</b>	<b>100%</b>
<i>(a) Não menciona legislação protetiva especial</i>	50	76,92%
<i>(b) Menciona legislação especial</i>	15	23,08%
<i>(b.1) Lei nº 11.340/2006</i>	11	16,92%
<i>(b.2) Declarações e Convenções internacionais de direitos humanos não relacionadas especificamente à proteção da infância e adolescência</i>	1	1,54%
<i>(b.3) Declarações e Convenções internacionais de direitos humanos relacionadas à proteção da infância e adolescência</i>	2	3,08%
<i>(b.4) Lei nº 8.069/1990</i>	4	6,15%
<i>(b.5) Lei nº 13.010/2014</i>	3	4,62%

Fonte: Elaboração própria, a partir de dados disponibilizados eletronicamente pelo TJSP.

A primeira conclusão extraída da tabela acima é que os magistrados do TJSP tenderam a, na maioria dos casos (78,46%), não considerar a idade das vítimas como elemento importante de decisão<sup>67</sup>. Por um lado, tal indiferença é problemática tendo em vista que os processos de vitimização afetam distintamente crianças e adolescentes conforme seus estágios etários. Além disso, pode-se inferir que os julgadores, possivelmente, não percebem os casos de vitimização infantil e juvenil como qualitativamente distintos de casos de vitimização adulta, na medida em que a vítima criança ou adolescente aparece

<sup>67</sup> Não foram considerados como tendo levado em conta a idade da criança ou adolescente como dado decisório relevante, os acórdãos em que os desembargadores apenas mencionavam a idade da vítima como forma de relatar o caso, sem conexão com qualquer aspecto valorativo.

majoritariamente como uma figura abstrata em um processo silogístico de interpretação da lei penal.

Dentre os 14 acórdãos em que a idade da vítima aparece como elemento decisório relevante (21,53% da amostra), em sete deles tal dado foi utilizado para afastar a tipificação da conduta como maus-tratos, afirmando-a como delito mais grave (tortura ou lesão corporal). Ao proceder desta forma, os intérpretes-aplicadores visaram a delimitar que o direito-dever de educar não alcança casos em que a vítima-criança é pequena demais para entender um possível significado educativo por detrás da violência<sup>68</sup>. Por outro lado, tal argumentação pode ocultar uma implícita construção de raciocínio segundo a qual, caso a vítima fosse mais velha, a agressão seria adequada como forma de educação, independentemente do ato da criança que teria dado ensejo à reação do agressor.

No entanto, tal linha de entendimento não representa a totalidade dos 14 acórdãos em que a idade da vítima teve algum peso na justificação das decisões. Em um dos acórdãos, a idade diminuta da vítima foi interpretada como elemento que demonstrava a gravidade do delito, justificando a fixação de regime inicial fechado para cumprimento de pena, não obstante a sanção aplicada possibilitasse o estabelecimento de regime diverso<sup>69</sup>. Em outra decisão, a idade (16 anos) de uma adolescente vítima de violência doméstica foi considerada um indicativo de uma menor força física, de modo a se afastar a tese do agressor de que teria atuado em legítima defesa<sup>70</sup>. Em outros três acórdãos, a idade da vítima foi utilizada como elemento de valoração da conduta do agressor; sem, contudo, ter sido indicado na decisão uma clara conexão entre a idade e a decisão final do TJSP<sup>71</sup>. Por fim, apenas em dois

---

<sup>68</sup> Por exemplo: (i) “[...] até porque, à época, a vítima ostentava apenas 03 (três) meses de idade e, por óbvio, não teria condições de entender eventual medida corretiva” (BRASIL. TJSP. Recurso em Sentido Estrito nº 0007086-13.2010.8.26.0506, j. 21.08.2014, 8ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Lourí Barbiero); (ii) “Não há sequer como cogitar de eventual excesso de punição corretiva, pois Nicole contava apenas sete meses de idade, se encontrava na fase limiar do seu desenvolvimento intelectual e motor e nem mesmo havia dado os primeiros passos” (BRASIL. TJSP. Apelação nº 009138-85.2001.8.26.0606, j. 11.08.2014, 2ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Francisco Orlando). Em sentido similar: (iii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0006089-51.2009.8.26.0575, j. 20.03.2014, 3ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Julio Caio Farto Salles; (iv) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0002750-2.2002.8.26.0083, j. 28.11.2014, 2ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Aguinaldo de Freitas Filho; (v) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0007616-79.2005.8.26.0445, j. 25.06.2015, 13ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Otávio de Almeida Toledo; (vi) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0004109-81.2012.8.26.0052, j. 27.07.2015, 1ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Figueiredo Gonçalves).

<sup>69</sup> BRASIL. TJSP. Apelação nº 0017327-27.2010.8.26.0577, j. 30.01.2014, 7ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Roberto Solimene.

<sup>70</sup> BRASIL. TJSP. Apelação nº 0001144-20.2011.8.26.0488, j. 27.08.2015, 9ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Sérgio Coelho.

<sup>71</sup> (i) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0029587-15.2009.8.26.0564, j. 18.05.2015, 7ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Freitas Filho; (ii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0000535-98.2011.8.26.0306, j. 01.10.2015, 13ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. De Paula Santos; e (iii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0003082-79.2014.8.26.0218, j. 24.11.2015, 4ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Euvaldo Chaib.

acórdãos a idade da vítima foi expressamente mencionada em conjunção com argumentações de fundo protetivo, seja vinculando a idade a um sistema internacional de proteção dos direitos humanos da criança e do adolescente<sup>72</sup>, seja destacando a característica da criança de pessoa com necessidades especiais em decorrência de seu processo de formação<sup>73</sup>.

Esta etapa da pesquisa serviu ainda para aferir se a fundamentação das decisões são mais orientadas à delimitação da extensão do direito-dever de educar, do qual as pessoas acusadas seriam titulares, ou mais voltadas às necessidades protetivas da criança-vítima. Como se trata de uma análise de conteúdo, a investigação ateu-se tão somente àquilo que foi efetivamente exposto nas justificações conferidas pelos Desembargadores a suas decisões.

Como resultado, constatou-se que, na grande maioria dos acórdãos (56 decisões, representando 86,15% da amostra<sup>74</sup>), a fundamentação das decisões centrou-se exclusivamente na delimitação da responsabilidade das pessoas imputadas, e conseqüentemente à delimitação da extensão do direito-dever de educar do qual estas seriam titulares – isto é, sem qualquer fundamentação explícita no sentido de a intervenção jurídico-penal se atentar à situação da vítima e suas necessidades.

Neste número, foram contabilizadas, primeiramente, condenações por maus-tratos, nas quais o TJSP explicitamente delimitava o alcance do direito-dever de educar, ao asseverar, nos casos concretos, quando os meios empregados pelos agentes foram ou não excessivos em face dos propósitos educativos que teriam motivado a conduta. No entanto, além disso, foram contabilizadas também decisões que versavam sobre delitos de tortura e lesão corporal, crimes em que se considera não haver uma intenção de educar por parte do agente. No que se refere a este segundo grupo de decisões, interpretou-se que, ao afirmar que as condutas dos agentes não exteriorizavam qualquer propósito educativo, a corte também estaria a demarcar os limites materiais de um direito-dever de disciplina – ainda que abstratamente considerado –, pontuando que tal conceito não abrange determinadas formas e contextos de vitimização.

Em apenas oito dos acórdãos (12,3%) a fundamentação dos Desembargadores considerou, além da necessidade de delimitar a extensão do direito-dever de educar, também as necessidades protetivas das crianças ou

---

<sup>72</sup> BRASIL. TJSP. Apelação nº 0007260-31.2014.8.26.0005, j. 26.11.2015, 1ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Airton Vieira.

<sup>73</sup> BRASIL. TJSP. Apelação nº 0084498-93.2011.8.26.0050, j. 24.06.2014, 16ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Otávio de Almeida Toledo.

<sup>74</sup> Tais acórdãos são, em síntese, todos aqueles que compuseram a amostra, excetuando-se as decisões mencionadas na nota de rodapé 80 abaixo, além do acórdão proferido na Apelação nº 0083290-03.2012.8.26.0224, j. 22.09.2015, 16ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Newton Neves, em que o TJSP limitou-se a discutir questões referentes à suficiência ou insuficiência probatória.

adolescentes como ponto relevante para a decisão<sup>75</sup>. Neste ponto, é necessário explicar que o foco da análise foi a explícita fundamentação das decisões judiciais, de modo que a mera condenação da pessoa acusada não foi interpretada como sinônimo de orientação à proteção da vítima. Da mesma forma, a pura aplicação pelo Desembargador de dispositivos de legislações protetivas não foi interpretada como elemento suficiente para, por si só, fazer uma decisão ser considerada como voltada às necessidades protetivas da criança ou adolescente<sup>76</sup>.

Quanto a isso, necessário destacar que somente 15 decisões (23,08%) recorreram a legislações que conformam sistemas protetivos diferenciados em função das características especiais de grupos vitimizados para valorar a conduta da pessoa agressora<sup>77</sup>. Não obstante, foram verificados casos nos quais

---

<sup>75</sup> São elas: (i) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0003213-11.2010.8.26.0407, j. 03.04.2014, 13ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Augusto de Siqueira; (ii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0017327-27.2010.8.26.0577, j. 30.01.2014, 7ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Roberto Solimene; (iii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0032287-38.2014.8.26.0224, j. 30.04.2015, 8ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Alcides Malossi Junior; (iv) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0004109-81.2012.8.26.0052, j. 27.07.2015, 1ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Figueiredo Gonçalves; (v) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0000535-98.2011.8.26.0306, j. 01.10.2015, 13ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. De Paula Santos; (vi) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0003758-86.2014.8.26.0554, j. 12.11.2015, 10ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Rachid Vaz de Almeida; (vii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0003082-79.2014.8.26.0218, j. 24.11.2015, 4ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Euvaldo Chaib; e (viii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0007260-31.2014.8.26.0005, j. 26.11.2015, 1ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Airton Vieira.

<sup>76</sup> Diferente, no entanto, da fundamentação exposta no acórdão da Apelação nº 0003213-11.2010.8.26.0407, em que os Desembargadores buscaram relacionar os dispositivos da Lei Maria da Penha com a relação comumente verticalizada entre, de um lado, pais ou responsáveis e, de outro, crianças ou adolescentes do gênero feminino vítimas de violência de gênero: “improcede a alegação de que a Lei Maria da Penha visa a coibir a violência doméstica e familiar apenas contra a esposa do agente [...] devendo ser aplicada a Lei 11.340/2006 além da figura da esposa, mas também a enteadas, ascendentes, descendentes, uma vez que o objetivo é a tutela da mulher dentro de suas relações domésticas, sejam elas conjugais ou em parentesco em linha reta, colateral, etc.”

<sup>77</sup> (i) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0001031-7.2011.8.26.0704, j. 16.09.2014, 3ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Geraldo Wholers; (ii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0001666-15.2011.8.26.0434, j. 31.07.2014, 4ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Alexandre Almeida; (iii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0084498-93.2011.8.26.0050, j. 24.06.2014, 16ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Otávio de Almeida Toledo; (iv) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0003213-11.2010.8.26.0407, j. 03.04.2014, 13ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Augusto de Siqueira; (v) BRASIL. TJSP. Recurso em Sentido Estrito nº 0032287-38.2014.8.26.0224, j. 30.04.2015, 8ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Alcides Malossi Junior; (vi) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0016047-21.2008.8.26.0050, j. 30.04.2015, 7ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Amaro Thomé; (vii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 3001702-30.2013.8.26.0565, j. 30.04.2015, 9ª Câmara Criminal, Rel. Des. Sérgio Coelho; (viii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0004109-81.2012.8.26.0052, j. 27.07.2015, 1ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Figueiredo Gonçalves; (ix) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0000535-98.2011.8.26.0306, j. 01.10.2015, 13ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. De Paula Santos; (x) BRASIL. TJSP. Apelação nº 3001964-36.2013.8.26.0320, j. 29.09.2015, 4ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Ivan Sartori; (xi) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0056046-10.2012.8.26.0577, j. 12.11.2015, 13ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. De Paula Santos; (xii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0003758-86.2014.8.26.0554, j. 12.11.2015, 10ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Rachid Vaz de Almeida; (xiii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0003082-79.2014.8.26.0218, j. 24.11.2015, 4ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Euvaldo Chaib; (xiv) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0007260-31.2014.8.26.0005, j. 26.11.2015, 1ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Airton Vieira; (xv) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0037115-95.2012.8.26.0564, j. 17.12.2015, 15ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Willian Campos.

a agressão contra a criança ou adolescente também consistia em violência contra a mulher no âmbito doméstico, hipótese fática que obrigatoriamente atraiu a incidência da Lei Maria da Penha<sup>78</sup> – sem que isso tenha necessariamente ensejado, contudo, o desenvolvimento pelos Desembargadores de uma justificação decisória que efetivamente se atentasse à peculiar situação das crianças ou adolescentes que sofreram processos de vitimização violenta.

Assim, como exemplos de acórdãos cujas justificações mostraram-se mais orientadas às necessidades protetivas da criança ou adolescente vítima, figuram decisões que trabalhavam com legislações de proteção específica desses sujeitos. Nesse sentido, foram observados acórdãos cuja fundamentação teve como base normas internacionais de proteção dos direitos das crianças e adolescentes<sup>79</sup>, bem como o ECA<sup>80</sup>; decisões que recorreram à Lei nº 13.010/2014 para justificar a relevância penal das condutas analisadas<sup>81</sup>; ou, ainda, decisão que vinculou a proteção da mulher por meio da Lei Maria da Penha com a doutrina da proteção integral expressa no ECA<sup>82</sup>. Em outro acórdão, mesmo sem qualquer menção a legislações protetivas, a conduta do autor foi interpretada pelos Desembargadores como destoante “do parâmetro de cuidado e carinho a que a vítima, moral e juridicamente, fazia jus”<sup>83</sup>. Trata-se,

---

<sup>78</sup> (i) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0001031-7.2011.8.26.0704, j. 16.09.2014, 3ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Geraldo Wholers; (ii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0001666-15.2011.8.26.0434, j. 31.07.2014, 4ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Alexandre Almeida; (iii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0084498-93.2011.8.26.0050, j. 24.06.2014, 16ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Otávio de Almeida Toledo; (iv) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0003213-11.2010.8.26.0407, j. 03.04.2014, 13ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Augusto de Siqueira; (v) BRASIL. TJSP. Recurso em Sentido Estrito nº 0032287-38.2014.8.26.0224, j. 30.04.2015, 8ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Alcides Malossi Junior; (vi) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0016047-21.2008.8.26.0050, j. 30.04.2015, 7ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Amaro Thomé; (vii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 3001702-30.2013.8.26.0565, j. 30.04.2015, 9ª Câmara Criminal, Rel. Des. Sérgio Coelho; (viii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 3001964-36.2013.8.26.0320, j. 29.09.2015, 4ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Ivan Sartori; (ix) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0003758-86.2014.8.26.0554, j. 12.11.2015, 10ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Rachid Vaz de Almeida; (x) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0003082-79.2014.8.26.0218, j. 24.11.2015, 4ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Euvaldo Chaib; (xi) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0037115-95.2012.8.26.0564, j. 17.12.2015, 15ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Willian Campos.

<sup>79</sup> BRASIL. TJSP. Apelação nº 0007260-31.2014.8.26.0005, j. 26.11.2015, 1ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Airton Vieira.

<sup>80</sup> (i) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0032287-38.2014.8.26.0224, j. 30.04.2015, 8ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Alcides Malossi Junior; (ii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0004109-81.2012.8.26.0052, j. 27.07.2015, 1ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Figueiredo Gonçalves; (iii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0000535-98.2011.8.26.0306, j. 01.10.2015, 13ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. De Paula Santos; (iv) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0056046-10.2012.8.26.0577, j. 12.11.2015, 13ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. De Paula Santos.

<sup>81</sup> (i) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0003758-86.2014.8.26.0554, j. 12.11.2015, 10ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Rachid Vaz de Almeida; (ii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0003082-79.2014.8.26.0218, j. 24.11.2015, 4ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Euvaldo Chaib; (iii) BRASIL. TJSP. Apelação nº 0004109-81.2012.8.26.0052, j. 27.07.2015, 1ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Figueiredo Gonçalves.

<sup>82</sup> BRASIL. TJSP. Apelação nº 0032287-38.2014.8.26.0224, j. 30.04.2015, 8ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Alcides Malossi Junior.

<sup>83</sup> BRASIL. TJSP. Apelação nº 0017327-27.2010.8.26.0577, j. 30.01.2014, 7ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Roberto Solimene.

no entanto, de argumentações minoritárias, se comparadas à maioria das justificações constantes dos acórdãos da amostra.

### 3.3. ANÁLISE CRÍTICA DOS RESULTADOS OBTIDOS

Um dos propósitos centrais do trabalho era verificar, em casos de violência doméstica contra a criança e adolescente, o grau de aceitação pelo Poder Judiciário das teses defensivas de atuação nos limites do direito-dever de educação. Os números apresentados nos itens anteriores indicam que tais teses enfrentam pouca receptividade por parte do TJSP, tendo em vista que decisões finais de absolvição por atipicidade da conduta representam uma absoluta minoria dos 65 acórdãos que compõem a amostra. A maioria das decisões é em sentido condenatório, englobando tanto casos de maus-tratos propriamente ditos – hipótese em que os Desembargadores afirmaram haver um direito-dever de educar relacionado com a ação da pessoa acusada, mas cujos limites foram excedidos – como de outras figuras delitivas – cujas formas de agressão foram interpretadas pelo TJSP como tão diferenciadas, a ponto de fazer com que a conduta do agente sequer fosse compreendida pelo direito-dever de educar, aqui abstratamente delimitado pelos intérpretes-aplicadores.

Esse posicionamento predominantemente condenatório, todavia, não significa que o TJSP tenha necessariamente adotado uma orientação de proteção das crianças e adolescentes vítimas. Isso se verifica, primeiramente, no fato de os Desembargadores terem pouco se valido de legislações protetivas específicas para justificar suas decisões, trabalhando majoritariamente com dispositivos do Código Penal e do Código de Processo Penal. Em certa medida, este recorte é compreensível, haja vista que os dispositivos contidos em tais diplomas normativos servem ao propósito de administrar, de forma racional, a distribuição de responsabilidade com base na ideia de legalidade. No entanto, o alheamento quase absoluto com relação às legislações protetivas sugere que a violação dos direitos da criança e adolescente não integra o núcleo das preocupações expressas na decisão, acerca do *se, porquê e quanto* punir. Há, por outro lado, uma preocupação principal em estabelecer a ocorrência ou não de uma transgressão de dever por parte do agente, debate em que a vítima – neutralizada – aparece frequentemente como figura opaca. Tal tendência se verifica também na justificação das decisões, em que apenas uma minoria veicula argumentações mais atentas ao sofrimento e necessidades de proteção da criança e do adolescente.

Contudo, a análise empírica revelou outros dados que se mostram interessantes para a compreensão de possíveis tendências que envolvem a vitimização de crianças e adolescentes por seus pais e responsáveis. Por exemplo: a maioria das vítimas nos casos analisados era formada por meninas,

enquanto que a maior parte dos agressores tratava-se de homens. A combinação de tais dados sugere uma possível reprodução, na relação entre crianças e seus responsáveis, de formas de violência que, embora não iguais, podem mostrar-se análogas àquelas havidas entre homens e mulheres nas relações assimétricas e violentas de gênero – o que indica que investigações a respeito da violência doméstica contra a criança e o adolescente podem ter muito a dialogar com estudos vitimológicos acerca da violência de gênero. Por outro lado, o perfil etário das vítimas, em sua maioria crianças de até 12 anos de idade, pode indicar tanto uma posição de maior fragilidade das crianças, como também podem significar que a violência contra adolescentes tem sido menos recebida pelo sistema de justiça criminal, ao menos como maus-tratos.

Ademais, para além do mapeamento estatístico que integrava o cerne da análise de jurisprudência aqui proposta, foi possível inferir, do ponto de vista qualitativo, uma imprecisão por parte dos Desembargadores na delimitação acerca do que significa materialmente o direito-dever de educar. A argumentação dos intérpretes-aplicadores faz com que este conceito acabe por compreender uma ampla variedade de motivações que levaram os agentes a uma agressão contra crianças ou adolescentes. Assim, a pesquisa identificou casos que envolviam desde um soco na face da criança, motivado por esta ter “quase derrubado um copo de leite”, ato interpretado pelo TJSP como dotado de um fim “justo”, embora com “excesso no meio”<sup>84</sup>; golpes com uma correia de carro em virtude de a vítima de 12 anos não ter ouvido o chamamento do pai para ajudar em uma obra doméstica<sup>85</sup>. Por vezes, sequer foi exposto qual teria sido a conduta da vítima a ensejar a necessidade de reação por parte de seus responsáveis, ou outros fundamentos que conduziriam as condutas dos agentes a serem interpretadas como dotadas de finalidade educativa<sup>86</sup>.

As correlações quantitativas estabelecidas nesta pesquisa, aliadas a tais linhas de entendimento veiculadas nos acórdãos, sugerem que, embora a violência contra a criança e o adolescente venha sendo interpretada como penalmente relevante, permanece naturalizada no debate judicial, ao menos em âmbito criminal, a ideia de que a educação no âmbito doméstico admite e comporta o emprego de meios violentos.

---

<sup>84</sup> BRASIL. TJSP. Apelação nº 0084498-93.2011.8.26.0050, j. 24.06.2014, 16ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Otávio de Almeida Toledo.

<sup>85</sup> BRASIL. TJSP. Apelação nº 0013983-58.2011.8.26.0462, j. 10.04.2014, 9ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Otávio Henrique.

<sup>86</sup> BRASIL. TJSP. Apelação nº 0013983-58.2011.8.26.0462, j. 10.04.2014, 9ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Otávio Henrique.





# BIOÉTICA E VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: CIFRA NEGRA

## *BIOETHICS AND OBSTETRIC VIOLENCE: DARK AREA*

LILLIAN PONCHIO E SILVA MARCHI

*Coordenadora e Docente do Curso de Direito da Faculdade Barretos. Docente do curso de Medicina da Faculdade de Ciências da Saúde de Barretos Dr. Paulo Prata - FACISB. Possui graduação em Direito (UNESP 2007). Mestre em Bioética e Biodireito (UNESP 2010). Membro do Observatório de Bioética do Hospital do Câncer de Barretos – Fundação Pio XII.*

**RESUMO:** A cifra negra é entendida como uma área obscura no campo criminal que não é conhecida oficialmente, nem detectada pelo sistema e, desta forma, não é perseguida. No contexto desta “zona escura” pode ser situada a problemática da violência obstétrica, caracterizada pela apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres pelos profissionais de saúde, através do tratamento desumanizado, causando a perda da autonomia e da capacidade de decidir sobre sua sexualidade, impactando na qualidade de vida das mulheres. É possível afirmar que essa temática está relacionada ao androcentrismo presente na Criminologia, com seu universo, até então, inteiramente centrado no masculino. Atitudes como desaconselhar a vítima a apresentar queixa contribui para a elevação da chamada cifra negra. Aliada a essa situação, está a crença de que quem “manda” no parto e na gestação é o médico, com fundamento na relação de poder médico-paciente. Para garantir a autonomia da mulher há a chamada Declaração de Vontade Antecipada (DVA), que já vem sendo feita em alguns Cartórios. Consiste, assim, em uma lista elaborada pela gestante em que ela menciona tudo aquilo que concorda e o que não concorda que seja feito durante todo o parto (incluindo o pré e o pós-parto) e é uma das recomendações feitas pela Organização Mundial de Saúde para melhoria das condições do parto. Logo, questiona-se se este seria um instrumento de proteção, ao assegurar uma maior participação e autonomia das mulheres.

**Palavras-chave:** Autonomia, Bioética, Saúde, Poder.

**ABSTRACT:** The “dark zone” is seen as an area in the criminal field that is not officially known, not detected by the system and, thus, is not pursued. In the context of this “dark zone” can be located the problem of obstetric violence characterized by the appropriation of the body and reproductive processes of women by health professionals through the dehumanized treatment, causing the loss of autonomy and ability to decide about their

*sexuality, impacting the quality of life of women. It is possible to say that this issue is related to androcentrism present in Criminology with his universe, until then entirely focused on the male. Attitudes to advise the victim to file a complaint contributes to the rise of so-called "dark zone". Coupled with this, it is the belief that those who "sends" in childbirth and pregnancy is the doctor, based on the relationship of doctor-patient power. To ensure the autonomy of the woman for the call Declaration Early Will (DVA), which is already being done in some Notaries. Is thus in a list drawn up by the pregnant woman she mentions everything that agree and do not agree to be done throughout the delivery (including pre- and post-partum) and is one of the recommendations made by the World Organization health for improved delivery conditions. Therefore, it is questionable whether this would be a hedging instrument, to ensure greater participation and empowerment of women.*

**Key words:** *Autonomy, Bioethics, Health, Power.*

## 1. INTRODUÇÃO

Para maior compreensão da violência que permeia a sociedade, além de conceituá-la é preciso desvendar o contexto em que está inserida. Trata-se de difícil tarefa em razão das diferentes formas pelas quais este fenômeno manifesta-se e das diferentes variáveis pelas quais se classifica. Afirma Anthony Asblaster, no Dicionário do Pensamento Social do Século XX, “[...] que não existe uma definição consensual ou incontroversa de violência. O termo é potente demais para que isso seja possível.”<sup>1</sup>

Fome, guerra, assassinato, tortura e preconceito são alguns dos citados e já conhecidos tipos de violência. O fenômeno da violência é altamente complexo. Logo, desagregar suas diferentes formas é tarefa desafiadora.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS) todas as mulheres têm direito ao mais alto padrão de saúde atingível, incluindo uma assistência digna e respeitosa durante toda a gravidez, o parto e após o parto, bem como o direito de estar livre de violência e discriminação.<sup>2</sup>

Marilena Chauí analisa a violência sob dois ângulos. Primeiro, como conversão de uma diferença e de uma assimetria numa relação hierárquica de desigualdade, com fins de dominação e opressão. É a conversão dos diferentes em desiguais. Em segundo lugar, há violência quando a atividade de outra pessoa é impedida, caracterizada pela passividade e pelo silêncio. Assim, é uma ação que trata o ser humano como uma coisa e não como um sujeito.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> SERASA. **Guia SERASA de orientação ao cidadão: violência.** Disponível em: <<http://www.serasa.com.br/guiacontraviolencia/violencia.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2016

<sup>2</sup> OMS. **Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde.** Disponível em: <[http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/134588/3/WHO\\_RHR\\_14.23\\_por.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/134588/3/WHO_RHR_14.23_por.pdf)>. Acesso em 15 ago. 2016

<sup>3</sup> CHAUI, Marilena. Participando do debate sobre mulher e violência. In: \_\_\_\_\_; CARDOSO, Ruth; PAOLI, Maria Célia (Org.). **Perspectivas antropológicas da mulher.** Rio de Janeiro: Zahar. 1985. p. 33.

Conforme Nilo Odália, o ato violento é insinuante, como se fosse um ato natural e, inúmeras vezes, passa despercebidamente. É preciso um esforço para perceber um ato como violência. Dessa forma, é possível constatar que existem mecanismos que legitimam a realidade dos fatos, tornando a prática cotidiana violenta como parte integrante das relações sociais, pois é encoberta e mascarada nessas relações, levando a uma dificuldade de compreensão e percepção imediata.<sup>4</sup>

A violência obstétrica integra o grande universo da violência contra a mulher. Esta possui números de casos e agressores não penalizados tão alarmantes, sendo necessária até mesmo uma lei específica (Lei 11.340/06 – “Lei Maria da Penha”). Infelizmente, ao contrário do que muitos pensam, uma lei sozinha não é capaz de reduzir a violência através de seu caráter simbólico e/ou pedagógico. Sabe-se que um estudo sobre a violência doméstica sempre é dificultado pela elevada taxa de cifra negra contida nas estatísticas, que representa um grande número de infrações penais, não conhecidas oficialmente e, portanto não detectadas pelo sistema e, muito menos, perseguidas. Aliado a isto, está a dependência financeira, econômica e afetiva das vítimas aos agressores, na grande maioria dos casos, a dificultar o encaminhamento formal da questão.

No tocante à violência obstétrica, esta também representa um campo árduo a ser estudado. Da mesma forma, é elevada a taxa de cifra negra contida nas estatísticas. Trata-se de temática mergulhada em zona cinzenta, sobre a qual pouco se comenta e muito pouco se estuda. A relação entre mulher, sexualidade e direito penal sempre foi e continua sendo extremamente complexa.

Além disso, é preciso salientar que a mulher sempre teve seu corpo dominado por outra pessoa. Na verdade, o corpo da mulher pertencia ao Estado, ao marido, à sociedade e ao médico, mas nunca foi dela. A mulher teve seu corpo e sua sexualidade regulados e controlados por meio de leis, normas e padrões de comportamento. Vale lembrar que até 2005 o Código Penal tratava da “mulher honesta”, isto é, aquela considerada virgem ou casada. Já a honestidade do homem, para a sociedade, sempre esteve vinculada ao caráter financeiro.

Especificamente no tocante à violência obstétrica, o grande desafio é o fato de ela ser percebida como “normal”. O parto sempre esteve vinculado ao sofrimento. Portanto, trata-se de uma experiência ruim, mas que é considerada normal. Vale salientar que a violência obstétrica pode ocorrer não somente com a mulher, mas também com o bebê e todos familiares, causando danos físico, psicológicos e sexuais.

---

<sup>4</sup> ODÁLIA, Nilo. **O que é violência**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985. (Primeiros passos, 59). p. 23.

No Brasil, uma em cada quatro mulheres sofre algum tipo de violência durante o parto, momento em que a mulher está numa situação de vulnerabilidade. São exemplos de atos violentos: comentários constrangedores quanto à cor, idade, escolaridade, número de filhos, orientação sexual, pré-natal sem acolhimento às necessidades e dúvidas da gestante, ameaças caso não aceite algum procedimento, direito ao acompanhante negado, amarrar a mulher durante o parto, negativa ao direito a segunda opinião médica.<sup>5</sup>

Alguns questionamentos importantes merecem ser feitos: 1) Todo parto é doloroso? Segundo a Resolução 36/2008 da Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) todos os estabelecimentos devem ter material anestésico para o parto normal; 2) A Cesária é uma forma de violência? Se feita sem indicação clínica e sem consentimento da gestante, pode ser considerada uma forma de violência obstétrica. Vale destacar dois elementos essenciais em qualquer relação médico-paciente: o consentimento e a informação.

Há ainda a Resolução n.368/2015 da ANS (Agência de Saúde Suplementar), que precisa ser refletida, pois estabelece normas para o estímulo do parto normal, visando reduzir cesarianas desnecessárias: consiste na ampliação do acesso à informação pelas consumidoras de planos de saúde, que poderão solicitar as operadoras os percentuais de cirurgias cesáreas e de partos normais por estabelecimento de saúde e por médico.

## 2. PODER JURÍDICO SOBRE A VIDA

Quando se trata de autonomia, é indispensável analisar a questão da soberania e do poder jurídico sobre a vida, levando em consideração o controle total dos processos vitais da população, tais como: nascimento, reprodução e morte. O Estado sempre buscou regular e controlar tais situações, muitas vezes ocultadas sob o manto da neutralidade.

Oswaldo Giacoia Junior explica que o Estado moderno controla os ciclos vitais tanto de saúde como de morbidez, ou seja, natalidade, mortalidade, reprodução, produtividade e improdutividade. Assim, a antiga soberania do monarca de “fazer morrer e deixar viver” se converte em um poder de “fazer viver e deixar morrer”. Nesse sentido, aquela violência do efetivo exercício do direito de vida e de morte ainda se encontra presente no estado contemporâneo.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Disponível em <[http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/34/documentos/cartilhas/Cartilha\\_VO.pdf](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/34/documentos/cartilhas/Cartilha_VO.pdf)>. Acesso em 08 maio 2016.

<sup>6</sup> GIACOIA JR, Oswaldo. **Sobre direitos humanos na era da bio-política**. (Aula inaugural). *Kriterion*, Belo Horizonte, n. 118, Dez/2008. p. 267-308. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-512X2008000200002&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2008000200002&lng=en&nrm=iso&tlng=pt). Acesso em 07 ago 2016. p. 285

Na verdade, para Foucault, a violência e o controle de vida e de morte foram remodelados, pois tirar a vida não deve ser entendido apenas como o assassinato direto, mas também a exposição à morte, a multiplicação do risco de morte e até mesmo a morte política: expulsão, rejeição, etc.<sup>7</sup>

O corpo do paciente sempre foi objeto passivo de uma espécie de biopoder. Aquele foi controlado pelo Estado e mesmo pelo médico que sempre soube e escolheu o melhor tratamento, numa participação onipotente no início da vida, no decorrer da vida, bem como no processo de morrer. Pode-se dizer que, a partir da Resolução 1995 de 2012 do Conselho Federal de Medicina, está ocorrendo uma reconfiguração da relação médico-paciente, ao tratar das denominadas “diretivas antecipadas de vontade”.<sup>8</sup>

O questionamento sobre o direito de regulação do corpo biológico e autonomia da pessoa leva à reflexão sobre o pacote de princípios éticos presente no contexto da Bioética: Autonomia, Beneficência e Justiça. Dentre eles, destaca-se o primeiro, que consiste na capacidade da pessoa tomar suas próprias decisões quanto ao seu corpo e sua vida e ter tais escolhas respeitadas.

O princípio da autonomia, inúmeras vezes empregado de forma “automática” pela teoria principialista, não contempla as situações em que tal autonomia não é exercida plenamente, pois há uma coerção da vontade, que é um dos aspectos principais que formam o conceito político de vulnerabilidade.

Destaca-se a necessidade de uma adequação das bases teóricas que sustentam a Bioética à realidade política, social e cultural. Na verdade, os princípios da Bioética (autonomia, beneficência e justiça), provenientes do documento solicitado pelo governo dos EUA (Relatório Belmont) a um comitê de especialistas para frear os abusos que ocorriam em relação às pesquisas envolvendo seres humanos, acabaram sendo confundidos com a própria Bioética.

Importante destacar que o debate sobre violência obstétrica escancara a necessidade de se pensar e de se falar sobre a autonomia. Através de Resolução 2144, publicada no dia 22 de junho 2016, o Conselho Federal de Medicina visa garantir a autonomia do profissional, da paciente e a segurança do binômio materno- fetal.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> FOUCAULT, M. **Em Defesa da Sociedade**. Curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 306

<sup>8</sup> Resolução 1.995, do Conselho Federal de Medicina (CFM), estabelece os critérios para que qualquer pessoa – desde que maior de idade e plenamente consciente – possa definir junto ao seu médico quais os limites de terapêuticos na fase terminal. Disponível em: <[http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&id=23197:pacientes-poderao-registrar-em-prontuario-a-quais-procedimentos-querem-ser-submetidos-no-fim-da-vida](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&id=23197:pacientes-poderao-registrar-em-prontuario-a-quais-procedimentos-querem-ser-submetidos-no-fim-da-vida)> Acesso em 01 ago. 2016

<sup>9</sup> De acordo com o Colégio Americano de Obstetras e Ginecologistas (ACOG), bebês que nascem antes do tempo têm maior possibilidade de apresentar problemas respiratórios, como a síndrome do desconforto respiratório; dificuldades para manter a temperatura corporal e para se alimentar. Além disso, tem tendência a registrar altos níveis de bilirrubina, o que pode causar icterícia e, em casos severos, gerar danos cerebrais;

A citada resolução define critérios para cesariana a pedido da gestante no Brasil e estabelece que, nas situações de risco habitual e para garantir a segurança do feto, somente poderá ser realizada a partir da 39ª (trigésima nona) semana de gestação. O conselheiro José Hiran Gallo explica que:

A autonomia da paciente é um princípio relevante e foi um dos norteadores do CFM para a elaboração dessa norma, que considerou também outros parâmetros bioéticos, como a justiça, a beneficência e a não maleficência. Para que o parto cesariano por conveniência da paciente seja aceito, é mister que ela esteja bem informada e tenha sido orientada previamente para compreender as implicações de sua decisão.<sup>10</sup>

Interessante inovação da resolução é a de que, para realização de parto cesariano a pedido, passa a ser obrigatória a elaboração de um termo de consentimento livre e esclarecido pelo médico para que seja registrada a decisão da gestante. Tal documento deve ser escrito em linguagem acessível e compreensível, de acordo com as características socioculturais da paciente e o médico deve esclarecê-la e orientá-la tanto sobre a cesariana quanto sobre o parto normal.

É preciso lembrar que a relação médico-paciente transborda o que se entende por mero vínculo contratual, pois os deveres do médico devem ser sempre pautados na ética e no respeito à pessoa, já que o que está em jogo no contrato é o próprio paciente.

Nesse contexto, merece destaque também, na Conferência de Amsterdã em 1992, a criação da Associação Internacional da Bioética, que busca estimular o desenvolvimento da pesquisa e do ensino da Bioética, bem como defender o valor das discussões livres e abertas. Há muitas pressões (religiosas, sociais e políticas) que buscam evitar esse livre debate de temas bastante controversos, tais como aborto, eutanásia, violência obstétrica, distanásia, ortotanásia, mistanásia e engenharia genética. O foco dessa Associação é a prática da “tolerância diante da diversidade”.<sup>11</sup>

Essa constatação decorre do fato de compreender as inúmeras situações que são abrangidas, pois extrapolam a problemática relação contratual médico e paciente, por envolver concepções de vida de diversos segmentos, revelando a pluralidade das sociedades contemporâneas. Assim, as escolhas de cada um devem ser levadas em consideração no contexto de um modelo de Estado que

---

assim como problemas de visão e audição. **CFM define critérios para realização de parto cesariano.** Disponível em: <[http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=26247:2016-06-20-16-06-10&catid=3:portal](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26247:2016-06-20-16-06-10&catid=3:portal)>. Acesso em 02 ago. 2016

<sup>10</sup> Idem.

<sup>11</sup> Assim, fica evidente que se trata de um campo bastante amplo, que trilha por diversos caminhos ao tratar de inúmeros temas, tais como a ética, a definição de morte, direitos de reprodução e abordagens feministas da Bioética. *CAMPBELL, Alastair. Uma visão internacional da bioética.* In: GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F. (Org.). **A bioética no século XXI.** Brasília, DF: Ed. UnB, 2000. p. 26.

abarcam projetos plurais de vida. Habermas explica que todos devem formar uma concepção pessoal sobre o que é “vida boa” de acordo com critérios próprios.<sup>12</sup>

Sabe-se que a Bioética foi consolidada nos anos 90 através de congressos. Pode-se afirmar que passou por muitas fases, sempre com a finalidade de ampliar o foco de sua investigação. Logo, a Bioética ultrapassa as fronteiras existentes entre as reflexões transdisciplinares, que vão além das barreiras entre os diversos ramos do saber, por exemplo, Medicina e Direito, e revela que talvez não seja possível encontrar respostas prontas ou fechadas para todos os conflitos que envolvem a vida.

Tal situação encaixa-se perfeitamente nas relações entre médico e paciente em casos de violência obstétrica. Assim, é evidente a ausência da humanização da medicina, principalmente diante da invasão da tecnologia ou da massificação dos hospitais.

A resolução é importante por acalorar a discussão, principalmente pela própria sociedade, não se restringindo apenas aos médicos e juristas. Decidir sobre o seu próprio parto envolve questões pessoais, políticas e religiosas. Indubitavelmente é tema espinho, mas é preciso pensar sobre autonomia, racionalidade e consequências da decisão.

### **3. PROGRAMA DE HUMANIZAÇÃO NO PRÉ-NATAL (PHPN) E NASCIMENTO DO MINISTÉRIO DA SAÚDE (MS): A DECLARAÇÃO DE VONTADE ANTECIPADA (DVA) COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA VÍTIMA.**

O objetivo primordial do Programa de humanização no pré-natal e nascimento do Ministério da Saúde é assegurar a melhoria na assistência ao parto, puerpério e recém-nascido. Dois aspectos fundamentais merecem destaque: o dever das unidades de saúde de receberem com dignidade a mulher, o recém-nascido e a família (atitude ética e solidária em um ambiente acolhedor), aliado à adoção de medidas benéficas (evitar intervenções desnecessárias).

Importante frisar que o Ministério da saúde salienta o direito da mulher ao atendimento justo e humanizado desde o início da gestação, até o nascimento da criança.

Melhorar a saúde da mãe e impedir mortes que podem ser evitadas é um dos objetivos de maior no campo da saúde. São discutidas quais as medidas necessárias e eficazes para conseguir tal resultado. No Brasil, a atenção à gestante continua sendo um desafio. A discussão gira em torno da qualidade do

---

<sup>12</sup> HABERMAS, Junger. **O futuro da natureza humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

atendimento, bem como quanto aos princípios filosóficos do “cuidar”, calcado em um modelo medicalizante, hospitalocêntrico e tecnocrático.<sup>13</sup>

A assistência à mulher durante a gravidez, uma das atividades realizadas há muito tempo nos serviços públicos de saúde foi, por muitos anos, voltada para melhorar os indicadores da saúde infantil. Assim, a atenção à saúde da mulher representa um novo paradigma, no qual a preocupação não está centralizada tão somente no recém-nascido, mas também na gestante.

Ao tratar do Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM), instituído pelo Ministério da Saúde (MS), Serruya, Cecatti e Lago esclarecem que:

As bases filosóficas do PAISM introduziam outros conceitos na atenção à saúde feminina, como a integralidade e a autonomia corporal, que deveriam ser estimuladas e discutidas nas ações educativas articuladas ao programa. A partir de critérios epidemiológicos que incorporavam a especificidade da condição feminina como determinante do processo saúde-doença, os profissionais de saúde deveriam ser capacitados para incorporar essa visão e estabelecerem novas práticas.<sup>14</sup>

Uma das consequências do Programa de humanização no pré-natal (PHPN) foi voltar o foco para o pré-natal para promover a saúde da mulher, como estratégia necessária. Houve quem afirmasse que representou uma valorização exclusiva da função da mulher como “reprodutora”, pois há outras demandas não atendidas em relação à saúde da mulher. Serruya, Cecatti e Lago explicam que, na verdade, “em primeiro lugar, a proposta de melhoria da atenção obstétrica conduzida pela humanização também é importante demanda da agenda de saúde das mulheres”. Além disso, observam que tal foco na assistência com o PHPN parte de uma constatação “praticamente consensual da necessidade de ampliar o acesso e garantir qualidade, e, por fim, a instituição do programa não teve como pressuposto ou consequência o não atendimento a outras demandas.”<sup>15</sup>

Assim, pode-se afirmar que existem políticas públicas no Brasil dirigidas à mulher, abrangendo as diversas fases de sua vida. Indubitavelmente, ainda há muito a ser feito. Exemplo disso é a nova caderneta da gestante, lançada pelo Ministério da Saúde. Representa um instrumento de acompanhamento do pré-

---

<sup>13</sup> Davis-Floyd R. **The technocratic, humanistic, and holistic paradigms of childbirth.** Int J Gynaecol Obstet 2001; 48 Suppl:S33-S52. Disponível em: < [https://www.researchgate.net/profile/Robbie\\_Davis-Floyd/publication/111613458\\_The\\_Technocratic\\_Humanistic\\_and\\_Holistic\\_Paradigms\\_of\\_Childbirth/link/s/0fefd511ea268eed7c000000.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Robbie_Davis-Floyd/publication/111613458_The_Technocratic_Humanistic_and_Holistic_Paradigms_of_Childbirth/link/s/0fefd511ea268eed7c000000.pdf)>. Acesso em 15 ago. 2016.

<sup>14</sup> SERRUYA, Suzanne Jacob; CECATTI, José Guilherme; LAGO, Tania di Giacomo do. **O Programa de Humanização no Pré-natal e Nascimento do Ministério da Saúde no Brasil: resultados iniciais.** Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2004000500022](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2004000500022)>. Acesso em: 14 ago. 2016.

<sup>15</sup> Idem.



natal voltado aos profissionais de saúde e gestantes que usam os serviços do Sistema Único de Saúde (SUS).

Tal documento acima citado contém um cartão de acompanhamento do pré-natal para registrar todas as consultas - clínicas e odontológicas - bem como os resultados dos exames e vacinas, dentre outros. Na edição de 2016, a caderneta incluiu informações sobre prevenção e proteção contra o mosquito *Aedes aegypti*, que transmite a dengue, o chikungunya e o vírus Zika. Tal documento abarca as diretrizes de boas práticas na assistência ao pré-natal, parto e nascimento e as propostas da Estratégia Rede Cegonha, devidamente alinhadas à Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher.

Representa um instrumento mais do que informativo, podendo ser considerado como interativo, pois traz espaços para que a gestante e seu/sua parceiro/a anatem impressões sobre o momento que estão vivendo, além de auxiliar nas dúvidas mais comuns. Nesta nova caderneta, os profissionais de saúde devem registrar todos os dados das consultas e informações clínicas da mulher. São elucidados os sinais de trabalho de parto, a fisiologia do parto humanizado, bem como ressaltados os cuidados necessários na fase do puerpério (período de 42 dias após o parto) e amamentação.

Conforme consta no Portal da Saúde, estão sendo investidos quase quatro milhões de reais para a impressão de mais de três milhões de cadernetas e fichas perinatais, instrumento de registo do pré-natal que deve ser colocado no prontuário da gestante. A Coordenadora Geral de Saúde das Mulheres do Ministério da Saúde, Maria Esther Vilela esclarece sobre o empoderamento da mulher:

É fundamental que a mulher, no momento da gravidez, tenha acesso a informações seguras e baseadas em evidências científicas sobre o processo de gravidez, parto e puerpério. É importante também que ela conheça seus direitos civis, quais são as rotinas recomendadas para as consultas de pré-natal e quais exames clínicos, laboratoriais e vacinas devem ser realizados durante o período. O acesso a essas informações contribui para um maior empoderamento dessas mulheres, fortalecendo a sua autonomia e protagonismo, assim como sua confiança nos processos naturais da gestação, parto e amamentação.<sup>16</sup>

Vale destacar ainda que a caderneta foi redigida em uma linguagem simples, através de textos e figuras explicativas nas ações de educação em saúde. Vale destacar ainda a Rede Cegonha (2011) que visa proporcionar às mulheres saúde, qualidade de vida e bem estar durante a gestação, parto, pós-parto e o desenvolvimento da criança até os dois primeiros anos de vida. Também possui

---

<sup>16</sup> Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/22365-nova-caderneta-da-gestante-orienta-a-protoger-contra-o-aedes>>. Acesso em 14 ago. 2016.

a finalidade de diminuir a mortalidade materna e infantil e garantir os direitos sexuais e reprodutivos de mulheres, homens, jovens e adolescentes.<sup>17</sup>

A Cartilha da Defensoria Pública do Estado de São Paulo “Conversando sobre Violência Obstétrica” também busca estabelecer um diálogo com a mulher, através de figuras, orientações e dicas. Nela consta que a maneira mais eficaz da mulher proteger os seus direitos e exercer sua autonomia é fazer o denominado “plano de parto”, que é uma recomendação da Organização Mundial de Saúde ou uma declaração de vontade antecipada (DVA), a qual já vem sendo feitas em alguns cartórios.

O plano de parto representa um instrumento simples, contendo uma lista feita pela mulher na qual ela coloca tudo aquilo que ela concorda e o que não concorda que seja feito durante todo o parto (incluindo o pré e o pós-parto). Representa, na prática, a aplicação do princípio bioética da autonomia. Este significa não somente a manifestação da vontade, mas sim tê-la respeitada efetivamente.

Neste plano de parto, deve constar o teor do diálogo com o médico e que houve consentimento da mulher para que fosse realizado durante o trabalho de parto. Este plano deve ser entregue tanto no Hospital que você elegeu para ter seu parto, bem como para seu médico. Demonstra que a gestante entendeu, refletiu e está ciente.

Caso ocorra a recusa no recebimento do plano de parto, é indispensável denunciar na ouvidoria do hospital. Além disso, deve ser feita denúncia também na ANS pelo telefone 0800701-9656 (ligação gratuita) ou pelo formulário no site. É possível denunciar também no Serviço de Proteção ao Consumidor da cidade. Há ainda o telefone 136, site do Ministério da Saúde e a Secretaria Estadual da Saúde do Estado, os quais também devem tomar conhecimento do fato.

Além do plano de parto, a presença do acompanhante representa um instrumento de prevenção da violência obstétrica e um direito da mulher. Segundo a Lei 11.108/2005, toda mulher tem direito a um acompanhante indicado por ela. A citada Lei incluiu esse direito na Lei 8080/95, que trata do atendimento no SUS e é também aplicada aos hospitais privados – particulares ou de planos de saúde – por ordem da Agência Nacional de Saúde (RDC 36/2008).

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Declaração de Vontade Antecipada (DVA) constitui um importante instrumento de proteção da vítima, pois permite que a mulher deixe registrada sua vontade antecipadamente, ou seja, através da declaração antecipada de vontade poderá definir, com auxílio de seu médico e da equipe de saúde, os

---

<sup>17</sup> Idem. “A iniciativa qualifica os serviços ofertados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) no planejamento familiar, na confirmação da gravidez, no pré-natal, no parto e no puerpério, além de contribuir para a redução das taxas de mortalidade materna e neonatal. Atualmente, a Rede Cegonha desenvolve ações em 5.488 municípios, alcançando mais de 2,5 milhões de gestantes.”

procedimentos considerados pertinentes e aqueles aos quais não quer ser submetida. Representa um documento cuja finalidade é informar que tipo de cuidado ela gostaria de receber.

Percebe-se que há uma mudança importante na relação médico-paciente. Aquele passa a ser um colaborador, enquanto esta participa efetivamente do tratamento, tendo em vista o fato de ser ela a protagonista de sua própria vida. Portanto, o médico poderá auxiliar e explicar sobre os tratamentos, mas não mais decidir em relação a quais destes o paciente necessariamente deve ser submetido.

Denominado de “declaração antecipada de vontade”, este documento permite registrar a vontade da pessoa. Através deste, a equipe médica deverá respeitar a autonomia da paciente, tendo em vista que as informações sobre quais procedimentos será ou não submetido, estarão lá expressas. Em outras palavras pode participar da decisão sobre seu processo reprodutivo, levando em consideração a vontade da paciente e a segurança do binômio materno- fetal.

Indubitavelmente, trata-se de um considerável avanço na relação médico-paciente. Mais do que um avanço, talvez seja uma reconfiguração nesta situação que envolve poder e vulnerabilidade. Importante frisar que, mesmo com o Código de Ética Médica de 2010, o Brasil ainda está atrasado em relação à agenda Bioética. Assim, a declaração de vontade antecipada coloca em destaque o princípio bioético da autonomia. Logo, pode ser considerado, ainda que tardio, um instrumento de proteção, ao assegurar uma maior participação e autonomia das mulheres.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANJOS, Fernando. Direito penal simbólico e lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 14, n. 167, p. 10, out. 2006

ANS. Resolução n. 368 de 2015. Disponível em: < <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Mjg5Mg==>>.

ANVISA. Resolução n. 36 de 2008. Disponível em: < <http://www20.anvisa.gov.br/segurancadopaciente/index.php/legislacao/item/rdc-n-36-de-03-de-junho-de-2008>>.

ATIENZA, Manuel. Bioética, derecho y argumentación. Lima-Bogotá: Palestra: Temis, 2004

BARRAL, Welber Oliveira. Metodologia da pesquisa jurídica. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

CHAUÍ, Marilena. Participando do debate sobre mulher e violência. In: \_\_\_\_.; CARDOSO, Ruth; PAOLI, Maria Célia (Org.). *Perspectivas antropológicas da mulher*. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

CHAVES, Noêmia de Sousa. *Bioética: morte e sofrimento humano*. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/cefp/article/viewFile/82610/85571>.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.931, de 24 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. [Internet]. 2009. Disponível: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931\\_2009.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.pdf). 6>.

\_\_\_\_\_. Resolução CFM nº 1.995/2012. (Publicada no D.O.U. de 31 de agosto de 2012, Seção I, p.269-70). Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf). 6>.

\_\_\_\_\_. Resolução CFM nº 1.805/2006. (Publicada no D.O.U., 28 nov. 2006, Seção I, p. 169). Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm). 6>

\_\_\_\_\_. Resolução CFM nº 2144/2016. (Publicada no D.O.U., 22 de junho 2016, Seção I, p. 138). Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2016/2144\\_2016.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2016/2144_2016.pdf)>.

\_\_\_\_\_. CFM define critérios para realização de parto cesariano. Disponível em: <[http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=26247:2016-06-20-16-06-10&catid=3:portal](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26247:2016-06-20-16-06-10&catid=3:portal)>.

DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

DAVIS-FLOYD R. The technocratic, humanistic, and holistic paradigms of childbirth. *Int J Gynaecol Obstet* 2001; 48 Suppl:S33-S52. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/profile/Robbie\\_Davisloyd/publication/11613458\\_The\\_TechnocraticHumanistic\\_and\\_Holistic\\_Paradigms\\_of\\_Childbirth/links/0fcfd51uea268eed7c000000.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Robbie_Davisloyd/publication/11613458_The_TechnocraticHumanistic_and_Holistic_Paradigms_of_Childbirth/links/0fcfd51uea268eed7c000000.pdf)>.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Conversando sobre Violência Obstétrica*. Disponível em <[http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/34/documentos/cartilhas/Cartilha\\_VO.pdf](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/34/documentos/cartilhas/Cartilha_VO.pdf)>

\_\_\_\_\_. *Violência Obstétrica você sabe o que é?*. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/41/violencia%20obstetrica.pdf>>

DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. *Bioética feminista: o resgate político do conceito de vulnerabilidade*. *Revista Bioética, Brasília, DF*, v. 7, n. 2, 1999. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio2v7/bioeticafeminista.htm>>.

DINIZ, Maria Helena. *Estado Atual do Biodireito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 2010.

FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FOUCAULT, M. *Em Defesa da Sociedade*. Curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 306

GARRAFA, Volnei; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya. (Org.). *Bases conceituais da bioética: enfoque latino-americano*. São Paulo: Gaia, 2006.

\_\_\_\_\_; COSTA, Sérgio Ibiapina F. (Org.). A bioética no século XXI. Brasília, DF: Ed. UnB, 2000.

GIACOIA JR, Oswaldo. Sobre direitos humanos na era da bio-política. (Aula inaugural). *Kriterion*, Belo Horizonte, n. 118, Dez/2008. p. 267-308. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-512X2008000200002&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2008000200002&lng=en&nrm=iso&tlng=pt). Acesso em 07 mar 2015. p. 285

HABERMAS, Jürgen. O futuro da natureza humana. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MOLLER, Leticia Ludwig. Direito à morte com dignidade e autonomia. Curitiba: Juruá, 2007, p. 144

ODÁLIA, Nilo. O que é violência. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985. (Primeiros passos, 59)

OMS. Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde. Disponível em: <[http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/134588/3/WHO\\_RHR\\_14.23\\_por.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/134588/3/WHO_RHR_14.23_por.pdf)>

SERASA. Guia SERASA de orientação ao cidadão: violência. Disponível em: <<http://www.serasa.com.br/guiacontraviolencia/violencia.htm>>.

SUS. SAÚDE DA MULHER Nova caderneta da gestante orienta contra *Aedes aegypti*. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/22365-nova-caderneta-da-gestante-orienta-a-protoger-contra-o-aedes>>.

SERRUYA, Suzanne Jacob; CECATTI, José Guilherme; LAGO, Tania di Giacomo do. O Programa de Humanização no Pré-natal e Nascimento do Ministério da Saúde no Brasil: resultados iniciais. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2004000500022](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2004000500022)>.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

# **O FUTURO MORTO À BALA: CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE HOMICÍDIO NO BRASIL**

*THE FUTURE SHOTGUN KILLED: CHILDREN AND TEENAGERS  
VICTIMS OF HOMICIDE IN BRAZIL*

**ANA CAROLINA DE MORAIS COLOMBAROLI**

*Mestranda pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista (Unesp-Franca). Bolsista FAPESP.*

**FERNANDO ANDRADE FERNANDES**

*Professor de Direito Penal da Universidade Estadual Paulista (Unesp). Pós-doutor em Direito Penal pela Universidade de Salamanca. Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra. Mestre pela Universidade Federal de Minas Gerais.*

**RESUMO:** A segurança pública é uma das áreas mais sensíveis no contexto da sociedade brasileira. Não sem motivo. A situação vivenciada hoje no país pode ser denominada “epidemia de homicídios”: conforme dados do Ministério da Saúde, somente no ano de 2013 foram 57.396 vítimas de homicídio no país. No entanto, tais homicídios não se distribuem de maneira uniforme em toda a população, mas têm pesada incidência em setores vulneráveis, como é o caso das crianças e adolescentes: no mesmo ano de 2013, 10.520 foram as crianças e adolescentes, na faixa de menor que um ano a 19 anos, assassinados no país, numa média de 29 vítimas por dia. O crescimento das taxas de homicídios de crianças e adolescentes é vertiginoso e constante, num aumento de 426,9% entre 1980 e 2013. O presente trabalho pretende, através da análise de dados estatísticos do Sistema de Informação sobre Mortalidade (SIM) do Ministério da Saúde, bem como da análise de relatórios sobre o tema e da realização de pesquisa bibliográfica, discutir as condições sociais dessas crianças e adolescentes vítimas de homicídio, a naturalização e aceitação social da violência na sociedade brasileira, a culpabilização e a caracterização dessas vítimas como “não inocentes”, bem como a (in)eficácia das políticas públicas de segurança para garantir, na prática, a proteção desse setor vulnerável da população.

**Palavras-chave:** homicídios. segurança pública. vitimologia. crianças e adolescentes.

**ABSTRACT:** *Public security is one of the most sensitive areas into Brazilian society context. Not without reason. The situation experienced today in the country can be called "homicide epidemic": according data from Health Ministry, only in 2013 there was 57.396 homicides in Brazil. However, these homicides aren't equally distributed among the population, but have high incidence in vulnerable segments of the population, such as children and adolescents: in the same year of 2013, 10.520 children and adolescents was murdered, in the age range of under 1 year old to 19 years old, an average of 29 victims per day. The increase of the homicide rates between children and adolescents is vertiginous and constant, in a ratio of 426,9% from 1980 to 2013. This paper aims, through the analysis of statistic data from the Mortality Information System of the Health Ministry, as well as the analysis of reports on the subject and the literature research, discuss the social condition of these children and teenagers victims of homicide, the naturalization and social acceptance of violence in Brazilian society, the culpabilization and the characterization of these victims as "not innocent", and the ineffectiveness of public security policies to really ensure the protection of this vulnerable segment of the population.*

**Key-words:** *homicides. public security. victimology. children and adolescents.*

## 1. INTRODUÇÃO

A segurança pública é uma das áreas mais sensíveis no contexto da sociedade em geral, e em especial da sociedade brasileira, de forma acentuada nos últimos tempos. Dentre as questões políticas, sociais e econômicas que mais afligem as pessoas, a violência e a segurança pública estão situadas pela população dentre os maiores problemas do país (BOKANY, 2015).

No contexto nacional, a violência se destaca como uma das principais causas de mortalidade entre a população jovem e como um fator que amplia o desequilíbrio demográfico entre os homens, as principais vítimas<sup>1</sup>. Por um lado, vê-se um forte impacto econômico, tanto para as famílias, que perdem o principal provedor de renda, quanto para a sociedade de modo geral, em razão da perda de capital humano e dos gastos dispensados, que vão desde o tratamento médico até o investimento em prevenção e repressão. Nos são impostos ainda altos custos em termos sociais, culturais e políticos: o medo é espalhado, os hábitos das pessoas que tentam se proteger da violência são alterados, estimula-se atitudes irracionais e agressivas no intuito de estancá-la. "Assim, a violência possui a propriedade perversa de perpetuar-se, pois tente a

---

<sup>1</sup>Traduzindo em termos concretos, os dados revelam que homens, negros e jovens são as principais vítimas de homicídios. A edição mais recente do Mapa da Violência (WAISELFISZ, 2015a; 2015b) revela que 93% das vítimas de homicídios são homens; que os homens negros morrem assassinados três vezes mais do que os homens brancos; que as vítimas com baixa escolaridade também são maioria. Os homicídios representam 46,6% dos óbitos dos homens de faixa etária de 15 a 19 anos. Se considerarmos somente homens com idade entre 15 e 19 anos, esse indicador atinge a marca de 53% (CERQUEIRA et. al., 2016, p. 6)

provocar reações igualmente violentas que realimentam o círculo vicioso” (CANO; RIBEIRO, 2007, p. 51)

A vitimização por homicídio representa um dos principais expoentes do fenômeno da violência, tanto pela gravidade de suas consequências individuais e sociais<sup>2</sup>, quanto pelo crescimento das taxas desde a década de 1980.

A situação evidenciada hoje no Brasil pode considerada uma “epidemia de homicídios”. Conforme dados preliminares do Ministério da Saúde (CERQUEIRA et. al., 2016, p. 6), o número de vítimas de homicídios no país é ainda maior: 59.627, ou seja, 29,1 homicídios por 100.000 habitantes. A taxa brasileira é impressionantemente alta, se comparada com a média mundial, de 6,9 homicídios a cada 100 mil habitantes (UNODC, 2013). Para se ter real dimensão do problema, necessário ressaltar que os homicídios no Brasil representam mais de 10% de todos os homicídios registrados no mundo, e nos coloca como o campeão no número absoluto de homicídios, numa comparação com uma lista de 154 países.

De outro lado, necessário salientar que os homicídios se distribuem de forma bastante desigual no país, atingindo crescentemente os moradores de cidades menores no interior do país e no Nordeste. A heterogeneidade é também evidente quando se consideram os fatores socioeconômicos, distinguindo sexo, cor, idade e escolaridade. É elevada a sua incidência de setores considerados vulneráveis ou de proteção específica, como crianças e adolescentes, jovens, idosos, mulheres e, principalmente, negros.

Dentre os 57.396 homicídios computados no país no ano de 2013<sup>3</sup>, 10.520 vítimas eram crianças e adolescentes, na faixa correspondente a menores de 1 ano de idade até os 19 anos, ou seja, 18,33% do total das vítimas. São, em média, 29 crianças e adolescentes assassinados por dia, número que equivale a 3,6 Chacinas da Candelária<sup>4</sup> a cada um dos 365 dias do ano, situando o Brasil no 3º lugar de um ranking de homicídios de crianças e adolescentes num contexto de 85 países analisados.

Diferentemente da Chacina da Candelária, que causou indignação, protestos e ampla mobilização da sociedade pelo brutal extermínio de crianças e adolescentes, o extermínio diário, bem maior, contínuo e crescente, se oculta

---

<sup>2</sup>No contexto da violência em geral, os crimes de homicídio são aqueles que mais atingem a sensibilidade das pessoas, tendo em vista o, embora cada vez mais relativizado, valor que se atribui ao aspecto ontológico da vida humana, como também pela influência de ser aquele que se reflete de forma mais direta no campo afetivo/emocional, com reflexos na consciência social. Portanto, os crimes de homicídio transcendem a esfera do pessoal, atingindo o âmbito da percepção social de forma aguda.

<sup>3</sup> Embora os dados mais recentes sejam referentes ao ano de 2014, considera-se no presente estudo o ano de 2013, uma vez são dele as estatísticas mais recentes focadas nas crianças e adolescentes menores de 19 anos.

<sup>4</sup> Em 23 julho de 1993 acontecia a Chacina da Candelária, quando policiais abriram fogo contra um grande número de crianças que dormiam no entorno da Igreja da Candelária, no Rio de Janeiro. Morreram oito crianças e adolescentes entre 11 e 19 anos de idade.



sob o véu da indiferença, da complacência e de uma dose de cumplicidade, tanto por parte da grande mídia, quanto do poder público e da população (WAISELFISZ, 2015, p. 59), que naturalizam a violência, quer na sociedade, como um todo, quer aquela praticada contra crianças e adolescentes, especialmente negros, provenientes de bairros periféricos e classes baixas.

O presente trabalho apresenta-se no sentido de dar visibilidade aos invisíveis, de atentar para as crianças e adolescentes mortos, tratando de algumas das questões sociais atinentes ao grave problema, bem como demonstrar onde se dá a maior incidência desses crimes. Para tanto, o presente trabalho divide-se em quatro partes, incluindo a presente introdução. Na segunda parte, pretende-se tratar da violência contra crianças e adolescentes, em seu âmbito estrutural, intrafamiliar e também da violência infanto-juvenil. Na terceira parte, pretende-se apresentar os dados relativos aos homicídios cometidos contra crianças e adolescentes, em quais regiões do país é maior a sua incidência, de que classe provêm essas vítimas, qual a cor de sua pele, qual o sexo predominante, em que idade são mais vitimados, qual o instrumento usado para matá-los. Por fim, e à guisa de conclusão, pretende-se discorrer acerca da invisibilidade deliberada a que são submetidos esses homicídios, bem como estabelecer uma relação entre as condições sociais dessas crianças e a sua vitimização.

## **2. A VIOLÊNCIA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

Considera-se violência contra a criança e o adolescente todo ato ou omissão cometido pelos pais, parentes, outras pessoas ou instituições, capazes de causar dano físico, sexual e/ou psicológico à vítima. Compreende, de um lado, na transgressão do poder/dever de proteção do adulto e da sociedade em geral e, de outro, numa coisificação da infância, negando os direitos das crianças e adolescentes de serem tratados como sujeitos de direito, pessoas em condições especiais de crescimento e desenvolvimento (MINAYO, 2001, p. 92).

A violência contra as crianças e adolescentes se faz muito presente na história, expressando-se de diferentes formas conforme a cultura em que estavam inseridas. Considerar as crianças e adolescentes como sujeitos de direito é uma conquista muito recente, ainda pouco amadurecida, assim como os direitos humanos e os direitos sociais no país.

Minayo (2001) apresenta-nos três principais expressões da violência contra as crianças e adolescentes. A primeira delas é a violência estrutural, que incide sobre a condição de vida das crianças e adolescentes a partir de decisões histórico-econômicas e sociais, tornando seu crescimento e desenvolvimento. Tem um caráter perene e apresenta-se sem a intervenção imediata dos indivíduos, razão pela qual parece naturalizada, como se sobre ela não houvesse

a ação de sujeitos políticos. O segundo tipo é a violência intrafamiliar, exercida contra a criança e o adolescente na esfera privada, dividindo-se em quatro expressões mais visíveis: violência física, violência sexual, violência psicológica e negligências. A pesquisadora apresenta, também, a violência infanto-juvenil, que é aquela cometida pelos jovens, configurando-se em atos infracionais.

Interessa, para o presente trabalho, principalmente a primeira forma de violência contra crianças e adolescentes, uma vez que as condições sociais a que estão submetidas fazem delas potenciais vítimas da violência homicida.

Embora o país tenha feito grandes avanços em relação à sua população mais jovem na última década, os avanços não atingiram todas as crianças e adolescentes da mesma forma. Ainda somos um dos países com maior desigualdade do mundo e, enquanto 37% das crianças e adolescentes brancos viviam na pobreza em 2010, quando considerados negros e pardos, esse percentual saltava para 61% (IBGE, 2010). Entre 1990 e 2013, o percentual de crianças em idade escolar fora da escola caiu de 19,6% para 7%, mas, ainda assim, 3 milhões delas estão fora da escola: os mais pobres, negros, indígenas e quilombolas (IBGE, 2014). Quase 1,7 milhão de crianças e adolescentes ainda trabalham no Brasil.

São milhões de crianças e adolescentes em situação de pobreza, com precária ou nenhuma condição educacional. Paralelamente, os meios de comunicação naturalizam a violência, apresentando-a como uma reprodução da realidade e reforçando o estereótipo de criminoso do jovem negro e morador de periferia.

A trajetória de não-cidadania das crianças brasileiras vem de longa data, desde o período colonial. No entanto, quando da instauração do regime republicano, o país viveu a oportunidade de mudar os rumos da história, quando se debatia a importância de se investir na infância mas, ao invés de optar por políticas sociais capazes de proporcionar condições equitativas de desenvolvimento, criou-se um sistema de tutela do Estado sobre a infância pobre. Foi institucionalizada, então, a divisão entre infâncias privilegiadas sob o manto protetor das famílias e infâncias marginalizadas, cujo destino passou a ser decidido nos asilos, nas casas de detenção, nos juizados de menores ou no interior das próprias famílias, com menores trabalhadores. Tal situação perdura há 100 anos, sendo sempre diagnosticada, como "problema grave", "prioridade" de governos, "escândalo" para a diplomacia internacional, sem que, na verdade, redunde em objeto de convicção ou determinação política (MINAYO, 2001, p. 94).

Chocamo-nos com as chacinas de crianças e adolescentes, nos chocamos com a morte de crianças de 10 e 11 anos mortas pela polícia<sup>5</sup>, mas nos

---

<sup>5</sup> No mês de junho de 2016, a morte de duas crianças ganhou destaque nos noticiários. O primeiro, Ítalo, foi morto no dia 03 por Policiais Militares com um tiro na cabeça, após furtar um carro na cidade de São

esquecemos que a mão que executa as crianças está quase sempre ligada a opções econômicas e políticas que levaram crescentes parcelas da infância à condição de marginalidade.

Nesse ponto, importa também a terceira expressão da violência apresentada por Minayo (2001), que apresenta uma relação direta com o número de crianças e adolescentes vitimizados por homicídios. O crime organizou-se em torno do tráfico de drogas e as crianças e adolescentes foram inseridos nesse meio, de um lado compelidas pela pobreza e pela falta de oportunidades fora do mundo do crime, de outro lado, seduzidas pelo dinheiro “fácil” e pela possibilidade de “ascensão e reconhecimento social” oferecidos pelo tráfico. As crianças e adolescentes, então, acabam se posicionando na linha de frente das disputas entre grupos criminosos pelo controle do tráfico, e muitos acabam assassinados.

No entanto, exige cuidado a análise desse fenômeno, especialmente numa sociedade desigual como a brasileira. A delinquência infanto-juvenil aparece, quase sempre, associada à questão de classe, como problema dos pobres, crianças de rua ou institucionalizadas<sup>6</sup>. Esse argumento costuma ser usado por grupos voltados para a limpeza social, como “álibi” para extermínios, execuções e homicídios, enquadrando as crianças e adolescentes na lógica perversa imperante na sociedade e no meio policial<sup>7</sup> de que “bandido bom é bandido morto”. No entanto, embora utilize-se como justificativa para os homicídios de crianças e adolescentes o seu envolvimento com o tráfico, a maioria das vítimas não tem vinculação com a criminalidade, são apenas crianças e adolescentes pobres<sup>8</sup>.

O crescimento da violência infanto-juvenil e também da vitimização infanto-juvenil, principalmente, das mortes por homicídios parece refletir o aprofundamento da violência estrutural.

---

Paulo. A segunda criança, Waldik, de 11 anos, foi morto, no dia 27, pela Guarda Municipal Paulistana, também depois de furtar um automóvel.

<sup>6</sup> Não que os adolescentes de classes médias e altas não delinham, mas o fato é que, sobre eles, não incide, na esmagadora maioria das vezes, a criminalização secundária: eles não são alvos de abordagem policial e, quando o são, a questão é considerada algo para ser resolvido “pela família”, e eles são prontamente liberados.

<sup>7</sup> Entre 2010 e 2016, as forças de segurança de São Paulo foram responsáveis pela morte de 191 crianças e adolescentes **de até 16 anos**. Das 191 mortes, uma das vítimas tinha 11 anos; outra, 13 anos; oito delas tinham 14 anos e, no total, 47 tinham 15 anos. As demais 134 vítimas foram assassinadas aos 16 anos. No mesmo período, a Polícia Militar matou 2.788 pessoas em supostos confrontos. Segundo justificativa apresentada pelo próprio ouvidor da polícia, Júlio Cezar Nascimento, “um das causas desse número de mortes seria a sensação, por parte dos policiais, de que adolescentes infratores ficariam impunes caso fossem capturados pelos agentes após as perseguições”. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2016-06-28/policia-de-sp-matou-191-criancas-e-adolescentes-em-6-anos.html>

<sup>8</sup> Um estudo do Centro de Articulação de Populações Marginalizadas (CEAP), informa as ocupações dos jovens vítimas de homicídios em 1992 e 1993 no Rio de Janeiro como sendo estudantes, aviões/traficantes, e assaltantes, mas 60% dos mortos não tinham nenhuma vinculação com a criminalidade, ou seja, eram simplesmente crianças e adolescentes pobres (MINAYO, 2001, p. 98)

### 3. QUADRO DOS HOMICÍDIOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL

Uma das faces mais trágicas das violações de direitos humanos que afetam crianças e adolescentes no Brasil são os homicídios. Buscamos, no presente item, apresentar as proporções dessa violência e, também, apresentar quem são essas crianças-vítimas.

O Brasil só passou a dispor de dados nacionais sobre homicídios, através do Sistema de Informação sobre Mortalidade (SIM) do Ministério da Saúde<sup>9</sup>, desde o ano de 1979. Verifica-se, desde então, o crescimento das taxas de homicídios em geral, e também de crianças e adolescentes, cujo aumento é vertiginoso e constante, numa proporção de 426,9% entre 1980 e 2013. Na década compreendida entre 2003 e 2013, o número de homicídios de crianças e adolescentes (entre 0 e 19 anos) cresceu em menor ritmo do que nas décadas anteriores, mas não deixou de crescer: foi um aumento de 19,7% em uma década. Necessário destacar que tal crescimento é superior ao crescimento da taxa nacional no mesmo período.

No entanto, para compreender os homicídios dessas crianças e adolescentes, é necessário considerar especificamente a idade dessa criança ou adolescente, uma vez que a incidência dos homicídios e sua significação são totalmente diferenciais segundo a idade da vítima. Assim, primeiramente, apresentamos os dados da mortalidade infantil no país conforme a idade simples da vítima, considerando causas naturais e causas externas.

---

<sup>9</sup> Os dados sobre homicídios do Ministério da Saúde são baseados nas declarações de óbitos preenchidas pelos médicos e coletadas através de cartórios. As informações de cada estado alimentam o Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM), desde 1979. Os dados coletados pelo SIM apresentam maior confiabilidade do que os boletins de ocorrência da polícia, pois seu processamento é realizado de forma homogênea em todo o país, conforme critérios internacionais, embora tragam somente as características da vítima, com pouca informação sobre o fato em si, e nenhuma sobre o autor. No entanto, existem homicídios que não são comunicados nem registrados, seja porque não existe cadáver para comprovação da morte, seja porque, em algumas regiões de menor desenvolvimento econômico, um percentual considerável de mortes não é oficialmente comunicado. Há também as mortes “mal classificadas”, cuja causa é desconhecida, seja por falta de informações, erro médico ou erro no processamento de dados. Por fim, o problema que pode gerar maior potencial de distorção em relação aos índices de homicídio, são as mortes classificadas como “mortes violentas com intencionalidade desconhecida” ou como “outras violências”, muitos dos quais parecem ser de autoria da própria polícia. Infelizmente, verifica-se um fenômeno de aumento do número de mortes violentas com intencionalidade não determinada em alguns Estados.

**Tabela 1: Mortalidade de crianças e adolescentes, segundo a causa e idade simples. Brasil. 2013.**

Idade Simples	Causas Externas					Causas Externas	Causas Naturais	Total Óbitos
	Acidentes Transporte	Outros Acidentes	Suicídios	Homicídios	Outros Externos			
<1	118	735	0	152	133	1.138	37.828	38.966
1	103	344	0	39	52	538	2.249	2.787
2	88	223	0	26	25	362	1.140	1.502
3	90	143	0	21	16	270	859	1.129
4	88	134	0	15	23	260	659	919
5	96	115	0	23	8	242	551	793
6	95	104	0	23	15	237	505	742
7	96	103	0	10	5	214	508	722
8	108	90	1	23	9	231	471	702
9	119	103	2	21	8	253	511	764
10	98	114	6	31	20	269	469	738
11	120	105	9	23	14	271	533	804
12	131	129	17	64	27	368	584	952
13	178	134	36	171	37	556	668	1.224
14	227	182	51	428	50	938	769	1.707
15	347	248	67	895	90	1.647	907	2.554
16	467	262	131	1.534	125	2.519	1.042	3.561
17	669	258	151	2.215	160	3.453	1.139	4.592
18	955	353	151	2.336	216	4.011	1.167	5.178
19	1.069	351	166	2.470	208	4.264	1.293	5.557
Total	5.262	4.230	788	10.520	1.241	22.041	53.852	75.893

Fonte: WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Violência Letal contra as crianças e adolescentes do Brasil**. Relatório de pesquisa – Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (Flacso), Brasil, 2015. p. 6o.

Se considerarmos causas naturais e externas de mortalidade, 75.893 crianças morreram no Brasil no ano de 2013. Mais da metade delas – 38.966 – tinham menos de um ano de idade.

Durante o primeiro ano de vida, as mortes por causas naturais representam quase a totalidade dos óbitos (97,1%), mas esta proporção vai diminuindo gradativamente até os 14 anos de idade, quando as mortes por causas externas ultrapassam as naturais, atingindo seu pico aos 18 anos, quando as primeiras representam 77,5% do total de mortes de jovens nessa idade.

Especificamente em relação aos homicídios, destacados na tabela, verifica-se números absolutos altos em crianças menores de um ano de idade, compreendendo-se aqui principalmente os infanticídios. Esses números absolutos decrescem a partir de um ano de idade e mantêm-se relativamente baixo até os 11 anos de idade. A partir dos 12 anos de idade, no entanto, vê-se um aumento progressivo dos números absolutos e relativos de homicídios.

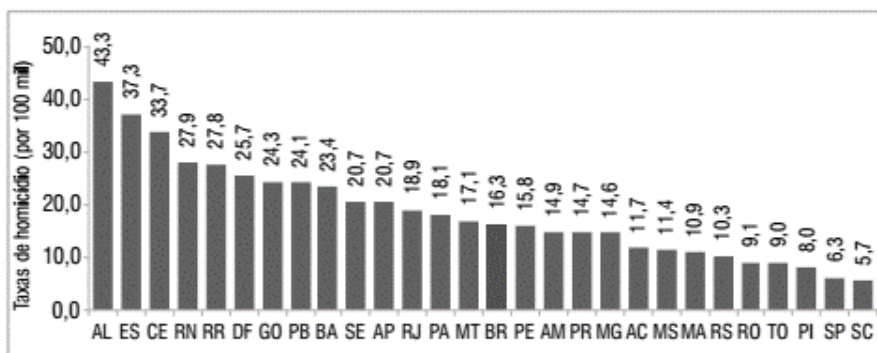
Em termos proporcionais, os homicídios representam algo em torno de 2,5% do total de mortes de crianças até os 11 anos de idade. Inicia-se um violento crescimento com a entrada da adolescência: aos 12 anos de idade, os homicídios representam 6,7% do total de mortes; aos 13 anos de idade, são 14% do total de mortes, e assim segue, até alcançar o seu pico de participação, aos 17 anos de idade, quando atinge a marca de 48,2% da mortalidade (WAISELFSZ, 2015, p. 61-62). A partir dessa idade, o número de absolutos de homicídios continua crescendo, mas divide espaço com as mortes por outras causas externas, principalmente acidentes de transporte.

Se consideramos as taxas de homicídios, são 16,3 homicídios para cada 100 mil crianças e adolescentes de menor que um a 19 anos de idade. Conforme já apresentado acima, a taxa nacional, sem desagregação por idade, é de 29,1, compreendendo crianças, adolescentes e adultos.

No entanto, quando se realiza a desagregação por idade, verifica-se que junto às crianças menores de um ano de idade, a taxa é de 6 a cada 100 mil. Com um ano de idade, a taxa é de 1,5 por 100 mil. Essa taxa permanece menor ou igual a um até os 11 anos de idade. No entanto, com 12 anos, a taxa é de 2 homicídios por 100 mil habitantes, que cresce conforme a idade, sendo 4,7 aos 13 anos; 12,1 aos 14 anos; 25,2 aos 15 anos; ultrapassando a média nacional aos 16 anos, na ordem de 42,7 homicídios por 100 mil; 63,4 homicídios a cada 100 mil jovens de 17 anos; 64,7 aos 18 anos; atingindo 75,6 por 100 mil aos 19 anos de idade.

Se desagregarmos os dados conforme a unidade da federação, percebemos que a distribuição desses homicídios não é equitativamente distribuída pelo território nacional.

**Gráfico 1: Taxas de homicídio (por 100 mil) de crianças de adolescentes de <1 a 19 anos por UF. Brasil. 2013.**



Fonte: WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Violência Letal contra as crianças e adolescentes do Brasil**. Relatório de pesquisa – Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (Flacso), Brasil, 2015. p. 60.

O gráfico acima mostra que alguns estados, como Alagoas, Espírito Santo e Ceará tem as taxas de homicídios de crianças e adolescentes maiores do que o dobro da taxa nacional. Outras UFs, como Piauí, São Paulo e Santa Catarina têm sua taxa de homicídios da ordem de menos da metade do que a taxa nacional<sup>10</sup>.

Se consideramos a evolução dos homicídios de crianças e adolescentes na década compreendida entre 2003 e 2013, verificamos que um pequeno grupo de unidades, principalmente São Paulo, Pernambuco e Rio de Janeiro – e também, em menor medida, Mato Grosso do Sul e Rondônia – conseguiram fazer regredir suas taxas. Um outro grupo de estados, numericamente bem maior (22, ano todo), as taxas aumentaram ao longo do período – em alguns casos drasticamente, como no Rio Grande do Norte, no Ceará, em Roraima e na Paraíba, que mais do que quadruplicaram suas taxas (WAISELFISZ, 2015, p. 67).

A região Nordeste foi, de longe, a que evidenciou maior crescimento em suas taxas de homicídio de crianças e adolescentes entre 2003 e 2013: 182%, seguida pela região Norte, com 108% e a Centro-Oeste, com 80,8%. O Sul apresentou um crescimento moderado de 37,5% e o Sudeste foi a única região que conseguiu evidenciar queda, de 25,6%<sup>11</sup> (WAISELFISZ, 2015, p. 68).

<sup>10</sup> Ainda sendo as menores taxas apresentadas no território nacional, as taxas do Piauí, São Paulo e Santa Catarina ainda evidenciam um nível epidêmico de violência.

<sup>11</sup> A queda dos homicídios de crianças e adolescentes na região Sudeste, em razão do seu grande contingente populacional, impediu que o país vivenciasse um aumento ainda mais expressivo em suas taxas.

No que tange aos instrumentos utilizados para o cometimento dos homicídios de crianças e adolescentes no ano de 2013, preponderam largamente as armas de fogo. Elas estiveram presentes em 78,2% dos homicídios de crianças e adolescentes menores que um ano até 17 anos de idade. A participação das armas de fogo cresce com o avanço da idade das vítimas. No primeiro ano de vida, as armas de fogo são usadas em 10,5% dos homicídios; com relação às vítimas com um ano completo, o percentual aumenta para 15,4% dos homicídios. O percentual continua crescendo, com intermitências, até atingir a marca de 84,1%, aos 17 anos de idade (WAISELFISZ, 2015, p. 97).

O segundo meio mais utilizado para matar crianças e adolescentes são os objetos cortantes e/ou perfurantes, especialmente as facas, usadas em 10% dos homicídios em 2013, percentual que sequer se aproxima do uso das armas de fogo.

Parece totalmente paradoxal que, no caso dos instrumentos cortantes-perfurantes (facas, estiletos, navalhas, flechas, etc.), utilizados em 10% dos homicídios, se discuta e aprove, no legislativo, a criminalização, via controle de seu porte, mas, no caso das armas de fogo, que atuam em 78,2% dos homicídios de crianças e adolescentes, se pretenda, no Congresso Nacional, ampliar drasticamente seu porte e uso (WAISELFISZ, 2015, p. 97).

Se considerarmos as vítimas conforme o sexo, percebemos a coincidência com os Mapas da Violência já divulgados, sem desagregação de idade. As vítimas da violência homicida são, preponderantemente, do sexo masculino também entre crianças e adolescentes. No ano de 2013, 88,9% das vítimas de homicídio menores que um até 17 anos de idade eram meninos. Na faixa dos 16 e 17 anos de idade, a proporção de vítimas masculinas aumenta ainda mais, e atinge a marca de 93%.

Tal proporção, no entanto, apresenta grande variação entre as UFs: em Roraima e no Acre, por exemplo, há uma diferença de somente 10% entre as vítimas do sexo masculino para as vítimas do sexo feminino. De outro extremo, no Amapá, somente 5,6% das vítimas são meninas (WAISELFISZ, 2015, p. 103).

Necessário considerar na presente análise, também, que o homicídio de crianças e adolescentes tem cor. O Sistema de Informação de Mortalidade acompanha a classificação proposta pelo IBGE, caracterizando as vítimas conforme a cor em branco, preto, pardo, amarelo e indígena. Considerando que as categorias indígenas e amarelo representam menos de 1% do total da população, utiliza-se aqui somente duas categoriais: branco e negro, sendo que esta última resulta do somatório de pretos e pardos.



**Tabela 2: Homicídios por faixas etárias, UF/região e cor das crianças e adolescentes de <1 a 17 anos e 16 e 17 anos de idade. Brasil. 2013.**

UF/região	16 e 17		0 a 17	
	Branco	Negro	Branco	Negro
Acre	1	7	3	16
Amapá	4	16	6	26
Amazonas	5	72	6	103
Pará	11	184	23	273
Rondônia	6	9	10	20
Roraima	0	6	0	9
Tocantins	0	8	2	21
<b>Norte</b>	<b>27</b>	<b>302</b>	<b>50</b>	<b>468</b>
Alagoas	7	176	14	280
Bahia	17	364	30	561
Ceará	15	150	19	238
Maranhão	3	105	8	161
Paraíba	8	95	12	152
Pernambuco	11	169	18	229
Piauí	3	35	9	50
Rio Grande do Norte	16	91	27	122
Sergipe	1	63	4	80
<b>Nordeste</b>	<b>81</b>	<b>1.248</b>	<b>141</b>	<b>1.873</b>
Espírito Santo	22	140	34	216
Minas Gerais	70	277	112	379
Rio de Janeiro	73	249	111	354
São Paulo	126	155	202	225
<b>Sudeste</b>	<b>291</b>	<b>821</b>	<b>459</b>	<b>1.174</b>
Paraná	137	35	210	59
Rio Grande do Sul	79	33	130	50
Santa Catarina	33	6	49	9
<b>Sul</b>	<b>249</b>	<b>74</b>	<b>389</b>	<b>118</b>
Distrito Federal	6	69	8	114
Goiás	34	146	49	205
Mato Grosso	11	54	21	77
Mato Grosso do Sul	4	23	10	35
<b>Centro-Oeste</b>	<b>55</b>	<b>292</b>	<b>88</b>	<b>431</b>
<b>BRASIL</b>	<b>703</b>	<b>2.737</b>	<b>1.127</b>	<b>4.064</b>

Fonte: WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Violência Letal contra as crianças e adolescentes do Brasil**. Relatório de pesquisa - Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (Flacso), Brasil, 2015. p. 60.

A partir da tabela acima, pode-se verificar que, no ano de 2013, foram assassinados 1.127 crianças e adolescentes de até 17 anos de idade brancos e 4.064 negros. A taxa de homicídios de crianças e adolescentes brancos nessa faixa de idade foi de 4,7 por 100 mil, enquanto a de negros foi de 13,1 por 100 mil. O índice de vitimização negra foi de 178%, ou seja, considerando o tamanho de suas respectivas populações, morreram 178% mais negros do que brancos.

Se focarmos na população de 16 e 17 anos, a taxa de homicídios de brancos foi da ordem de 24,2 por 100 mil, enquanto a taxa de adolescentes negros foi de 66,3 por 100 mil. A vitimização, nesse caso, foi de 173,6%. Proporcionalmente, três vezes mais adolescentes negros foram assassinados do que adolescentes brancos.

Considerando as UFs, alguns casos merecem destaque por apresentarem peculiaridades em relação ao quadro nacional. O Paraná, por exemplo, diferencia-se das demais UFs em razão de sua elevada taxa de homicídios de crianças e adolescentes brancos. Em outro extremo, Amazonas, Tocantins, Maranhão e Roraima têm uma taxa quase nula de homicídios de crianças e adolescentes brancos. No que tange às crianças e adolescentes negros, o estado do Alagoas apresenta taxas preocupantes: são 35,9 homicídios a cada 100 mil. O Espírito Santo também supera a marca dos 30 por 100 mil. No Distrito Federal, a discrepância entre negros e brancos é gritante: a taxa de homicídios de crianças e adolescentes brancos no ano de 2013 foi de 2,6 em 100 mil, e a de negros, por sua vez, foi de 26,4, o que resulta num índice de vitimização de 934,4%, ou seja, para cada uma criança ou adolescente branco vítima de homicídio no DF, há 10 crianças ou adolescentes negros.

#### **4. CONCLUSÕES: DESIGUALDADE SOCIAL, VIOLÊNCIA ESTRUTURAL, INVISIBILIDADE**

A criminalidade violenta no Brasil, especialmente em relação a homicídios, aumentou muito no Brasil nas últimas décadas, e as crianças e adolescentes foram fortemente atingidos. Muitos autores apontam como uma das causas determinantes para esse aumento a intensificação da desigualdade social<sup>12</sup>.

Entre as décadas de 1940 e 1980, o Brasil apresentou crescimento econômico acelerado. A promoção do crescimento do PIB culminou numa busca desenfreada pela industrialização e pelo desenvolvimento econômico. No entanto, tal crescimento econômico não resultou em um desenvolvimento humano igualitário, foi incapaz de modificar o quadro de desigualdade social existente no país, e acabou aprofundando ainda mais a exclusão social, sem representar uma melhora significativa nos indicadores de bem-estar econômico e social, como a redução da pobreza, do desemprego, da desigualdade social,

---

<sup>12</sup> BEATO, Cláudio; REIS, Ilka. “Desigualdade, desenvolvimento socioeconômico e crime”. In: HENRIQUES, Ricardo (org.). *Desigualdade e pobreza no Brasil*. Rio de Janeiro. São Paulo: Ipea, 2000 p. 385-404.

CÁRDIA, Nancy; SCHIFFER, Sueli. “Violência e desigualdade social”. *Ciência e Cultura*, São Paulo, v. 54, nº. 1, 2000, p. 25-31.

MINAYO, Maria Cecília. “A violência social sob a perspectiva da saúde pública”. *Cadernos de saúde pública*, Rio

de Janeiro, v. 10, nº. 1, 1994, p. 7-18.

das condições de saúde, alimentação, educação e moradia (OLIVEIRA, 2002, p. 38).

O Brasil apresenta um histórico de concentração de renda, que se intensifica a partir da década de 1960 e é agravada até os anos 2000, tendo um pequeno e insuficiente recuo na década de 2010. Embora não se possa falar em agravamento da pobreza e da indigência no que se refere à renda, os níveis de pobreza são inaceitáveis em face das desigualdades nas condições de vida, o que pode estar contribuindo para a violência como um todo, e em especial, em relação aos homicídios (KLEINSCHMITT; LIMA; WADI, 2011, p. 67).

Embora o homicídio seja um fenômeno extremamente complexo, determinado por diversos fatores<sup>13</sup> e, embora muitos autores refutem a tese de correlação entre homicídios e desigualdade de renda, entendemos que a taxa de homicídios não pode ser desassociada da aguda desigualdade existente na sociedade brasileira, que faz dela uma sociedade menos coesa, menos confiável, mais injusta e hostil. Não se pode deixar de reconhecer a persistência da concentração da riqueza, na precária qualidade de vida coletiva nos bairros periféricos das grandes cidades, e da explosão da violência letal (ADORNO, 2002, p. 132).

À precariedade das condições de vida dos jovens e adolescentes pobres, provenientes de bairros periféricos, em sua maioria negros junta-se o preconceito. Se, de um lado, nos grandes centros urbanos as alternativas para essas crianças e adolescentes são a indústria da droga, o subemprego ou os empregos considerados desqualificados, de outro lado, os agentes públicos de segurança e a opinião pública vê todos eles como criminosos, como seres não merecedores de direitos. Soma-se a isso a naturalização da violência na sociedade brasileira, especialmente em ambientes de pobreza.

Como consequência, a morte dessas crianças e adolescentes é imediatamente justificada pela opinião pública e pelo poder público, alegando envolvimento destes com atividades criminosas. Os direitos humanos lhes são negados em vida, ante a ausência de políticas estatais que garantam seu desenvolvimento, e os direitos humanos lhes são negados na hora da morte, pois lhes é retirada a condição de humanidade, deixam de ser crianças e adolescentes para tornarem-se “bandidos”, “aqueles que merecem a morte”, “aqueles cuja vida não importa para a sociedade”.

Desta forma, essas crianças e adolescentes pertencem à categoria, conforme Agamben (2002), de *homo sacer*, ou, vidas matáveis, vidas que podem

---

<sup>13</sup> As determinantes da violência e de seu crescimento envolvem fatores socioeconômicos (pobreza, fome, desemprego, ausência de renda, desigualdades gerando frustrações frequentes e ostentação de riqueza), institucionais (omissão do Estado na prevenção e na repressão da violência), de prevenção (escolas, moradia, saúde pública, transportes públicos ineficientes) e de repressão (polícia, justiça e sistema penitenciário).

ser exterminada sem que isso represente um crime. O seu assassinato não constitui nem uma execução capital, nem um sacrifício, mas apenas a realização de uma mera “matabilidade”, inerente à sua condição.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. Exclusão socioeconômica e violência urbana. *Sociologias*. Porto Alegre, v. 4, nº. 8, 2002, p. 84-135.

DRUMOND JUNIOR, Marcos. Homicídios e desigualdades sociais na cidade de São Paulo: uma visão epidemiológica. *Saude soc.*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 63-81, Feb. 1999. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-12901999000100006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12901999000100006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 19 ago. 2016.

IBGE. Censo Demográfico, 2010. Disponível em [www.ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br). Acesso em 10 ago. 2016.

IBGE. Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios, 2014. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2014/>. Acesso em 10 ago. 2010.

KLEINSCHMITT, Sandra Cristiana; LIMA, Jandir Ferreira; WADI, Yonissa Marmitt. Relação entre o crescimento da desigualdade social e dos homicídios no Brasil: o que demonstram os indicadores? *Interseções* [Rio de Janeiro] v. 13 n. 1, p. 65-90, jun. 2011.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Violência contra crianças e adolescentes: questão social, questão de saúde. *Rev. bras. saúde matern. infant.*, Recife, 1(2):91-102, maio-ago., 2001. p. 91-102.

OLIVEIRA, Gilson Batista de. Uma discussão sobre o conceito de desenvolvimento. *Revista Fae*, Curitiba, v. 5, nº. 2, 2002, p. 37-48.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Violência Letal contra as crianças e adolescentes do Brasil**. Relatório de pesquisa – Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (Flacso), Brasil, 2015.

# **O TRAFICANTE NOS MEDIA: UM OLHAR CRIMINOLÓGICO SOBRE A CONSTRUÇÃO DE TEXTOS JORNALÍSTICOS**

*THE DRUG TRAFFICKER IN THE MEDIA:  
A CRIMINOLOGICAL LOOK ON JOURNALISTIC TEXTS*

**HILBERT REIS**

*Mestrando em Direito pela Universidade Estadual Paulista (Unesp-Franca). Membro do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Aprisionamentos e Liberdades (Nepal).*

**CAROLINA SABBAG SALOTTI**

*Mestranda em Direito pela Universidade Estadual Paulista (Unesp-Franca).*

**RESUMO:** Este trabalho tem como objetivo analisar a maneira como um dos principais portais de notícias brasileiro (Portal G1-Globo) se dedica à cobertura do crime de tráfico, com especial olhar à pessoa do traficante. Ao atuarem na construção social da criminalidade, e pensados como integrantes da estrutura do controle social, os media são importantes contribuintes à definição de certos estereótipos que fazem parte do pensamento hegemônico. A presente questão parte de uma perspectiva interacionista simbólica e da teoria do etiquetamento, no intento de responder como os media contribuem à seleção, estigmatização e vitimização de determinados perfis de traficantes. Pensando nas estratégias de rompimento deste paradigma hegemônico estigmatizante, este trabalho se filia à perspectiva da newsmaking criminology, voltando-se à busca de caminhos que levem à democratização da comunicação e à desmistificação do crime e do criminoso (do tráfico e do traficante). Para tanto, utiliza-se a metodologia indutiva, com emprego da técnica de análise documental e bibliográfica, voltada à pesquisa exploratória.

**Palavras-chave:** *Traficante, media, estigmatização, vitimização.*

**ABSTRACT:** *This work aims to analyze the way that one of the leading Brazilian news website (Portal G1, Globo) covers the crime of drug dealing, with a special look to the trafficker himself. Acting in the social construction of crime, and thought of a member of the social control structure, the media is an important contributor to the definition of certain stereotypes that are part of the hegemonic thinking. This issue is analyzed from a symbolic interactionist perspective and from the labeling theory, as an attempt to answer how the*

*media contribute to the selection, stigmatization and victimization of certain drug dealer's profiles. Thinking about disruption strategies to this stigmatizing hegemonic paradigm, this work joins the perspective of newsmaking criminology, searching paths that lead to the democratization of communication and the demystification of this crime and criminal (trafficking and trafficker). For this, the inductive method is used, in addition to the technique of documental and bibliographical analysis, focused on exploratory research.*

*Keywords: Trafficker, media stigmatization, victimization.*

## **INTRODUÇÃO**

Este trabalho, voltado à análise da cobertura do crime de tráfico, no Portal de Notícias do G1 (versão online de notícias do Grupo Globo), pretende investigar como este atua na construção social da criminalidade.

Voltado a uma pesquisa exploratória, este artigo trará, sob a perspectiva interacionista simbólica (GOFFMAN, 2004) e da teoria do etiquetamento (BECKER, 2008), questionamentos sobre a forma como o Portal G1 se refere a determinados perfis de suspeitos e investigados sob a acusação do crime de tráfico de drogas.

Ademais, apresentar-se-á o fruto da breve análise de discurso realizado no portal G1, durante o período de Janeiro de 2016 a Julho de 2016. Por intermédio da palavra-chave “traficante”, lançada na ferramenta de busca do próprio portal, no intervalo temporal mencionado, foram coletados 115 (cento e quinze) textos jornalísticos em que houve menção à presença da expressão “traficante”. Cada notícia foi analisada com o intuito de mapear quem eram os traficantes encontrados em cada caso e, sobretudo, como o portal se referia a cada um, para tanto, o recorte de raça, somado à análise discursiva, servirá para traçar certos pensamentos hegemônicos no que se refere às definições de quem, para os media, é traficante e quem não é.

Dessa forma, sob o marco teórico da criminologia crítica, este trabalho pretende tecer considerações sobre como os media atuam na construção social da criminalidade e intenta, a partir dos resultados da pesquisa exploratória realizada no G1, apresentar possíveis novos caminhos no sentido de desconstruir certos pensamentos hegemônicos voltados a agrilhoar certos tipos de pessoas. Para isto, apresentar-se-á a teoria estadunidense da newsmaking criminology como meio de pavimentar alternativas às coberturas mediáticas orientadas à seleção, estigmatização e vitimização de determinados perfis de traficantes.

## 1 BREVES NOÇÕES SOBRE A REALIDADE (MEDIÁTICA) DO CRIME DE TRÁFICO NO BRASIL

O crime de tráfico de drogas, se comparado com outros crimes existentes desde a *Lex Talionis*, como o homicídio ou o roubo<sup>1</sup>, é recente, fortalecido sobremaneira durante todo o século XX, principalmente pela ação estadunidense na chamada guerra às drogas (*war on drugs*)<sup>2</sup>.

Seguindo as recomendações dos EUA, o Brasil, por todo o século XX, acatou as requisições e aconselhamentos da Organização das Nações Unidas (ONU) no que se refere à matéria das drogas. Dessa forma, o Brasil, sintonizado com a postura defendida pelos Estados Unidos, pautou-se pela proibição total à livre produção, circulação e consumo de substâncias psicotrópicas, e pela repressão aos segmentos sociais associados.

Até por volta dos anos 30, a expressão usada para definir as drogas eram “substâncias venenosas”, sendo que, somente em 1932, através do Decreto n. 20.930, esta expressão fora substituída por “substâncias tóxicas entorpecentes”. Neste período, as notícias relacionadas às drogas (sobretudo ao ópio e à *cannabis*) eram tratadas como *fait divers*, uma “literatura cotidiana” (THÉRENTY, 2007), baseada em acontecimentos reais.

Somente na década de 1970, os media brasileiros, sintonizados com os discursos oficiais originários dos EUA, das Organizações das Nações Unidas, e dos órgãos de repressão nacional, transformaram o crime de tráfico de drogas em um novo acontecimento a ser noticiado. A partir do conceito de valor notícia<sup>3</sup>, o crime de tráfico, sobretudo após o surgimento da Lei Antitóxica (6.368/76), se tornou notícia com maior frequência, principalmente, na sessão “policial” dos jornais, valorizando o papel da polícia no “combate às drogas”.

Com o tempo, o crime de tráfico passou a ocupar importante lugar nas manchetes policiais dos grandes jornais e a desproporcionalidade na apresentação de alguns casos tornou-se naturalizada na medida em que o

---

<sup>1</sup> A *Lex Talionis*, baseada na lei da retaliação, também conhecida como “olho por olho, dente por dente”, foi encontrada pela primeira vez no Código de Hamurabi e acredita-se que seja datada de 1780 a.C. aproximadamente. Neste conjunto de normas podiam ser encontrados certos crimes que, à época, eram punidos, na maioria das vezes, com pena capital, a exemplo dos crimes de furto, roubo e homicídio. Disponível em: < <http://www.faimi.edu.br/revistajuridica/downloads/numero6/codigo.pdf>.> Acesso em: 24 jul. 2016.

<sup>2</sup> A guerra contra as drogas (*war on drugs*) foi um movimento encabeçado pelos Estados Unidos da América com o intuito de reprimir a produção, distribuição, comércio, uso e porte de drogas. Em 1971, o presidente Richard Nixon chegou a se pronunciar para o Congresso estadunidense, dizendo que “o inimigo público número um dos Estados Unidos da América é o abuso de drogas. A fim de lutar e derrotar esse inimigo, é necessário travar uma nova batalha, vamos com tudo ao ataque”. Disponível em: < <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=3048>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

<sup>3</sup> Para Mauro Wolf (2003, p. 202) valores-notícia são critérios de relevância difundidos ao longo de todo o processo de produção e estão presentes tanto na seleção das notícias como também permeiam os procedimentos posteriores, porém com importância diferente.

pensamento hegemônico instituiu a guerra contra qualquer sujeito envolvido com as drogas.

## 2. AS VÁRIAS FACES DO CRIME DE TRÁFICO NO “G1”

Ao atuarem na construção social da criminalidade, e pensados como integrantes da estrutura do controle social, os media são importantes contribuintes à definição de certos estereótipos que fazem parte do pensamento hegemônico, de modo que certos tipos de pessoas são apontadas como “traficantes” antes mesmo de qualquer tipo de apuração jornalística ou mesmo investigação policial ou judicial conclusiva.

Neste sentido, a partir do material coletado no Portal G1, percebeu-se que apesar de composta de várias faces, a imagem dominante no que se refere ao crime de tráfico é ocupada pelo sujeito negro e pobre, sendo constantemente reforçada imagetivamente (com a foto dos supostos traficantes) e textualmente (pela rotulação criminosa, sem a cautela do uso das expressões “suspeito” ou “investigado”).<sup>4 5</sup>

Por outro lado, quando os supostos traficantes eram de classe média ou alta, certos comportamentos padrões também foram observados, como a ausência de imagem do investigado (como no caso da prisão de Vânio Avelino Diogo, conhecido como “Leite Ninho”)<sup>6</sup> e o “embaçamento” das faces, assim como o uso da expressão “suspeito”.<sup>7 8</sup>

Nas entrelinhas, parece reforçar-se a ideia de que cabe ao negro e pobre o lugar de traficante e a de usuário-vítima ao branco de classe média e alta, transformando no que Nils Christie (1986, p. 18) chama de vítima ideal “aquela pessoa ou categoria de pessoas que, quando atingido por crime, mais prontamente recebem o status de completa e legítima vítima”.<sup>9</sup> Neste sentido, ao branco, através do pensamento hegemônico, sempre caberá o lugar da

---

<sup>4</sup> G1. **Traficante é morto em confronto com policiais civis no subúrbio do rio.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/03/traficante-e-morto-em-confronto-com-policiais-civis-no-suburbio-do-rio.html>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

<sup>5</sup> G1. **Polícia prende traficante 'tinenem', em Niterói.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/07/policia-prende-traficante-tinenem-em-niteroi.html>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

<sup>6</sup> G1. **Seap recaptura na barra traficante que fugiu da cadeia em março.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/07/seap-recaptura-na-barra-traficante-que-fugiu-da-cadeia-em-marco.html>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

<sup>7</sup> G1. **Traficante do ac é preso com droga e dinheiro no interior do AM, diz polícia.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2016/04/traficante-do-ac-e-presos-com-droga-e-dinheiro-no-interior-do-am-diz-policia.html>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

<sup>8</sup> G1. **Ben 10, um dos traficantes mais procurados de vitória, é preso.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/espírito-santo/noticia/2016/04/ben-10-um-dos-traficantes-mais-procurados-de-vitoria-e-presos.html>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

<sup>9</sup> Tradução livre do original: “A person or category of individuals, who, when hit by crime, most readily are given the complete and legitimate status of being a victim.” (CHRISTIE, 1986, p. 18).



vitimização; enquanto ao negro, a condenação.

Com efeito, a mesma sobrerrepresentação do negro na abordagem mediática se reproduz na sobrerrepresentação encontrada em pesquisas sobre o encarceramento e o homicídio de jovens e de negros no Brasil (BRASIL, 2015, p. 87). Somado a isto, a vulnerabilidade dos jovens negros à violência e à desigualdade racial revela-se como motriz à seletividade e à estigmatização deste grupo, de modo a dificultar a alteração do pensamento hegemônico sobre o fluxo do sistema de justiça, pois tanto o controle formal (operadores da justiça) como o informal (media) reproduzem as mesmas práticas, aumentando ainda mais o processo de injustiças que pende sob esse determinado grupo. Ainda, importante ressaltar que os negros são, proporcionalmente, mais condenados que réus brancos (LIMA; TEIXEIRA; SINHORETTO, 2003). Assim sendo, por mais que o crime de tráfico apresente várias faces, nos *media*, por qualquer perspectiva, os negros tendem a ser a face mais destacada, através de um processo de agendamento voltado à criminalização de negros e pobres.

### 3. A CONSTRUÇÃO DA IMAGEM DO TRAFICANTE NO “G1”

Para Howard Saul Becker (2008, p. 22), “o desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal”. Neste sentido, mesmo se determinado membro do grupo estereotipado não for infrator da regra, ainda assim este será considerado um propenso infrator da regra, a despeito de nunca infringi-la. O estereótipo, logo, reside nesta perseguição indissociável a certos traços característicos, como o pertencimento à raça negra.

Neste sentido, a pesquisa empírica realizada por intermédio dos 115 (cento e quinze) textos jornalísticos analisados no portal G1, de Janeiro de 2016 a Julho de 2016, trouxe algumas percepções importantes à esta pesquisa, sobretudo em relação à imagem do traficante negro. Observou-se que, na maioria dos casos, a imagem do traficante negro é mais evidenciada do que a do traficante branco, inclusive, sendo aqueles fotografados quando de sua prisão com muito mais frequência.

Outras tendências também foram observadas no período delineado, com destaque a casos referentes ao Rio de Janeiro (26/115), São Paulo (16/115) e às coberturas internacionais (13/115), notando-se que, das notícias relacionadas ao Rio de Janeiro, 13 das 26 referiam-se ao resgate do traficante negro “Fat Family” em um hospital carioca; enquanto das 13 notícias internacionais, 11 referiam-se à prisão do traficante mexicano “El Chapo”.

Os destaques das notícias sobre o “Fat Family” e o “El Chapo”, sob o ponto de vista do agendamento programático do pensamento dominante, justificaram-se pelo “valor notícia”, pois representariam aquilo que seria o mais

importante de ser noticiado naquele contexto temporal e social. Contudo, pensando-se esta “importância” como uma criação do pensamento dominante, observa-se que este destaque também acaba por se tornar, inevitavelmente, mais uma oportunidade para reforçar a imagem do (traficante) negro à perspectiva brasileira; e o (traficante) mexicano à perspectiva mundial.

Com efeito, excluindo-se estes casos extraordinários, referentes ao resgate do “Fat Family” e a captura do “El Chapo”, que poderiam viciar a análise do período, pôde-se constatar que as notícias majoritariamente relacionam-se à prisão de pessoas negras e à prisão de pessoas envolvidas no tráfico internacional ou fronteiriço (Paraguai x Brasil), neste caso, sobretudo, no estado de Mato Grosso do Sul. Dessa forma, observa-se a tendência do G1 em evidenciar a imagem dos negros em notícias sobre tráfico, mesmo geralmente presos com pequenas quantidades de drogas; e a prisões de brasileiros e paraguaios na fronteira entre estes dois países, reforçando, portanto, os estereótipos de “traficantes” destes dois grupos (negros e “latinos”).

#### **4. A NEWSMAKING CRIMINOLOGY E A POSSIBILIDADE DE NOVOS DISCURSOS**

Se para Eugenio Raúl Zaffaroni (2011, p. 216) existe uma chamada criminologia mediática, fruto da criação de uma “realidade feita através de informação, subinformação e desinformação em convergência com prejuízos e crenças, baseadas em uma etiologia criminal simplista assentada em causalidade mágica”, de outro lado existe um movimento contestador, em que criminólogos, por meio dos novos media e movimentos sociais viriam a “popularizar um contradiscurso sobre o tema do crime” (BUDÓ, 2012, p. 117), construindo a chamada newsmaking criminology (BARAK, 1994, p. 237).

Especialmente três autores estadunidenses trabalharam o conceito da newsmaking criminology: Gregg Barak, Cecil Greek e Stuart Henry (1994). Segundo Barak (1994, p. 238), a “newsmaking criminology refere-se a esforços e atividades criminológicos na interpretação, influência, e modos à apresentação das notícias sobre crime e justiça.”<sup>10</sup> Barak, ao apresentar a newsmaking criminology, frisa que não se pretende sobrepor discursos por meio do intelectualismo, mas a partir do conhecimento criminológico. Seria o caso de agregado a movimentos sociais e às redes sociais, transformar o pensamento hegemônico, pela exposição de discursos contra-hegemônicos. Neste cenário, a newsmaking criminology seria um convite aos criminólogos a se tornarem parte dos mass media, pois, segundo Gramsci (1971), o pensamento hegemônico só

---

<sup>10</sup> Tradução livre do original: “*Newsmaking criminology refers to criminologists’ efforts and activities in interpreting, influencing, or shaping the presentation of “newsworthy” items about crime and justice.*” (BARAK, 1994, p. 238).

existe se houver o consentimento ativo dos “governados”. Dessa forma, para a desconstrução do pensamento hegemônico vigente seriam necessárias a união e a luta de vários grupos da sociedade, dentre os quais os criminólogos, no intento de romper com a fabricação de consentimentos e a legitimidade da hegemonia “burguesa”, reproduzida na vida cultural através dos media e do sistema de justiça.

Dessa forma, pela newsmaking criminology, a imagem do traficante poderia ser outra que não a presente atualmente nos media. A partir de uma maior compreensão do processo de “guerra às drogas”, novas formas discursivas poderiam ser introduzidas aos discursos mediáticos, tendo em vista que pelo discurso hegemônico, certas pessoas (os estereotipados) são predispostas a serem consideradas mais traficantes do que outras, mais repugnantes do que outras, mais criminosas do que outras.

Erving Goffman (2004), ao centrar sua pesquisa à microsociologia, traz especial atenção aos detalhes da identidade individual em relação ao grupo, e a partir de uma perspectiva interacionista simbólica, apresenta como certos comportamentos podem ser influenciados pelo meio, ou neste caso, pelos media.

Ao considerar certas pessoas mais traficantes do que outras, alguns media replicam à sociedade sua própria construção social do crime, ao imputar aos estereotipados o lugar de traficantes “por natureza” e aos não estereotipados o lugar de vítima, ou quando não, o lugar de traficante “por acidente”. Dessa forma, parte da sociedade, influenciada por este discurso mediático, diretamente associado à perspectiva dominante sobre o crime, naturaliza a diferença entre “eles” e “nós”.

Para Zaffaroni (2012, p. 219), este pensamento hegemônico da criminologia mediática é “[...] construído sobre bases simplistas, internalizando-se por meio da força de reiteração e pelo bombardeio de mensagens emocionais mediante imagens refletidas na indignação frente a alguns feitos aberrantes, mas não a todos”.<sup>11</sup>

Erving Goffman (1963, p. 42), por sua vez, ao analisar o indivíduo estigmatizado vítima do meio e do crime, percebe que “a pressão de conduta idealizada é muito mais evidente nas pessoas marginalizadas, cujo desvio torna-os ‘desacreditáveis’, com base na natureza do seu estigma ‘desacreditado’”.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Tradução livre do original: “*Este ellos se construye sobre bases bien simplistas, que se internalizan a fuerza de reiteración y bombardeo de mensajes emocionales mediante imágenes: indignación frente algunos hechos aberrantes, pero no todos [...].*” (ZAFFARONI, 2012, p. 219).

<sup>12</sup> Tradução livre do original: “*The pressure of idealized conduct is most clearly seen in marginalized people, whose deviance forces them into “discredited” or “discreditable” groups, based on the nature of their stigma.*” (GOFFMAN, 1963, 42).

Dessa forma, a questão que se coloca, é como a newsmaking criminology poderia popularizar um contradiscurso capaz de mudar certos discursos dominantes levando-se em conta a encrostada carga valorativa negativa imposta a certas classes de pessoas, e como este contradiscurso poderia ser inserido no espaço mediático.

Neste sentido, Cecil Greek (1994, p. 267), ao questionar se se seria possível aos media tradicionais refletirem as preocupações criminológicas sem as distorcerem, concluiu que a linguagem e o meio de apresentação são a “chave” para o desenvolvimento da newsmaking criminology sem que haja a sobreposição impositiva de discursos. Em sua experiência pessoal atuando na newsmaking criminology, Greek (1994, p. 280) concluiu que:

[...] a tentativa de usar os *media* para trazer os resultados da investigação criminológica para um público maior foi uma tarefa mais difícil que o inicialmente previsto. Ela exige uma compreensão de como os meios de comunicação funcionam, o conhecimento de como se comunicar com sucesso em uma variedade de formatos e circunstâncias, além de uma preparação prévia.<sup>13</sup>

## CONCLUSÃO

Ao atuarem na construção social da criminalidade, os *media* são importantes contribuintes à definição de certos estereótipos que fazem parte do pensamento hegemônico. Através da pesquisa exploratória realizada a partir do portal G1, percebeu-se a tendência deste veículo de comunicação em associar negros ao crime de tráfico, sobretudo do ponto de vista imagético. Quanto aos discursos, mais uma vez esta tendência de associação fez-se presente, principalmente através do não uso das expressões “suspeito” ou “investigado”, e o reforço na expressão “traficante”.

A pesquisa de Lima, Teixeira e Sinhoretto (2003), ao apontar que os negros são mais condenados do que brancos no Brasil, ajudou sobremaneira este trabalho, principalmente por evidenciar um problema estrutural que perpassa todos os sistemas de controles formais e informais, tendo em vista que a criminalidade como um processo de criminalização, parece estar associada às influências originárias tanto dos aparelhos estatais de justiça, como dos media.

Com este trabalho, de enfoque criminológico-mediático, voltou-se a atenção à cobertura do portal G1 no que se refere ao crime de tráfico, procurou-se enfocar como o atual paradigma de controle informal dos media poderia ser

---

<sup>13</sup> Tradução livre do original: “*My experience and that of others leads me to conclude that trying to use the media to bring the findings of criminological research to a larger audience and enlighten the public is more difficult task than originally envisioned. It requires an understanding of how the media operate, knowledge of how to communicate successfully in a variety of formats and circumstances, and advance preparation.*” (GREEK, 1994, p. 280).

contestado, tendo em vista que a abordagem do traficante no G1 apresenta traços marcantes de um agendamento direcionado a 1) Condenar previamente suspeitos e investigados; 2) Quando possível, realçar a imagem do negro-traficante e do branco-usuário/vítima; 3) Reforçar a imagem do latino-mexicano-traficante; 4) Posicionar o leitor no lugar ocupado por “nós”, enquanto aos traficantes, o lugar dos outros, “eles”; 5) Valorização das ações policiais.

Dessa forma, a partir do conceito de newsmaking criminology apresentado por Gregg Barak (1994) e colocado em prática por Cecil Greek (1994), buscou-se, brevemente, elucidar alguns apontamentos a respeito de como a criminologia e os criminólogos poderiam, de alguma forma, atuar na prática jornalística, trazendo alguns pensamentos criminológicos a esta. Diante deste quadro, Cecil Greek mostrou possível a inserção de algumas preocupações criminológicas nos *media*, desde que compreendido como lidar com eles.

Sendo assim, diante do cotidiano empreendimento mediático-discursivo voltado à seleção, estigmatização e vitimização, da perspectiva repressiva-criminalizante da sociedade mediatizada e das injustiças a certas classes de pessoas, são necessários esforços no sentido de democratizar a informação, fortalecendo contradiscursos, no intuito de desvelar as razões repressivas, em busca da recriação de signos e práticas, tanto mediáticas como sociais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARAK, Gregg. **Media, process, and the social construction of crime: studies in newsmaking criminology.** London: Routledge, 1995.

BECKER, Howard S. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio.** São Paulo: Zahar, 2008.  
BRASIL. **Mapa do encarceramento: os jovens do brasil.** Secretária-geral da Presidência da República e Secretaria Nacional de Juventude. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: < [http://www.pnud.org.br/arquivos/encarceramento\\_WEB.pdf](http://www.pnud.org.br/arquivos/encarceramento_WEB.pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2016.

BUDÓ, Marília. **Newsmaking criminology: o papel dos intelectuais na construção de um novo discurso sobre o crime nos media.** Lisboa: Comunicação & Cultura, n. 14, 2012. Disponível em: < <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18167/1/04.%20Marilia%20N.%20Budo.pdf> >. Acesso em: 31 jul. 2016.

CHRSTIE, Nils. The ideal victim. In: **From crime policy to victim policy.** London: Macmillan, 1986.

GOFFMAN, Erving. **A representação do eu na vida cotidiana.** Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

\_\_\_\_\_. **Stigma: notes on the management of spoiled identity.** New York: Simon & Schuster, 1963.

GRAMSCI, Antonio. **Selections from the prison notebooks of Antonio Gramsci,**

New York: International Publishers, 1971.

GREEK, Cecil. Becoming a media criminologist: is “newsmaking criminology” possible?. In: **Process, and the social construction of crime: studies in newsmaking criminology**. London: Routledge, 1995.

G1. Disponível em:< [www.g1.globo.com](http://www.g1.globo.com)>. Acesso em: 23 jun. 2016.

G1. **Traficante é morto em confronto com policiais civis no subúrbio do rio**. Disponível em:< <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/03/traficante-e-morto-em-confronto-com-policiais-civis-no-suburbio-do-rio.html>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

G1. **Polícia prende traficante 'Tinenem', em Niterói**. Disponível em:<<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/07/policia-prende-traficante-tinenem-em-niteroi.html>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

G1. **Seap recaptura na barra traficante que fugiu da cadeia em março**. Disponível em:< <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/07/seap-recaptura-na-barra-traficante-que-fugiu-da-cadeia-em-marco.html>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

G1. **Traficante do ac é preso com droga e dinheiro no interior do AM, diz polícia**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2016/04/traficante-do-ac-e-preso-com-droga-e-dinheiro-no-interior-do-am-diz-policia.html>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

G1. **Ben 10, um dos traficantes mais procurados de vitória, é preso**. Disponível em:< <http://g1.globo.com/espírito-santo/noticia/2016/04/ben-10-um-dos-trafficantes-mais-procurados-de-vitoria-e-preso.html>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

HENRY, Stuart. Newsmaking criminology as replacement discourse. In: **Process, and the social construction of crime: studies in newsmaking criminology**. London: Routledge, 1995.

LIMA, Renato Sérgio de; TEIXEIRA, Alessandra; SINHORETTO Jacqueline. **Raça e gênero no funcionamento da justiça criminal**. São Paulo: Boletim IBCCrim, n. 125, 2003.

THÉRENTY, Marie-Ève. **La littérature au quotidien – poétiques journalistiques au XIXe siècle**. Paris: Seuil, 2007.

WOLF, Mauro. **Teorias da comunicação de massa**. São Paulo: Martins Fontes: 2003.

\_\_\_\_\_. **Teorias da comunicação**. Mass media: contextos e paradigmas. Novas tendências. Efeitos a longo prazo. O newsmaking. Lisboa: Editorial Presença, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La cuestión criminal**. Buenos Aires: Planeta, 2012.

# **DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA E VITIMIZAÇÃO QUATERNÁRIA: A MÍDIA COMO OBSTÁCULO À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

*EMERGENCY CRIMINAL LAW AND QUATERNARY VICTIMIZATION:  
THE MEDIA AS AN OBSTACLE TO THE  
OF HUMAN RIGHTS' EFFECTIVENESS*

**LUCIANA DE FREITAS**

*Bacharel em direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP).  
Pós graduação em processo penal pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais  
(IBCCRIM) em parceria com o Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE), da  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.*

**RESUMO:** O presente trabalho insere-se no contexto de estudo da vitimologia alinhada à perspectiva do direito penal de emergência em relação à vitimização quaternária. Primeiramente, será discutido acerca de como a cultura emergencial procura, agindo como instrumento repressor, a legitimação de um direito penal em favor do interesse estatal e midiático, em detrimento do devido processo legal pautado em defesa dos direitos humanos e do Estado Democrático de Direito. Após, será realizada análise a respeito da influência do direito penal de emergência como fomento à vitimização quaternária, discutindo-se as reações e efeitos decorrentes da mencionada conduta. O recorte metodológico para feitura do artigo será por meio de pesquisa qualitativa e bibliográfica, a ser realizada através da coleta de dados e informações no meio acadêmico, de modo a expor os argumentos de forma explicativa e demonstrativa, através das proposições a serem desenvolvidas. Assim, a partir da abordagem vitimológica multidisciplinar, o trabalho se voltará a discutir o caráter punitivista e segregacionista do sistema de justiça criminal sob a ótica emergencial influenciada pela mídia sensacionalista, ressaltando a ineficiência do direito penal no que tange ao desenvolvimento de políticas públicas e criminas para atender apropriadamente as demandas e necessidades das vítimas.

**Palavras-chave:** Vitimologia. Direitos humanos. Vitimização quaternária. Mídia sensacionalista. Direito penal de emergência.

**ABSTRACT:** *The study in the present work aims to analyze the victimology from the perspective of emergency criminal law associated to the quaternary victimization. The research will discuss the oppressive side of the criminal justice through the vision of an*

*emergencial culture, that is influenced by a sensationalist media. Furthermore, it intend to focus on the inefficiency of the criminal law on the development of public policies that eventually prevents a proper answer to the victim's real demands and needs.*

**Key-words:** *Victimology. Human rights. Quaternary victimization. Sensationalist media. Emergency criminal law.*

## INTRODUÇÃO

O condicionamento do direito penal à chamada cultura emergencialista determina preocupantes tentativas de hipertrofia do sistema punitivista, através do endurecimento da legislação criminal e do crescente incentivo a realização de processos sumários, sem ritos e extra-institucionais, acarretando em uma antecipação da pena<sup>1</sup> e na valorização de um julgamento meramente midiático, que lucra com a espetacularização da violência.

Tal conjuntura é agravada pela globalização das vias de comunicação, que acabam proporcionando informações deturpadas, frente a um avanço tecnológico desenfreado, atingindo inúmeras pessoas em um espaço de tempo desprezível.

Assim, ilustrando como plano de fundo a problemática da cultura emergencial agravada pela imprensa sensacionalista, será discutida a questão da vitimologia sob o aspecto do medo da vitimização, isto é, a percepção de um medo difuso, sem fundamento concreto como essência. A chamada vitimização quaternária, nesse sentido, será analisada sob a influência da mídia que aumenta esse sentimento de insegurança e compõe o cenário adequado para o cultivo de um sistema de justiça criminal repressor, em detrimento da legalidade e dos direitos humanos.

## O SIGNIFICADO DE EMERGÊNCIA E O DISCURSO DO CAOS

Tendo em vista o atual contexto globalizado, o qual implica na imediatização das comunicações e na aceleração das relações sociais, nos deparamos diante de uma aparente necessidade em apresentar uma "resposta" cada vez mais rápida aos anseios da sociedade. Essa "impaciência", por sua vez, reflete uma sociedade de risco<sup>2</sup> preocupada com as possíveis ameaças que questionam as bases estruturais da sua segurança.

---

<sup>1</sup> MOCCIA, Sergio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 7, n. 25, p.58-91, jan./mar. 1999, p. 74-75.

<sup>2</sup> Termo cunhado pelo sociólogo alemão Ulrich Beck e publicado pela primeira vez na Alemanha em 1986, no original *Risikogesellschaft: Aufdem Weg in eine andere Modern* (BECK, Ulrich. Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011).



Percebe-se, então, a sua vulnerabilidade perante a implantação do discurso do caos<sup>3</sup>, disseminando-se o efeito de que algo precisa ser feito em face ao aumento da criminalidade e da violência que aterrorizam os "cidadãos de bem" dia a dia. Assim, inaugura-se um estado de emergência, que se fundamenta na impressão de uma normalidade frágil e quebradiça perante um momento conflituoso, o que legitimaria, portanto, a adoção de medidas excepcionais.

Seguindo este mesmo direcionamento, Fauzi Hassan Choukr nos traz o seguinte conceito de emergência<sup>4</sup>:

Que a ideia de emergência está atrelada a de urgência - e, num certo sentido, ao de crise - isso é inegável. Chama a atenção para algo que, de forma repentina, surge a desestabilizar o "*status quo ante*", colocando em xeque os padrões normais de comportamento e a consequente possibilidade de manutenção das estruturas. Nesse sentido, a ela se atrela a necessidade de uma resposta pronta, imediata e que, substancialmente, deve durar enquanto o estado emergencial perdura.

Assim, delimita-se o significado de emergência como aquilo que foge dos padrões da cultura da normalidade, constituindo um nível mais elevado de periculosidade e ameaça à sociedade e seu "*status quo*", de modo a justificar o emprego de mecanismos extravagantes para combatê-la.

Indubitavelmente, prevalece o caráter político da matéria, "cuja manipulações ideológicas podem chegar a traduzir determinadas situações como absolutamente incontroláveis a ponto de justificar o incremento de tais regras"<sup>5</sup>.

O plano de fundo da cultura emergencialista se apoia, sobretudo, na produção daqueles resultados aparentemente tão aclamados pelo público, refletindo um conceito de eficiência bastante distorcido, não respeitando os princípios que fundamentam o Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Quando se fala de emergência penal, "percebe-se a derrogação dos valores dominantes em face da suposta necessidade de resposta ao fenômeno emergente, com a implícita insinuação da fraqueza da cultura da normalidade perante a crise a legitimar a adoção de medidas excepcionais"<sup>6</sup>.

Por conseguinte, verifica-se que a exceção representada pela emergência penal é socialmente percebida como um "estado de direito", quando se trata da necessidade da sua implementação, porém, diferentemente da exceção

---

<sup>3</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo penal de emergência. 1999. 256 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999, p. 34.

<sup>4</sup> Idem, p. 2.

<sup>5</sup> Idem, p. 5.

<sup>6</sup> Idem, p. 3.

constitucional, aquela não possui limitações temporais e/ou geográficas que regulamentariam a sua condição emergencial<sup>7</sup>.

Assim, considerando-se a ausência de criação ou regulamentação dos embasamentos e alicerces legais quanto à aplicação de um direito penal emergencial, constata-se que este é empregado não de modo complementar à legislação e aos padrões de normalidade social, mas sim de encontro a esses valores, enfraquecendo a imagem do devido processo legal e dos princípios e dispositivos constitucionais que asseguram os direitos fundamentais.

Nesse mesmo sentido, Alberto Silva Franco<sup>8</sup> apresenta o seguinte diagnóstico:

A intervenção penal não objetiva mais tutelar, com eficácia, os bens jurídicos considerados essenciais para a convivencialidade, mas apenas produzir um impacto tranquilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos, individual ou coletivo, de insegurança. (grifo nosso)

O anseio pela urgência nas medidas de constrição penal pode ser definido como uma situação pela qual a sociedade se comporta de tal forma que não consegue observar qualquer outra saída à crise, senão aquela disponibilizada diretamente pelo Direito Penal - "é o movimento político de penalização, que visa acalmar os ânimos sociais através de novas leis penais"<sup>9</sup>.

Logo, o direito penal de emergência passa a atuar como forma de controle social punitivo institucionalizado<sup>10</sup>, que, diante da possibilidade ou mesmo suposição de identificação sobre um possível suspeito ou delito, cria e delimita as condições necessárias para atuação do conjunto repressivo a partir da necessidade de restauração da ordem perante o caos aparente.

## **A INFLUÊNCIA DA MÍDIA SENSACIONALISTA NA VITIMIZAÇÃO QUATERNÁRIA E SEUS IMPACTOS NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL**

Conforme visto, o discurso oficial que justifica a atuação da cultura de emergência através do sistema repressivo parte da necessidade de restauração da ordem perante uma situação de crise aparente. A busca pela ordem perdida diante do caos instaurado se confunde, assim, com a legitimação do poder estatal, de forma que o direito penal terá o exclusivo fim de resguardar a própria

---

<sup>7</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. op. cit., p. 4-5.

<sup>8</sup> FRANCO, Alberto Silva. Prefácio ao "Manual de Direito Penal Brasileiro. In: CHOUKR, Fauzi Hassan. op. cit., p. 4

<sup>9</sup> ALBERTON, Cláudia Marlise. Tutelas de urgência, emergência e evidência: a questão da sumarização frente ao processo penal garantista. In: CARVALHO, Salo de. Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 180.

<sup>10</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 70.

norma e, conseqüentemente, passa a adquirir práticas cada vez mais tendenciosas à manutenção e mesmo empoderamento da supremacia estatal<sup>11</sup>.

Ao chegarmos nesse ponto, Choukr mais uma vez elucida: "Nesse quadrante argumentativo o discurso do caos está atrelado normalmente ao da crise, e sempre apresenta um tom dramático sendo, por essa razão, tendencialmente inclinado para o autoritarismo".<sup>12</sup>

Note-se que a relação entre o jogo de poder estatal e o direito penal vem travestida da sensação de necessidade de que algo precisa ser feito em face de um caos ilusório, de um medo construído, utilizando o sistema opressor como mecanismo promocional, principalmente através da contribuição midiática. Dessa forma, tem-se o uso simbólico do direito penal como meio de dominação e reprodução de poder, de modo a legitimar eventuais atos de autoritarismo estatal.

Cláudia Marlise Alberton, bem relaciona a preservação da credibilidade estatal com a garantia de ordem pública e social, ratificando a ideia de que somente através da aplicação da lei penal tais valores permaneceriam resguardados<sup>13</sup>:

Sucintamente, vemos que ao longo dos tempos já houve aproximação do conceito de ordem pública com a preservação de credibilidade do Estado na Justiça; igualando a garantia da ordem social com a garantia da ordem pública, somente sendo efetivada com a aplicação da lei penal; sendo sinônimo de periculosidade, ou gravidade do delito, como método de apaziguação social, tendo em vista o clamor público, ou seja, a revolta da população pela prática da infração; ordem pública inclusive em favor do acusado, na ideia de que é mais seguro deixar o réu encarcerado do que solto, a fim de garantir sua incolumidade, entre tantas coisas.

Frequentemente nos deparamos com investigações de repercussão nacional ou mesmo de assuntos locais sendo exaustivamente transmitidas em detalhes pelos meios de comunicação. Desse modo, a imprensa passa a contar com a teatralização do fato para atingir seu objetivo final através da comoção e reação do expectador. Não se trata apenas de interesse comercial da mídia, mas do poder alimentado pelo combustível da informação transmitida e consumida.

O problema é constituído pela seletividade e manipulação da informação, que é ecoada e reproduzida incessantemente pela rede televisiva, jornais, internet e, sobretudo, meios de comunicação sociais, impondo sua absorção por uma sociedade extremamente vulnerável às facilidades tecnológicas trazidas pela globalização. Como consequência, observa-se a diminuição substancial do senso crítico, da capacidade de raciocínio individual e habilidade de

---

<sup>11</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. op. cit., p. 10.

<sup>12</sup> Idem p. 34.

<sup>13</sup> ALBERTON, Cláudia Marlise. op. cit., p. 185.

questionamento, substituindo tais valores por uma noção coletiva e pré-estabelecida da notícia<sup>14</sup>.

Nesse contexto, origina-se uma nova espécie de vitimização, relacionada ao medo de tornar-se vítima em uma sociedade tão cruel e perigosa, em um mundo aparentemente tomado pelo caos e pela violência. A chamada vitimização quaternária trata-se de um medo difuso, sem fundamento concreto e, sem dúvida, o mais difícil a ser combatido, tendo em vista suas raízes espalhadas e ocultas sobre os mais diversos fatores<sup>15</sup>.

Passa a ser natural e compreensível, desse modo, que a população manifeste seu temor da criminalidade convencional diante da superexposição ditada pela mídia. O indivíduo constrói uma noção rasa da raiz do seu medo, que impede uma reflexão mais aprofundada sobre as suas reais origens, como a exclusão social, a relativização de direitos humanos, a seletividade penal, o autoritarismo estatal. Essa superficialidade sobre o sentimento de insegurança “impede uma reflexão acerca da inexistência de laços solidários em uma sociedade que tem medo de crianças nas esquinas”, conforme bem coloca a autora Ana Sofia Schmidt de Oliveira.<sup>16</sup>

Muito além de um atributo humano, o medo é utilizado como um meio de controle político e social, muitas vezes potencializado por uma imprensa policialesca que dramatiza o fenômeno criminal, transformando-o em entretenimento popular, elegendo e redirecionando as informações transmitidas segundo seus próprios interesses, bem como daqueles que visam ratificar seu domínio de controle social de maneira impositiva, ainda que dissimulada. O indivíduo, portanto, passa a ser vítima de seu próprio temor.

Conseqüentemente, de modo disfarçado, as preocupações sociais direcionam-se em favor dos interesses daqueles grupos que buscam legitimar seu poder através do autoritarismo destacado em uma exceção estatal travestida em justiça e democracia. Justifica-se, dessa maneira, o emprego de mecanismos de opressão emergenciais através de financiamentos e de parcerias midiáticas, contribuindo para a relativização de direitos fundamentais a qualquer custo, em defesa do "cidadão de bem". Nessa direção, Rafael de Souza Lira<sup>17</sup> aponta:

---

<sup>14</sup> CARRARD, Rafael. Ritos de emergência - o discurso do pânico. Revista Síntese de direito penal e processual penal, Porto Alegre, v. 11, n. 67, 2011, p. 92.

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 116.

<sup>16</sup> Idem, p. 117.

<sup>17</sup> LIRA, Rafael de Souza. Mídia Sensacionalista: segredo de justiça como regra. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 17.

A manipulação resulta no pedido de um Estado agressivo e impiedoso, o qual é chamado e legitimado para defender o "cidadão de bem", isolado e altamente amedrontado, custe o que custar e contra quem for, desde que seja contra o *outro*. E aqui inclui-se a relativização de direitos e garantias fundamentais do ser humano acusado ou suspeito de cometer um crime. E se o agente for pego em flagrante - pouco importando se é flagrante lícitamente válido ou não -, daí que o medo gerado é capaz de fabricar adeptos ao aniquilamento dos direitos e garantias até então relativizados. (grifo nosso)

Revela-se, assim, uma procura por maior eficiência de acordo com os resultados esperados pela sociedade e seus medos, através de intervenções de caráter emergencial, principalmente aquelas relacionadas à expansão da violência, que acabam por delinear um novo modelo de direito penal, acarretando na ascensão do autoritarismo em detrimento de direitos fundamentais. O jurista italiano Sergio Moccia<sup>18</sup> acrescenta:

A presença de reflexos inquisitórios, pouco compatíveis com esquemas do ordenamento do estado social de direito, combina-se com as exigências de iniciativas judiciais cada vez mais frequentes, aos limites do suprimento, para enfrentar fenômenos crônicos de mal-estar da sociedade italiana com meios oferecidos pelo sistema penal. Chega-se, portanto, a propor novamente uma "questão de justiça" com as costumeiras características da crise e do suprimento. E sob a égide da emergência houve um incontestável retorno a lógicas de marca autoritária.

Sob o discurso do medo e da insegurança, em termos de emergência, ressalta-se o conceito ilusório de erradicação da criminalidade sem uma reflexão social de política criminal, "sancionando-se uma absoluta supremacia da função punitiva" em detrimento de valores fundamentais imprescindíveis à pessoa humana<sup>19</sup>.

## CONCLUSÃO

Atualmente, são diversas as classificações e os papéis que podem ser desempenhados pelas vítimas, sendo que a doutrina tem organizado o tema em: vitimização primária, vitimização secundária e vitimização terciária. A vitimização quaternária, por sua vez, ou o medo da vitimização, trata-se de hipótese levantada por Ana Sofia Schmidt de Oliveira<sup>20</sup>, a qual que ainda não fora de fato agregada às teorias tradicionais, mas que tem contribuído intensamente aos estudos vitimológicos recentes.

---

<sup>18</sup> MOCCIA, Sergio. op. cit, p. 65.

<sup>19</sup> Idem, p. 66.

<sup>20</sup> OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. Op. cit., p. 116.

Assim, um enfoque vitimológico mais amplo permite concluir que o fato criminoso não encerra, em si, a vitimização, mas dá início a um processo em que o fator desencadeante, na maioria dos casos, não representa a mais grave das vitimizações.

Nesse sentido, verifica-se que o direito penal de emergência, sob a influência incessante de uma mídia escandalosa, contribui para acentuar a sensação de insegurança na sociedade, gerando o medo e, por conseguinte, a vitimização quaternária.

Em continuidade, a atuação seletiva do sistema de justiça criminal, ditada pela cultura emergencial, cria e reforça as desigualdades sociais, estigmatizando pessoas e fabricando vítimas e culpados, no que diz respeito à vitimização primária.

Dessa forma, as medidas impostas pelo sistema de justiça criminal, em caráter extremamente punitivista, acabam por perder sua legitimidade, não guardando qualquer relação com o indivíduo efetivamente prejudicado no conflito, ou seja, despersonalizando a própria vítima. O Estado substitui a vítima, ignorando, porém suas necessidades. Ela não recupera o que foi perdido, pois as penas não levam em conta seus interesses, perdendo, ainda, a oportunidade de participar positivamente da solução do conflito<sup>21</sup>.

Ocorre, assim, a vitimização secundária, prejudicando gravemente a credibilidade das instâncias formais de controle social, as quais, por outro lado, dependem fundamentalmente da vítima para agirem. Os profissionais desses setores muitas vezes não consideram o sofrimento da vítima, suas expectativas e necessidades, passando de mero desinteresse para uma atuação, em si, vitimária.

Novamente, diante de um sistema de justiça criminal estigmatizante e seletivo, cujos preconceitos e intolerâncias ultrapassam a esfera jurídica, a então vítima do sistema legal passa a sofrer olhares atravessados, comentários maldosos ou indiscretos, e até mesmo brincadeiras, sentindo-se mais uma vez humilhada e constrangida, o que faz com que ela não se permita viver dignamente em sociedade, abrindo espaço para a vitimização terciária.

Conclui-se, portanto, que uma cultura penalista de emergência, incentivada por uma imprensa manipuladora e sensacionalista, apesar de incidir diretamente na origem da vitimização quaternária, reflete em todo um organismo social, produzindo uma roda viva em constante movimento, que alcança e interfere nos processos de vitimização em seus diferentes aspectos.

---

<sup>21</sup> OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. Op. cit., p. 109

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Augusto Jobim do. Política da prova e cultura punitiva: governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina Brasil, 2014.
- BECK, Ulrich. Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.
- CARRARD, Rafael. Ritos de emergência - o discurso do pânico. Revista Síntese de direito penal e processual penal, Porto Alegre, v. 11, n. 67, p.91-97, abr./mai. 2011.
- CARVALHO, Salo de. Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo Penal de Emergência. 1999. 256 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999.
- FRADE, Edison Vlademir de Almeida. Os direitos da vítima da criminalidade. 2011. 236 f. Tese (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul - Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2011, p. 32. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/60710/000863511.pdf?sequence=1>> Acesso em: 14 maio 2016.
- FREITAS, Marisa Helena D' Arbo Alves de; JÚNIOR, Roberto Faleiros Galvão Estudos contemporâneos de vitimologia. São Paulo: Cultura Acadêmica: Editora UNESP, 2011.
- KOSOVSKI, Ester; MAYR, Eduardo. Vitimologia e direitos humanos. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; KOSOVSKI, Ester. Estudos em homenagem ao prof. João Marcello de Araujo Junior. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 236.
- \_\_\_\_\_. Cidadania, direitos humanos e vitimologia. In: ZILIO, Jacson Luiz; BOZZA, Fábio da Silva (Org.). Estudos críticos sobre o sistema penal. Curitiba: LedZe, 2012, p. 80.
- LIRA, Rafael de Souza. Mídia Sensacionalista: segredo de justiça como regra. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.
- MOCCIA, Sergio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 7, n. 25, p.58-91, jan./mar. 1999.
- OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento criminológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- PRADO, Geraldo (Coord.); MALAN, Diogo (Coord.). Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- RANGEL, Francisco Roberto. A vitimologia. Cidadania e Justiça: revista do curso de direito de Ituiutaba, Ituiutaba, v. 1, n. 2, jul./dez. 1998, p. 17.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2010.





# **VIOLÊNCIA E VITIMIZAÇÃO COMO CUSTOS SOCIAIS DA POBREZA E DA DESIGUALDADE NA AMÉRICA LATINA**

## *VIOLENCE AND VICTIMIZATION AS SOCIAL COSTS OF POVERTY AND INEQUALITY IN LATIN AMERICA*

**AMANDA BESSONI BOUDOUX SALGADO**

*Doutoranda pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP)*

**EDUARDO SAAD-DINIZ**

*Prof. Dr. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto e Programa de Integração da América  
Latina da Universidade de São Paulo, (FDRP/PROLAM/USP)*

**Resumo:** A pobreza é pensada como resultado da ação humana, derivando de situações ligadas aos processos de ocupação, industrialização e urbanização. Desigualdade evidencia as discrepâncias entre grupos sociais na medida da distribuição assimétrica de recursos e serviços. O processo histórico de colonização latino-americana concentrou-se na exploração dos recursos naturais, com o escopo de satisfazer os interesses do mercado externo, o que provocou o enriquecimento exclusivo de determinados agentes que ocupavam posições estratégicas de poder, agravando a pobreza e a desigualdade. Dentre os custos sociais da pobreza e da desigualdade encontra-se a disseminação da violência, que, potencializada pelo sentimento de revolta frente aos níveis intoleráveis de exclusão, conduz a contextos de vitimização primária, em especial nas áreas de infraestrutura deficiente nas quais vivem a maioria das pessoas vulneradas pela desigualdade e pela pobreza. Segundo dados do *Institute of Economics and Peace*, no Brasil os gastos com as políticas de contenção da violência equivalem a 7,1% do produto interno bruto (PIB), sendo que outros países latino-americanos apresentam percentuais ainda mais elevados, como a Colômbia, que gasta 10,8% de seu PIB e o Haiti, onde esse custo representa 7,5% do PIB. Em função deste contexto, o trabalho objetiva a análise das relações causais existentes entre violência e vitimização, bem como dos custos sociais decorrentes da institucionalização do controle punitivo, questionando a formulação de agenda positiva de redução da pobreza e da desigualdade na América Latina como estratégia de prevenção da violência e da vitimização. A análise, fundamentalmente teórica, inclui avaliação de dados, combinando método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica com a apreciação de estudos empíricos.

**Palavras-chave:** violência. vitimização. criminalidade. pobreza. desigualdade.

**ABSTRACT:** Poverty is seen as a product of human action, deriving from situations connected to the processes of occupation, industrialization and urbanization. Inequality means the discrepancies between social groups related to the asymmetric distribution of resources and services. The historical process of colonization in Latin America centered in the exploitation of natural resources, in order to satisfy the interests of the foreign market, which caused the exclusive enrichment of people who occupied strategic powerful positions, aggravating poverty and inequality. Among the social costs of poverty and inequality is the propagation of violence, which is enhanced by the feeling of insurrection towards intolerable levels of exclusion, leading up to contexts of primary victimization, especially in areas lacking infrastructure, where most people who are affected by inequality and poverty live. According to data from the Institute of Economics and Peace, in Brazil the politics of contention of violence represent an expenditure of 7,1% of gross domestic product (GDP), whereas in other Latin American countries this expenditure is even greater: Colombia spends 10,8% of its GDP and Haiti spends 7,5% of its GDP in the contention of violence. Given this context, the paper aims to analyze the causal relationships between violence and victimization, as well as the social costs resulting from the institutionalization of punitive control, questioning the formulation of a positive agenda to reduce poverty and inequality in Latin America as strategy to prevent violence and victimization. The analysis, fundamentally theoretical, includes the evaluation of data, combining deductive method and the technique of bibliographic research with the appreciation of empirical studies.

*Key-words:* violence. victimization. criminality. poverty. inequality.

## INTRODUÇÃO

A valorização da figura da vítima na pesquisa em ciências criminais é um fenômeno recente. A sistematização do estudo se deu por meio da criminologia, especialmente após as atrocidades vivenciadas durante a Segunda Guerra Mundial.<sup>1</sup> A compreensão da vítima é uma atividade complexa, mas que demonstra sua relevância ao permitir a interpretação de aspectos relacionados à motivação do crime e às formas de prevenção. A partir da descrição de cenários de pobreza e desigualdade, será questionado como se estabelecem os vínculos entre processos de vitimização e tais fenômenos. A estratégia principal para identificar a vítima neste quadro consiste na consideração da violência como custo social da pobreza e da desigualdade. O conceito de vítima opera aqui tanto no sentido amplo, relacionado à pessoa "que sofre os resultados infelizes dos próprios atos, dos de outrem ou do acaso"<sup>2</sup>, ao compreender-se

---

<sup>1</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. Imputación moral orientada a la víctima como problema de imputación objetiva. In: DONNA, Edgardo Alberto. (Org.). **Revista de Derecho Penal** (Rubinzal Culzoni) - Responsabilidad penal por omisión - I. 1ed. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2016, v. 1, p. 87-116.

<sup>2</sup> BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima**. São Paulo: Ed. Universitária de Direito, 1971. p. 51.

como forma de vitimização a sobrevivência em condições de extrema pobreza e exclusão social, quanto no sentido jurídico-penal, que diz respeito ao indivíduo e à comunidade que sofrem diretamente as consequências da violação da norma penal. Em função deste contexto, o trabalho objetiva a análise das relações causais existentes entre violência e vitimização, bem como dos custos econômicos e sociais decorrentes da institucionalização do controle punitivo, questionando a viabilidade da formulação de uma agenda positiva de prevenção da vitimização por meio de estratégias de redução da pobreza e da desigualdade. Adota-se como foco da análise a América Latina, em que se insere o Brasil, considerando que a região apresenta delicados níveis de desigualdade do mundo. Pretende-se evidenciar como a interação entre pobreza e desigualdade gera perdas tangíveis e intangíveis, não somente para o indivíduo a elas submetido, que suporta os efeitos físicos e psicológicos da vitimização e da vulnerabilidade social, mas igualmente para a comunidade ou estrutura urbana em que vive, à medida que se cria um impasse ao desenvolvimento. De início, serão evidenciados os vínculos existentes entre os referidos fenômenos; em seguida, serão investigados, com o auxílio de teorias criminológicas, os fatores que influenciam o risco de vitimização, elevando-o ou reduzindo-o; e, por fim, serão discutidos os custos e benefícios de medidas de prevenção da violência e da criminalidade, buscando-se alternativas para a mitigação daquele risco.

## 1. A NOÇÃO DE POBREZA

A iniciativa de compreender a violência e os processos de vitimização como custos sociais da pobreza e da desigualdade demanda abordagem sociológica a respeito de como estes conceitos são interpretados e como interagem entre si. A noção de pobreza, segundo a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), indica a carência de recursos econômicos ou de condições de vida consideradas básicas por normas que refletem direitos sociais mínimos e objetivos públicos.<sup>3</sup> Para o Banco Mundial, a pobreza se caracteriza em três dimensões: (1) a falta de recursos e renda para atender necessidades básicas, incluindo educação e saúde; (2) falta de voz e poder nas instituições estatais e na sociedade; e (3) vulnerabilidade a choques adversos e exposição a riscos, combinadas com uma incapacidade de enfrentá-los.<sup>4</sup>

Tradicionalmente, a pobreza é dividida em duas formas: absoluta e relativa. A primeira refere-se a um padrão universal e comparável que pode ser

---

<sup>3</sup> CEPAL; IPEA; PNUD. *Hacia el objetivo del milenio de reducir la pobreza en América Latina y el Caribe*. Santiago, 2003.

<sup>4</sup> BANCO MUNDIAL. *Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial 2000/2001: Luta contra a pobreza*, p. 34.

utilizado para identificar a quantidade de pessoas que vivem com renda inferior a um determinado patamar.<sup>5</sup> A pobreza relativa, por sua vez, mostra-se como uma medida de desigualdade e é determinada por meio do cálculo percentual de pobres que vivem com renda menor do que certo parâmetro de comparação, obtido pela análise do contexto específico do país ou região, definindo, portanto, a diferença média entre a renda dos mais pobres em relação à renda dos mais ricos ou à maioria da população.<sup>6</sup> O nível de pobreza no Brasil, por exemplo, é bastante superior à média dos países com renda *per capita* similar, o que demonstra que a má distribuição dos recursos é uma das causas da intensidade da pobreza nacional.<sup>7</sup>

A definição da linha de pobreza por um patamar mínimo de renda suficiente para satisfazer as necessidades básicas, contudo, não expressa suas reais dimensões. Os ganhos monetários são simplesmente os meios para um determinado fim. Por isso, recentemente foi desenvolvida uma abordagem multidimensional da pobreza, capaz de indicar as capacidades necessárias ao alcance do bem-estar. Essa aproximação se baseia nos trabalhos de Amartya Sen, para quem a pobreza consiste na privação de capacidades que permitem que os indivíduos atinjam suas necessidades.<sup>8</sup> Amartya Sen considera que a pobreza não está associada à privação de um bem, mas à incapacidade de obtê-lo, ou seja, equivale a certa privação que impede o desenvolvimento pleno das capacidades e, conseqüentemente, da liberdade do indivíduo.<sup>9</sup> Deepa Narayan buscou expandir este conceito por meio das *Avaliações Participativas sobre a Pobreza*, que consistiram em entrevistas com populações pobres do mundo. Em suas pesquisas, observou que os ativos são mais valorizados do que a renda, pois os pobres associam a falta de ativos físicos, humanos, sociais e ambientais à vulnerabilidade e exposição ao risco.<sup>10</sup> A concepção multidimensional

---

<sup>5</sup> Incluíram-se na categoria de pobres as pessoas que vivem com menos de dois dólares por dia, sendo que o grupo considerado como extremamente pobre vive com menos de um dólar por dia. COUTINHO, Diogo R. **Direito, desigualdade e desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 36.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>7</sup> BARROS, Ricardo Paes de; HENRIQUES, Ricardo; MENDONÇA, Rosane. Desigualdade e pobreza no Brasil: retrato de uma estabilidade inaceitável. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Vol. 15, n. 42, fevereiro/2000, p. 123-142. A má distribuição dos recursos afeta significativamente a América Latina: segundo dados da CEPAL, em 2014 a renda *per capita* dos latino-americanos pertencentes aos 10% da população com maiores rendimentos foi 14 vezes superior à das pessoas que compõem os 40% da população com menor renda. Ao mesmo tempo, a Comissão estimou que a pobreza na América Latina aumentou no ano de 2015, atingindo o patamar de 175 milhões de pessoas, das quais 75 milhões viveriam em situação de indigência. Esse crescimento resulta de discrepâncias entre os países, pois alguns registraram diminuição nos índices de pobreza (Brasil, Equador, Colômbia) enquanto outros, como México, Honduras e Venezuela, demonstraram aumento. CEPAL. **Panorama social da América Latina**. ONU, 2015.

<sup>8</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 95.

<sup>9</sup> FERULLO, Hugo. El concepto de pobreza en Amartya Sen. **Revista Valores en la Sociedad Industrial**, ano XXIV, n. 66, agosto 2006. p. 13.

<sup>10</sup> NARAYAN, Deepa. **Voices of the poor** - Can anyone hear us? Washington, D.C.: The World Bank, Oxford University Press, 2000.

reconhece a pobreza como um fenômeno social complexo, considerando não somente as privações materiais dos indivíduos, mas também as dificuldades de adequação aos padrões de vida e consumo necessários para a aceitação social e o autorrespeito. No entanto, critica-se tal perspectiva pela dificuldade empírica de se ponderar múltiplos conceitos em um único indicador, bem como pela possibilidade de se subestimar o papel da renda sobre o fenômeno da pobreza.<sup>11</sup>

Apesar da impossibilidade de se alcançar um conceito universal de pobreza, há certo consenso de que ela é fruto da ação humana e está presente em todos os contextos sociais do mundo, em maior ou menor grau. Suas raízes derivam de inúmeras situações enraizadas em processos históricos de ocupação dos territórios, industrialização e urbanização. Na América Latina, a colonização esteve voltada à exploração dos recursos naturais, com o escopo de satisfazer os interesses do mercado externo, o que provocou acumulação primitiva e concentração exclusiva a determinados grupos em posições estratégicas de poder.<sup>12</sup> Nesse sentido, o processo de formação do Estado brasileiro foi marcado pelo patrimonialismo, compreendido como o instrumento de poder do estamento, característico de um Estado centralizador que atua em benefício da camada político-social dominante. O estamento burocrático é composto por indivíduos organizados para a apropriação da máquina estatal, cargos e funções públicas, manejando-os em proveito próprio. O patrimonialismo, portanto, associa-se a uma forma de dominação tradicional em que não se distingue a esfera pública da privada, pois há a propensão de abordar a política e demais assuntos do Estado de modo pessoal. Raymundo Faoro, valendo-se de atualização do conceito weberiano de patrimonialismo, evidencia as razões do subdesenvolvimento brasileiro, descrevendo um padrão que se desenvolveu no período colonial e estruturou a Independência, o Império e a República do Brasil.<sup>13</sup> Do patrimonialismo derivaram relações políticas como o clientelismo, que representa uma forma de controle social, político e cultural comum na história da América Latina. Esse fenômeno baseia-se na tentativa de expansão e manutenção do poder por meio da distribuição de recursos às camadas populares desfavorecidas em troca de apoio, especialmente traduzido na forma de votos, ainda que não exclusivamente. O

---

<sup>11</sup> MARTINI, Ricardo Agostini. **Um ensaio sobre os aspectos teóricos e metodológicos da economia da pobreza**. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2009. pp. 14-15.

<sup>12</sup> Em detalhes: PRADO JUNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**. São Paulo: Brasiliense, 2004 e NOVAIS, Fernando A. **Estrutura e dinâmica do antigo sistema colonial: séculos XVI-XVIII**. São Paulo: Brasiliense, 1986. Abordando a concentração de renda e seus efeitos políticos, que obstaculizaram o desenvolvimento latino-americano: PREBISCH, Raúl. **Dinâmica do desenvolvimento latino-americano**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1968.

<sup>13</sup> FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001. Ver também: HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1995 e SCHWARTZMAN, Simon. **Bases do autoritarismo brasileiro**. Rio de Janeiro, Editora Campus, 1988.

clientelismo é figura recorrente na análise dos vínculos entre as massas pobres e as elites políticas latino-americanas, que frequentemente se beneficiam da pobreza a fim de criar uma relação de dominação, proporcionando a subsistência desses indivíduos, mas não sua saída permanente do estado de pobreza.<sup>14</sup>

Segundo Relatório do Banco Mundial de 2015, um em cada cinco latino-americanos – é dizer, 130 milhões de pessoas – não conheceram nada mais do que a pobreza e sobreviveram com menos de US\$ 4 por dia durante toda a sua vida, a despeito das medidas de combate à pobreza implementadas no último século.<sup>15</sup> O Banco Mundial observou que há variações significativas entre os países e também dentro deles: o Uruguai, a Argentina e o Chile possuem as taxas mais baixas de pobreza crônica (cerca de 10%), enquanto Nicarágua, Honduras e Guatemala apresentam as mais elevadas, que variam entre 37% e 50%. No Brasil, por exemplo, enquanto o estado de Santa Catarina, no sul, registrou uma taxa de pobreza crônica de 5%, no Ceará, região nordeste, tal índice aproximou-se de 40% da população.<sup>16</sup> Diante disto, o relatório alertou para a necessidade de profunda revisão das políticas públicas de combate à pobreza na América Latina, buscando-se uma maior integração entre os programas sociais e econômicos, com o devido destaque ao enfrentamento dos

---

<sup>14</sup> AUYERO, Javier. The logic of clientelism in Argentina: an ethnographic account. **Latin American Research Review**, Vol. 35, No. 3, 2000, pp. 55-81. Auyero observa a estrutura de dominação na atuação dos intermediários Peronistas na Argentina: ao perseguirem seus próprios interesses (ascender a posições mais elevadas no campo político local), alguns se tornam monopolizadores da função de resolver problemas. Sobre a temática, ver também: STEIN, Steve. **Populism in Peru: the emergence of the masses and the politics of social control**. Madison: University of Wisconsin Press, 1980. MENENDEZ CARRION, Amparo. **La conquista del voto en el Ecuador**: de Velasco a Roldós. Quito: Editora Nacional, 1986. DE LA TORRE, Carlos. The ambiguous meanings of Latin American populisms. **Social Research** 59, n. 2, pp. 385-414. O coronelismo é fenômeno diverso, que se refere ao compromisso entre poder público e privado, este exercido pelos proprietários de terras, condutores do "rebanho eleitoral" representado pelos cidadãos rurais em incontestável situação de dependência. Ver a respeito: LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**: o município e o regime representativo no Brasil. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1976.

<sup>15</sup> Dentre essas medidas, destacam-se os programas de transferência condicional de renda, como o Bolsa Família no Brasil (responsável, segundo Barros et al., por 11% do total da redução na concentração de renda no período entre 2001 e 2004), e, mais recentemente, o programa *Asignación Universal por Hijo*, na Argentina, que, segundo estudos preliminares, reduziu a pobreza do país em 13% e a indigência em 55%. Com propósitos semelhantes, também podem ser citados o programa *Oportunidades*, no México; *Bono Juancito Pinto*, na Bolívia; e *Juntos*, no Peru. A pobreza na América Latina foi reduzida em mais de 16 pontos percentuais em uma década, de 41,6% em 2003 a 25,3% em 2012. A pobreza extrema caiu pela metade, de uma taxa de 24,5% a 12,3%. A região demonstrou a maior redução em décadas, visto que 70 milhões de pessoas saíram da situação de pobreza. Isso se deve, em parte, à emergência de uma classe média significativa, que em 2010, pela primeira vez, excedeu o número de pessoas pobres. No entanto, a América Latina ainda não é uma região de classe média, pois a maior parte dos indivíduos que saíram da pobreza não atingiram esse nível, figurando num patamar de vulnerabilidade em que há risco de retorno à pobreza. VAKIS, Renos; RIGOLINI, Jamele; LUCCHETTI, Leonardo. **Left Behind: Chronic Poverty in Latin America and the Caribbean**. Washington, DC: World Bank. License: Creative Commons Attribution CC BY 3.0. 2015. BARROS, Ricardo Paes de. et al. **Desigualdade de renda no Brasil**: uma análise da queda recente. Brasília: IPEA, 2006, v.1. MATTEI, Lauro. Políticas sociais de enfrentamento da pobreza na América Latina: uma análise comparada entre Brasil e Argentina. **R. Katál.**, Florianópolis, v. 18, n. 2, p. 222-230, jul./dez. 2015.

<sup>16</sup> VAKIS, Renos; RIGOLINI, Jamele; LUCCHETTI, Leonardo. Op. cit.

impactos mentais e emocionais da pobreza, haja vista a existência de barreiras sociais e comportamentais que dificultam sobremaneira a ascensão dos cronicamente pobres.<sup>17</sup> Demonstrou-se que a pobreza crônica é resultado da associação entre baixa renda, contexto incapacitante e pessimismo em relação ao futuro, ou seja, estado de espírito depressivo. Para além da penosa vulneração do corpo, há um estado de drástica redução na subjetividade muitas vezes negligenciado pelas ciências criminais: a perda de si.

## 2. A NOÇÃO DE DESIGUALDADE

A seu modo, a desigualdade social pode ser compreendida como o conjunto de discrepâncias existentes entre grupos sociais, provenientes da distribuição diferenciada de recursos e serviços (renda, educação, propriedade), que resulta na privação de capacidades vitais dos indivíduos, referentes, por exemplo, à expectativa média de vida, à saúde, à integridade física e à harmonia social. A desigualdade de renda não se confunde com a pobreza, pois é utilizada para avaliar a equidade na distribuição dos recursos. Sendo assim, uma redução da pobreza não necessariamente implica redução da desigualdade, já que pode haver um aumento dos ganhos de renda tanto dos ricos quanto dos pobres, mantendo o mesmo nível de disparidade. A diminuição da pobreza pode ser acompanhada da redução na desigualdade quando houver uma redistribuição efetiva, não somente de renda, mas também de oportunidades, terra, acesso à educação e outras possíveis.<sup>18</sup> Por isso, a redistribuição deve ser vista como uma estratégia fundamental na formulação de políticas públicas que tenham por objetivo o alívio simultâneo da pobreza e da desigualdade.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Evidências podem ser retiradas da experiência do Peru no programa de tratamento e prevenção à tuberculose, que demonstrou, nas primeiras avaliações, baixa adesão dos pacientes. Isso porque a maioria das pessoas afetadas pela tuberculose mora nas favelas de Lima, locais marcados pela pobreza crônica, estresse e depressão. Para combater o problema, os membros do projeto *Innovative Socioeconomic Interventions against Tuberculosis* (ISIAT) criaram um conjunto de atividades de apoio, com o objetivo de ajudar os pacientes com tuberculose a superar o estigma da doença e explorar oportunidades geradoras de renda. Ainda, foram integrados ao projeto psicólogos que trabalharam diretamente com pacientes em pequenos grupos ou atividades de *workshop* nas comunidades, o que levou a uma redução na depressão. Nos locais onde houve intervenção do ISIAT, as taxas de conclusão do tratamento quase dobraram. Nota-se que os programas sociais podem influenciar positivamente o estado emocional de seus beneficiários de diversas formas: na Nicarágua, a maioria das residências em cada comunidade recebeu treinamento vocacional ou bolsas para implantar um negócio, por meio da criação de um espaço único de interações sociais entre os participantes, especialmente com líderes locais, capazes de motivá-los e encorajá-los. Dentre os resultados, observou-se um impacto na geração de renda: os beneficiários que receberam a "bolsa de negócios" e que viviam próximos a um líder local apresentaram um crescimento adicional em sua renda de 40%. VAKIS, Renos; RIGOLINI, Jamele; LUCCHETTI, Leonardo. Op. cit. pp. 32-33.

<sup>18</sup> COUTINHO, Diogo R. Op. cit., p. 40. Uma redistribuição efetiva exigiria a implementação de um conjunto de políticas públicas em diversos setores, especialmente a reforma dos sistemas tributário e previdenciário, o investimento em infraestrutura, a expansão do acesso à educação de qualidade e a realização de programas de transferência de renda.

<sup>19</sup> A estratégia integral de redução da pobreza proposta pelo Banco Mundial em seu Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial 2000/2001 engloba ações que viabilizam o capital social, permitindo que as populações participem de forma ativa dos processos de desenvolvimento. Sugere-se que ações sejam

O crescimento econômico, tradicionalmente considerado essencial para a redução da pobreza, não tem apresentado efeitos positivos em relação à desigualdade. No Brasil, durante a década de 1970, período do chamado “milagre econômico”, o PIB cresceu de forma significativa, em até 12% ao ano, sendo que a pobreza sofreu uma redução de 50%.<sup>20</sup> Todavia, nesse mesmo período a desigualdade aumentou rapidamente, demonstrando que os novos patamares de riqueza favoreceram apenas um segmento específico da sociedade. Assim, apesar de elevar o Produto Interno Bruto (PIB), o crescimento econômico apresentou e ainda apresenta efeitos distributivamente neutros, ou seja, não é por si só suficiente para a promoção efetiva de transferência de renda. O relatório da Organização das Nações Unidas (ONU) “Humanidade Dividida” confirmou essa hipótese ao constatar que, entre o período de 1990 e 2010, a despeito do crescimento da economia global<sup>21</sup>, houve um aumento de 11% na desigualdade de renda nos países em desenvolvimento.<sup>22</sup>

### 3. RELAÇÃO ENTRE POBREZA, DESIGUALDADE E VITIMIZAÇÃO

A convergência entre pobreza, desigualdade e vitimização resulta em cenários ainda mais preocupantes. Um dos principais custos dessa combinação está na disseminação da violência, que pode ser definida como o uso intencional de força ou poder, com uma finalidade predeterminada, por meio do qual um ou mais indivíduos produzem dano físico, mental (psicológico) ou sexual, impedem a liberdade de locomoção ou causam a morte de terceiros.<sup>23</sup> Pobreza e desigualdade geram situações de exclusão social que conduzem ao aumento da violência como estratégia para resolução dos problemas ou obtenção de

---

implementadas em três âmbitos: no campo econômico, a criação de oportunidades; no campo político, o aumento da autonomia; e na esfera social, a promoção da segurança para a diminuição da vulnerabilidade (a choques econômicos, catástrofes naturais, doenças, incapacidade e violência pessoal). Destaca-se o incentivo à descentralização e ao desenvolvimento comunitário, a fim de aproximar as instituições oficiais das comunidades pobres locais. BANCO MUNDIAL. **Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial 2000/2001: Luta contra a pobreza**, pp. 6-12.

<sup>20</sup> COUTINHO, Diogo R. Op. cit., p. 69.

<sup>21</sup> Barros, Henriques e Mendonça consideram que o combate à pobreza é mais eficaz e veloz quando se promove uma combinação de políticas que estimulam o crescimento econômico e diminuem a desigualdade. Os autores perceberam que o grau de pobreza responde mais sensivelmente a alterações no nível de desigualdade do que a variações no crescimento econômico: os dados obtidos revelaram que um crescimento econômico de 3% ao ano na renda *per capita* causaria uma diminuição da pobreza em cerca de um ponto percentual a cada dois anos. Desse modo, demonstra-se que o crescimento econômico, apesar de ser um fator relevante, combate à pobreza de forma lenta, pois requer um longo período de tempo para provocar transformações significativas. BARROS, Ricardo Paes de; HENRIQUES, Ricardo; MENDONÇA, Rosane. Op. cit., pp. 137-139.

<sup>22</sup> UNDP. **Humanity Divided: confronting inequality in developing countries**, nov. 2013.

<sup>23</sup> CONCHA-EASTMAN, Alberto. Urban Violence in Latin American and the Caribbean. Dimensions, Explanations, Actions. In: **Citizens of Fear: Urban Violence in Latin America**. New Brunswick, NJ: pp. 37-54. 2002.



recursos materiais.<sup>24</sup> Diante da impossibilidade de realização subjetiva do cidadão em condições dignas de vida, a violência acaba por se tornar uma estratégia atraente de mobilidade social, em especial por incidência de fatores de complicação como o tráfico de drogas e a influência de associações criminosas. Isto não significa que a pobreza seja causa direta e isolada da violência urbana e da criminalidade, pois tal afirmação reforçaria estereótipos reproduzidos na atuação seletiva das instâncias formais de controle e tratamento.<sup>25</sup> Em verdade, o que provoca a disseminação da violência é o arranjo entre empobrecimento (associado principalmente ao sentimento de revolta diante da condição de vulnerabilidade) e desigualdade, potencializado pela segregação social das parcelas desfavorecidas. Observa-se o fortalecimento de uma estratégia, especialmente entre os jovens, de utilização da violência como recurso para combater sua invisibilidade.<sup>26</sup> Os efeitos colaterais dessa relação não param por aí: a desigualdade provoca desemprego, precarização das condições de trabalho, educação deficiente e salários escassos, além da não participação dos indivíduos nos principais campos de integração social (o democrático e jurídico, o do mercado de trabalho, o de proteção social e o da família e comunidade).<sup>27</sup>

Nesse sentido, Fajnzylber, Lederman e Loayza, ao avaliarem os fatores determinantes dos índices de criminalidade entre países ao longo do tempo, identificaram uma relação positiva entre desigualdade e criminalidade, pois onde há elevada desigualdade de renda, há uma baixa expectativa de melhoria

---

<sup>24</sup> TAVARES-DOS-SANTOS, José Vicente. As conflitualidades como um problema sociológico contemporâneo. **Revista Sociologia** - Dossiê "Conflitualidades". Porto Alegre, PPG-Sociologia do IFCH - UFRGS, Porto Alegre, ano 01, n. 01, 1999.

<sup>25</sup> A noção de estereótipo se traduz nas reações formais e informais às manifestações características da desconformidade: criminalidade, doença mental, droga, embriaguez, homossexualismo, prostituição, entre outras. Apontam Figueiredo Dias e Costa Andrade que estas situações surgem, nas representações coletivas, "indissolúvelmente ligadas a um certo número de sinais exteriores: a cor da pele, a origem étnica, o corte do cabelo ou da barba, o estilo do vestuário, os locais frequentados e as horas de frequência; bem como a toda uma série de outras atitudes simbólicas 'próprias' de um delinquente, de um louco, de um drogado ou de um ébrio, de um homossexual, de uma prostituta." DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. 2. reimpressão. Coimbra Editora, 1997. p. 389. Os estereótipos mais difundidos na sociedade revelam um nítido vínculo entre crime, raça e funcionamento do Sistema de Justiça, ainda que habite de forma inconsciente as percepções das pessoas. Não há dúvidas de que o elemento raça, juntamente com baixos níveis de educação e renda, desempenha um papel crucial na definição daqueles que estão mais sujeitos ao encarceramento, o que se torna evidente em políticas de endurecimento da lei (notadamente na "guerra às drogas") ou mesmo na atuação policial seletiva, apoiada num conjunto de crenças baseado na superioridade dos brancos e na inferioridade dos negros. Em detalhes: BOBO, Lawrence D.; THOMPSON, Victor. Racialized mass incarceration: poverty, prejudice and punishment. In: MARKUS, Hazel R.; MOYA, Paula. **Doing race: 21 essays for the 21st century**. New York: Norton, 2010, pp. 322-355 e ROBERTS, Dorothy E. The social and moral costs of mass incarceration in African American communities. **Stanford Law Review**, vol. 56, 2004, pp. 1271-1305.

<sup>26</sup> SORJ, Bernardo; MARTUCCELLI, Danilo. **El desafío latinoamericano: cohesión social y democracia**. San Pablo: Instituto Fernando Henrique Cardoso, 2008. p. 146.

<sup>27</sup> SCHABBACH, Leticia Maria. Desigualdade, pobreza e violência metropolitana. **Anais do IX Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política**. Brasília, agosto de 2014. p. 9.

de vida por meio de atividades legais.<sup>28</sup> O sentimento de revolta é um elemento a ser destacado por provocar grande parte das reações violentas, já que a sensação de desvantagem e injustiça em que se encontra o indivíduo vulnerado pode conduzi-lo à busca de compensação e satisfação por quaisquer meios, incluindo a criminalidade.<sup>29</sup>

Assim, a violência emerge como custo social da desigualdade e do empobrecimento, justificando mobilização de recursos estatais com o fortalecimento da segurança pública, além de intensificar o sentimento de medo e provocar mal estar psicológico. A consequência é a multiplicação de processos de vitimização, em especial nas áreas afetadas por infraestruturas deficientes, em que vivem a maioria das pessoas vulneradas pela desigualdade e pela pobreza. Além de se encontrarem em situação desfavorecida em face da disparidade de acesso a recursos e serviços considerados essenciais, também são forçadas a lidar com a maior incidência da criminalidade e da violência, tornando-se alvos preferenciais em razão do elevado risco de vitimização. Discutiremos a seguir quais características ou padrões de vida podem afetar esse risco.

#### 4. FATORES INTERVENIENTES NO RISCO DE VITIMIZAÇÃO

O estudo dos processos de vitimização permite a obtenção de evidências para a formulação de políticas públicas de prevenção vitimal. Segundo Lawrence Sherman, a abordagem baseada nas evidências, em oposição à fundamentação de decisões em teorias, conjecturas, tradições ou convenções, busca testar constantemente diversas hipóteses por meio de conclusões obtidas em estudos empíricos, o que se aplica à elaboração de políticas de prevenção da criminalidade. A partir das evidências e das descobertas empíricas elaboram-se

---

<sup>28</sup> FAJNZYLBBER, Pablo; LEDERMAN, Daniel; LOAYZA, Norman. What causes violent crime? *European Economic Review*, Washington, v. 46, p. 1323-1357, Nov. 2000. Em relação aos efeitos dos programas de transferência de renda (*conditional cash transfers* ou CCTs) para além da redução da desigualdade, o estudo de Chioda, Mello e Soares identificou um efeito negativo considerável do Bolsa Família nos índices de criminalidade brasileiros. Suas estimativas sugerem que a expansão do programa a adolescentes de 16 e 17 anos após 2008 causou uma redução de 6,6% na taxa de crimes em bairros escolares (45 menos crimes por escola a cada ano, ou menos dois crimes por estudante incluído na análise), em especial crimes de roubo. CHIODA, Laura; MELLO, João M. P. de.; SOARES, Rodrigo R. **Spillovers from conditional cash transfer programs: Bolsa Família and crime in urban Brazil**. 2013. No mesmo sentido, indicando que delitos patrimoniais mostram-se mais sensíveis aos programas de transferência de renda do que homicídios, nos quais não se observa grande impacto dos CCTs: LOUREIRO, André O. F. **Can conditional cash transfers reduce poverty and crime?** Evidence from Brazil. 2012.

<sup>29</sup> FAJNZYLBBER, Pablo; LEDERMAN, Daniel; LOAYZA, Norman. Inequality and violent crime. *The Journal of Law and Economics*, agosto de 2001.p. 2. O desemprego e a falta de acesso à educação e capacitação profissional são fatores que potencializam o recurso a atividades ilícitas, que parecem trazer retorno financeiro imediato. A impossibilidade de envolvimento em atividades convencionais e a consequente descrença nas normas podem aproximar os indivíduos do cometimento de delitos. Esses elementos, dentre outros, são apontados por Hirschi em sua teoria do vínculo social (aqui observados sob o prisma da vulnerabilidade socioeconômica): HIRSCHI, Travis. **Causes of delinquency** (with a new introduction by the author). Piscataway, New Jersey: Transaction Publishers, 2002. pp. 16-34.

diretrizes quanto ao que realmente funciona (*what works*) em termos de redução dos índices de violência e vitimização.<sup>30</sup> Apesar do predomínio das políticas voltadas à figura do criminoso, a preocupação com o risco de vitimização traz a possibilidade de redução da criminalidade a partir da criação de programas de informação e proteção orientados à pessoa em situações típicas da condição de vítima. Na construção deste cenário, avalia-se o risco de vitimização por meio de indicadores capazes de converter certas pessoas ou grupos em potenciais vítimas.

A partir da década de 1970, as pesquisas passaram a considerar com maior atenção dados de vítimas de violência, o que provocou o surgimento de algumas teorias da vitimização, em associação ao desenvolvimento das teorias sobre o criminoso, tendo como panorama o contexto social que vincula ambos os processos: aquele pelo qual indivíduos se tornam vítimas e aquele em que criminosos encontram motivação suficiente para o cometimento do delito.<sup>31</sup> Esta perspectiva integrada exige a compreensão de toda a estrutura social que circunda tanto o ofensor quanto a vítima, pois é neste contexto em que se desenvolvem suas relações e se prepara a motivação para o criminoso e a exposição da vítima. No âmbito dos estudos criminológicos, torna-se possível explicar por que crimes acontecem com maior frequência em determinados locais do que em outros, e como esse fato se relaciona aos cenários de desigualdade e violência. As principais teorias a esse respeito são a teoria da exposição por estilo de vida (*life style/exposure theory*), a teoria da anomia, a teoria da atividade rotineira (*routine activity theory*) e a teoria da desorganização social.

### *i) Teoria da exposição por estilo de vida*

Essa teoria se desenvolveu a partir do estudo de Hindelang, Gottfredson e Garofalo<sup>32</sup>, com a noção básica de que a ocorrência do delito estava associada ao risco de vitimização decorrente do estilo de vida do indivíduo, manifestado por meio das atividades por ele exercidas. Essas atividades, relacionadas a trabalho ou lazer, poderiam naturalmente colocar alguém em contato com o crime, ou ao menos aumentar o risco de vitimização.<sup>33</sup> Desse modo, as diversas características que definem o estilo de vida, tais como idade<sup>34</sup>, sexo, cor,

<sup>30</sup> SHERMAN, Lawrence W. et al. **Evidence-based crime prevention**. London, UK: Routledge, 2002.

<sup>31</sup> MEIER, Robert F.; MIETHE, Terance D. Understanding theories of criminal victimization. In: **Crime and justice**, vol. 17. Chicago: University of Chicago Press, 1993. p. 492.

<sup>32</sup> HINDELANG, Michael; GOTTFREDSON, Michael; GAROFALO, James. **Victims of personal crime: an empirical foundation for a theory of personal victimization**. Cambridge, Mass.: Ballinger, 1978.

<sup>33</sup> MEIER, Robert F.; MIETHE, Terance D. Op. cit., p. 466.

<sup>34</sup> Sorj e Martuccelli atentam para o fato de que a vitimização apresenta uma variação considerável de acordo com a idade. Como as taxas são calculadas pela generalidade dos habitantes, essas peculiaridades passam despercebidas. Os autores colocam como "grupo de risco" a população jovem: na Venezuela, 27% dos homens entre 15 e 18 anos de idade não trabalham nem estudam (dados de 2002); no Brasil, 13,8% dos jovens de 15 a 24 anos não estudam nem trabalham, com a agravante de que entre os que não completaram o ensino fundamental essa proporção sobe para 19,6% (dados de 2005). As cifras evidenciam o problema

profissão, estado civil e renda familiar, influenciariam na distribuição dos delitos no tempo e no espaço, fazendo com que determinados lugares fossem afetados por um maior risco de vitimização.<sup>35</sup> No mesmo sentido, Peixoto, Andrade e Moro observam que o modo como o indivíduo organiza seu tempo entre trabalho e lazer (portanto, o estilo de vida) afeta as interações com criminosos ou a exposição a situações nas quais há um elevado risco de vitimização.<sup>36</sup> Contudo, alerta-se que o maior ou menor risco de vitimização em relação a determinados delitos depende da natureza do estilo de vida, isto é, diferentes crimes devem ser estudados a partir de sua especificidade no que concerne à vitimização orientada pelo estilo de vida.

Situações de pobreza e desigualdade, evidenciadas por elementos como a falta de tratamento médico de qualidade, certamente afetam o estilo de vida. Em sua concepção multidimensional, a pobreza limita as oportunidades do indivíduo de se desenvolver como gostaria, e seu "estilo de vida" é orientado à manutenção de rendas mínimas para subsistência e moradia, o que impede a obtenção de mecanismos de proteção. De modo diverso, pessoas com renda familiar elevada, por exemplo, têm maiores condições de investir em segurança pessoal e patrimonial, podendo moldar seu estilo de vida conforme a própria vontade.<sup>37</sup>

## *ii) Teoria da anomia*

A teoria da anomia parte de um contexto de ausência ou desintegração das normas sociais, ligado à perda de referências comunitárias normativas, ou seja, ao enfraquecimento da solidariedade social e à corrosão da consciência coletiva. Durkheim compreende esta consciência como o conjunto de crenças e sentimentos comuns à média dos membros de uma sociedade, compondo um sistema com vida própria que possui estados fortes e definidos. A modernidade deu origem a uma solidariedade orgânica decorrente da grande variedade de interesses e concepções, bem como da divisão do trabalho produtivo entre agentes interdependentes. Neste cenário, as rápidas transformações sociais e econômicas provocaram a ruptura dos padrões tradicionais de organização e regulamentação, tornando débeis ou inexistentes os limites da ação individual. Ao considerar a regulação como o elemento necessário para o estabelecimento

---

de uma geração condenada aos riscos da informalidade, o que pode levar à proliferação de condutas delitivas. SORJ, Bernardo; MARTUCCELLI, Danilo. Op. cit., p. 143.

<sup>35</sup> ROBINSON, Matthew B. Lifestyles, routine activities and residential burglary victimization. In: **Journal of crime and justice**, vol. 22, n. 1, 1999, p. 27-56.

<sup>36</sup> PEIXOTO, Betânia Totino; ANDRADE, Mônica Viegas; MORO, Sueli. **Violência urbana: uma análise comparativa da vitimização em São Paulo, Rio de Janeiro, Recife e Vitória**. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2007.

<sup>37</sup> SILVA, Cristiane; GODOY, Márcia Regina; MORAIS, Igor Alexandre Clemente. Criminalidade e vitimização: avaliando homicídio e suicídio. **Sistema Penal & Violência: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUCRS**. Porto Alegre, vol. 7, n. 2, 2015, p. 249-264.

de vínculos e fins comuns, diante da diversidade e especialização de funções sociais, Durkheim constrói a noção de anomia para caracterizar situações em que a sociedade perde a força para regular e integrar os indivíduos, o que pode levar à manifestação de comportamentos delituosos ou autodestrutivos, como o suicídio.<sup>38</sup>

Robert Merton utilizou o conceito de anomia para explicar sociologicamente como um comportamento desviante pode representar um sintoma de dissociação entre a estrutura cultural prescrita pela sociedade (o conjunto dos valores normativos que orientam a conduta dos membros de uma sociedade ou grupo) e a estrutura social, isto é, os caminhos que permitem que os membros de um grupo ajam de acordo com as normas e objetivos da estrutura cultural. Assim, processos de vitimização seriam facilitados quando a sociedade manifestasse a importância de determinadas metas (impondo uma estrutura cultural e metas de consumo e de riqueza, por exemplo) sem fornecer condições para que a maioria das pessoas pudesse atingi-las por meios legítimos, o que conduz à verificação de situações de anomia.<sup>39</sup> O estudo de Merton busca explicar porque grande parte das infrações são cometidas por indivíduos de classes desfavorecidas, socialmente excluídos do acesso aos mecanismos institucionalizados para alcance dos objetivos ligados à ascensão social e à riqueza, estimulados e difundidos pela sociedade. Entretanto, reconhece que a pobreza é somente uma variável dentro de um espectro complexo de interdependentes variáveis sociais e culturais. As condutas antissociais se tornam resultados "normais" quando a pobreza é associada à assimilação de uma ênfase cultural na acumulação monetária como símbolo de sucesso.<sup>40</sup>

No contexto latino-americano tais situações são cotidianas, pois o cenário de ampla desigualdade e falta de oportunidades cria a sensação de perda da ordem moral e ausência de coesão social, fragilizando a crença num conjunto de valores comunitários que devem ser respeitados. Nesse sentido, Sorj e Martuccelli observam que há uma cultura particular de transgressão na América Latina, associada a uma tradição legalista; a governos que menosprezam os cidadãos que não possuem influência econômica ou política; e a uma tolerância à transgressão das regras, principalmente para aqueles que ocupam posições de poder, capazes de utilizar os mecanismos legais a seu

---

<sup>38</sup> DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

<sup>39</sup> Em detalhes: MERTON, Robert. **Social theory and social structure**. New York: The Free Press, 1968. Nas palavras de Merton: "The extreme emphasis upon the accumulation of wealth as a symbol of success in our own society militates against the completely effective control of institutionally regulated modes of acquiring a fortune". MERTON, Robert K. Social structure and anomie. **American Sociological Review**, vol. 3, issue 5, out. 1938. pp. 672-682.

<sup>40</sup> MERTON, Robert K. Social structure and anomie. Op. cit., p. 681.

favor.<sup>41</sup> A pobreza e a desigualdade incidem como realidades que intensificam a dificuldade de observância à estrutura cultural prescrita, pois os canais disponíveis são insuficientes ou inatingíveis para alguns, o que estimula a busca por formas de mobilidade social não abarcadas pela legalidade, frequentemente associadas à produção de violência e vitimização.

### *iii) Teoria da atividade rotineira*

A teoria da atividade rotineira ou da rotina diária, desenvolvida por Cohen e Felson (1979), em muito se assemelha à teoria da exposição por estilo de vida, pois considera aspectos da rotina dos indivíduos que podem elevar o risco de vitimização. As atividades rotineiras são os meios utilizados pelas pessoas para a satisfação de suas necessidades, que aí estão relacionadas ao estilo de vida.<sup>42</sup> Tal teoria entende que os crimes resultam da convergência de três elementos: a motivação do delinquente, a exposição da vítima e a falta de segurança para prevenir o delito (mais especificamente a falta de "guardiões", que podem se relacionar a pessoas ou impedimentos físicos ao crime).<sup>43</sup> Nesse sentido, por exemplo, enquanto o tempo gasto dentro de casa diminui o risco de vitimização, o tempo gasto em público pode aumentá-lo.

### *iv) Teoria da desorganização social*

A teoria da desorganização social (ou da ecologia criminal), iniciada por Shaw e McKay, confere maior importância ao ambiente. Estes pesquisadores, ao investigarem a delinquência juvenil na cidade de Chicago, nos Estados Unidos, verificaram que ela se concentrava em áreas de deterioração.<sup>44</sup> A ideia de desorganização social remete à mobilidade e à heterogeneidade ínsitas das cidades modernas, que provoca a ruptura dos mecanismos tradicionais de controle (família, vizinhança, religião, escola) e leva o indivíduo recém-chegado à cidade a uma rejeição de seus hábitos e concepções morais, como parte do sentimento de perda pessoal.<sup>45</sup> Em seu estudo, Shaw e McKay identificaram áreas de delinquência, isto é, localidades que apresentavam maiores índices de criminalidade, os quais estavam relacionados à degradação física, à segregação econômica, étnica, racial, às doenças e outros problemas observados com a distribuição da população de Chicago. A desorganização social, portanto,

---

<sup>41</sup> SORJ, Bernardo; MARTUCCELLI, Danilo. Op. cit., pp. 134-135.

<sup>42</sup> ROBINSON, Matthew B. Op. cit., p. 33.

<sup>43</sup> MEIER, Robert F.; MIETHE, Terance D. Op. cit., p. 470.

<sup>44</sup> SHAW, Clifford R; MCKAY, Henry D. **Juvenile delinquency and urban areas: a study of rates of delinquents in relation to differential characteristics of local communities in American cities.** Chicago: The University of Chicago Press, 1942.

<sup>45</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit., p. 269.

mostra-se determinante para a disseminação da violência e a ocorrência de processos de vitimização, afirmando a teoria ecológica a necessidade de políticas urbanísticas e sociais que viabilizem a elaboração de programas comunitários capazes de promover atividades recreativas e intensificar a formação sociocultural, melhorando as condições econômicas, sociais e educacionais (principalmente das crianças), a fim de se neutralizar o padrão desviante fornecido pelas cidades.

Robert Sampson argumenta que as características comunitárias continuam a ser determinantes, pois o ambiente em que se desenvolve o indivíduo influencia uma grande variedade de fenômenos sociais, como crime, saúde, gravidez precoce e imigração. Em sua concepção teórica, a desorganização social é compreendida como a incapacidade de uma estrutura comunitária de atingir os valores comuns de seus residentes e manter controles sociais efetivos. Esta definição é sistêmica, pois a comunidade local é vista como um sistema complexo de amizade, parentesco, redes de convivência e vínculos estabelecidos na vida familiar e em processos de socialização. Sampson investiga a dinâmica espacial da violência urbana, diagnosticando em determinadas áreas um ciclo de "armadilhas de pobreza", cuja manifestação mais intensa se dá em comunidades segregadas e racialmente isoladas. Assim, parte da hipótese de que a explicação da violência urbana envolve a análise da localidade e das desigualdades econômicas e sociais que a caracterizam, evidenciadas por elementos como pobreza, segregação racial de minorias e famílias monoparentais.<sup>46</sup>

Nota-se que a teoria da ecologia criminal traz conceitos que se aproximam dos vínculos evidenciados neste trabalho entre pobreza, desigualdade e violência: com efeito, buscamos afirmar que o risco de vitimização sofre forte influência dos fatores de vulnerabilidade socioeconômica, resultantes dos elevados níveis de pobreza e desigualdade no acesso a renda e serviços, e que as áreas com menor incidência de programas sociais são, em geral, aquelas em que os índices de criminalidade são mais expressivos. Os cidadãos que vivem em localidades desfavorecidas e áreas socialmente deterioradas estão sujeitos a um maior risco de vitimização, especialmente no caso de crimes contra a pessoa, como o homicídio.<sup>47</sup> Para Cano e Santos, a renda constitui um fator de

---

<sup>46</sup> SAMPSON, Robert J. **Great american city**: Chicago and the enduring neighborhood effect. Chicago: University of Chicago Press, 2013. Ver também: MORENOFF, Jeffrey D.; SAMPSON, Robert J.; RAUDENBUSH, Stephen. Neighborhood inequality, collective efficacy, and the spatial dynamics of urban violence. **Criminology** 39, 2001, pp. 517-560 e SAMPSON, Robert J.; RAUDENBUSH, Stephen W. Systematic social observation of public spaces: a new look at disorder in urban neighborhoods. **American Journal of Sociology** n. 104, 1999, pp. 603-651.

<sup>47</sup> Especificamente em relação ao homicídio, algumas pesquisas apontam a incerteza de relação direta entre redução da pobreza e queda da criminalidade violenta. Aponta-se a ausência de evidências empíricas convincentes da ideia de que a diminuição na desigualdade de renda resulta em menores taxas de homicídios. De fato, os dados quanto ao homicídio são ambíguos, especialmente na América Latina, haja

proteção contra a violência letal, principalmente porque os que possuem rendas mais elevadas podem investir em serviços e equipamentos de segurança pessoal, além de se estabelecerem em zonas com maior qualidade de vida e policiamento constante.<sup>48</sup> Neste cenário, a violência pode figurar como indicador de desigualdade no que diz respeito ao nível de escolaridade dos indivíduos, condições de moradia e provimento de serviços públicos nos microespaços urbanos, em especial nas metrópoles. No mesmo sentido, Silva, Godoy e Moraes constataram que o acesso à educação reduz a ocorrência da vitimização por homicídio e suicídio, ao passo que fatores como as más condições de saúde, o aumento do número médio de habitantes, a pobreza e o baixo desenvolvimento econômico municipal aumentam os índices de vitimização.<sup>49</sup> O estudo de Santos também demonstrou que fatores como pobreza, exclusão escolar, violência doméstica e desemprego, que estão ligados às condições socioeconômicas dos indivíduos, estimulam a prática da criminalidade e originam a vitimização.<sup>50</sup>

Para a identificação das características socioeconômicas individuais das vítimas, costuma-se lançar mão de pesquisas de vitimização, frequentemente realizadas por meio de questionários específicos dirigidos aos residentes de uma região. A utilização isolada das estatísticas criminais fornecidas pelas autoridades oficiais competentes para conhecimento dos delitos (instituições policiais, judiciais e penitenciárias) não parece ser a melhor opção pela incidência da cifra oculta, associada a uma competência de ação

---

vista que quatro de seus países (Brasil, Colômbia, México e Venezuela) são responsáveis por uma em cada quatro mortes no mundo, ainda que a região tenha sido palco de uma redução considerável nos índices de pobreza e desigualdade. Cf. EISNER, Manuel. **How to reduce homicide by 50% in the next 30 years**. Instituto Igarapé, agosto de 2015. Ainda assim, consideramos que a desigualdade persistente não pode ser descartada como um fator que acentua a vitimização por homicídio, pois a violência, em suas diversas formas, é em grande medida produto de situações de desigualdade exacerbada, conforme viemos sustentando. No entanto, outros aspectos intensificam essa relação no que diz respeito à proliferação de homicídios, tais como o desemprego juvenil, o nicho das drogas ilícitas, o fácil acesso a armas de fogo e falhas nas instituições policiais e jurídicas, bem como no sistema penitenciário. Os formuladores de políticas públicas, cientes dos múltiplos fatores de complicação, devem dividir as estratégias em diferentes eixos e, principalmente, reforçar as conquistas obtidas com a redução da pobreza e da desigualdade, promovendo novas iniciativas nesse sentido para gerar oportunidades e combater o desemprego crônico.

<sup>48</sup> CANO, Ignacio; SANTOS, Nilton. **Violência letal, renda e desigualdade social no Brasil**. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2001.

<sup>49</sup> SILVA, Cristiane; GODOY, Márcia Regina; MORAIS, Igor Alexandre Clemente. Op. cit., p. 252. O Atlas da Violência 2016, desenvolvido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, demonstrou que os jovens negros e com baixa escolaridade figuram como principais vítimas de homicídios no Brasil: um jovem de 21 anos e com menos de sete anos de estudo possui 16,9 vezes mais chances de ter uma morte violenta do que aquele que conclui o ensino superior; e aos mesmos 21 anos, a probabilidade de jovens negros e pardos (que representam boa parte da população pobre) serem vitimados pelo homicídio é 147% maior do que de jovens de outros grupos étnicos. IPEA; FBSP. **Atlas da Violência 2016**. Brasília, março de 2016.

<sup>50</sup> SANTOS, Sylvania Cristina Lavor dos. **Vitimização e desigualdade de renda no Brasil**. 2008. Dissertação (Mestrado em Economia). Centro de Aperfeiçoamento de Economistas do Nordeste, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza. 2008. pp. 74-75.



diferencialmente distribuída.<sup>51</sup> É considerável o número de fatos que deixam de ser registrados porque a vítima não deseja reviver o problema, porque tem medo de represálias ou ainda porque não confia nas instituições. Há o temor de que, após a vitimização primária, que se dá quando o indivíduo é diretamente atingido pela prática do crime, sobrevenha um processo de vitimização secundária, decorrente do contato com as instâncias oficiais de controle social, de forma a agravar o dano provocado pelo delito. Ao denunciarem sua situação, as vítimas frequentemente revelam o sentimento de descrença no Sistema de Justiça, ou são desestimuladas pela burocratização, insensibilidade e falta de tato dos profissionais atuantes nos órgãos oficiais, além de, em determinados casos (principalmente os crimes sexuais), serem tratadas como responsáveis pela ocorrência do delito.<sup>52</sup> Assim, as pesquisas de vitimização contribuem para uma avaliação mais próxima da realidade no que diz respeito à quantidade de casos ocorridos e são capazes de oferecer informações sobre aspectos do fato delituoso que geralmente não são coletados pelas instâncias oficiais (por exemplo, características demográficas da vítima que são úteis para a verificação dos elementos que afetam o risco de vitimização). As pesquisas devem conferir destaque a peculiaridades socioeconômicas que evidenciem a influência de cenários de pobreza e desigualdade na facilitação de processos de vitimização.

## 5. CUSTOS E BENEFÍCIOS DA PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA E DO CRIME

A ocorrência de processos de vitimização possui um custo que se traduz especialmente na contenção da violência, na persecução criminal por meio do Sistema de Justiça e na manutenção de estabelecimentos prisionais, além do custo social que impacta a sociedade. Bourguignon considera que o custo social derivado do crime possui três componentes: o custo direto do delito, isto é, a dor física e psicológica das vítimas; o custo da prevenção do crime e do sistema judicial; e o custo implícito das sanções aos condenados, normalmente

---

<sup>51</sup> Para Figueiredo Dias e Costa Andrade, isto significa que a persecução penal, na sua função de reduzir complexas expressões da vida, beneficia os indivíduos capazes de influenciar e dirigir tal redução, em detrimento dos que não possuem as mesmas condições. São sobretudo os jovens e os membros das classes inferiores que mais carecem da competência de ação específica do processo penal, o que faz com que sobre eles recaia maior probabilidade de criminalização. Ainda, os autores observam que a criminalidade oculta pode ser relacionada ao problema da localização social da delinquência, "sendo recorrente a conclusão de que a uma homogeneidade tendencial no que toca à criminalidade real corresponde um peso diferencial nas estatísticas oficiais em função da raça e do estatuto econômico-social." A inexactidão dos dados oficiais, portanto, reflete o fato de que a criminalidade das classes inferiores dificilmente foge do controle formal. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit., pp. 137 e 385.

<sup>52</sup> FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **Responsabilidade do Estado pelos danos às vítimas de crimes**. 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2001, p. 159.

rendimentos precedentes que deixarão de existir em razão do aprisionamento.<sup>53</sup>

De acordo com dados do *Institute for Economics and Peace* (IEP), estima-se que, no ano de 2012, a violência causou um impacto na economia global de US\$ 8,99 trilhões, ou aproximadamente 13,1% da soma dos PIBs de todos os países do mundo.<sup>54</sup> Diante disso, revela-se a importância da realização de estudos que avaliem os custos e benefícios da prevenção do crime e da vitimização, a partir de estratégias como a intervenção educacional desde a infância. Políticas dessa espécie podem trazer uma eficiência econômica considerável, além de contribuírem para a redução dos níveis de deterioração social e pobreza.

A avaliação do custo do crime traz um elemento controverso em relação à vítima, pois há uma evidente dificuldade de se quantificar efeitos intangíveis como a dor, o sofrimento e a diminuição da qualidade de vida. Os chamados custos intangíveis incluem não somente os efeitos psicológicos da vitimização, associados ao acontecimento traumático, mas também perdas econômicas ao se considerar uma determinada área como perigosa, inibindo o fluxo de investimentos e o crescimento do número de empregos nas comunidades.<sup>55</sup> Uma solução proposta para o problema da verificação dos custos intangíveis é a utilização da metodologia que avalia o quanto os indivíduos estariam dispostos a pagar para evitar danos desse caráter (*willingness to pay*). Para os economistas, não há dúvidas de que o custo de um crime deve ser estimado, a fim de possibilitar decisões mais acertadas a respeito de priorização de políticas criminais que exijam a alocação de recursos. As estimativas econômicas permitem três avaliações importantes: a comparação do dano relativo causado por tipo de crime (ao estabelecer valores monetários para cada um); a comparação do dano agregado do crime em relação a outros problemas sociais, como doenças e acidentes de trânsito; e análises do custo-benefício de políticas alternativas de controle do crime, com base no princípio da eficiência.<sup>56</sup>

Em relevante estudo, o IEP desenvolveu método para estimar as despesas com a contenção da violência em 152 países. O instituto definiu essa contenção como o conjunto de gastos e atividades econômicas relacionadas às consequências ou à prevenção da violência dirigida contra pessoas ou

---

<sup>53</sup> BOURGUIGNON, François. **Crime as a social cost of poverty and inequality**: a review focusing on developing countries. Mimeo, DELTA, Paris, 1998, pp. 171-191.

<sup>54</sup> IEP (Institute for Economics and Peace). **The economic cost of violence containment**: a comprehensive assessment of the global cost of violence. 2012. p. 24. Esses resultados foram apresentados por Jurgen Brauer e John Tepper-Malin em pesquisa comissionada pelo IEP, a partir de um método desenvolvido para avaliar o valor da paz para a economia global.

<sup>55</sup> COHEN, Mark A. The crime victim's perspective in cost-benefit analysis. In: WELSH, Brandon C.; FARRINGTON, David P.; SHERMAN, Lawrence W. **Costs and benefits of preventing crime**. Boulder, Colorado: Westview Press, 2001, p. 23.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 25.

propriedades. O relatório afirmou que o impacto global da contenção da violência é de US\$ 9,46 trilhões (dados de 2012), o que equivale a US\$ 1.300 ao ano para cada pessoa no mundo, e quase o dobro do valor da produção agrícola mundial.<sup>57</sup> Para os países da América Latina, esses gastos costumam ser elevados: no Brasil, a contenção da violência representa um gasto de 7,1% do PIB, sendo que outros apresentam percentuais ainda maiores, como a Colômbia, que gasta 10,8% de seu PIB, e o Haiti, onde esse custo representa 7,5% do PIB. Os dados demonstram que é necessário avaliar quanto se está gastando em programas efetivos e quanto dos gastos com a contenção da violência mostram-se fundamentalmente improdutivos, porque não são capazes de trazer resultados consideráveis em termos de redução das taxas de violência, ou porque os custos de contenção (associados aos desgastes sociais oriundos do problema) revelam-se maiores do que os custos de uma política de prevenção fundada em evidências.

Com a intensificação da desigualdade e da pobreza, surgem situações de violência e vitimização para as quais os criadores de políticas públicas devem encontrar soluções viáveis e efetivas. O enfrentamento do problema não é simples e demanda um estudo de estratégias de desvitimização, destacando-se o papel fundamental da prevenção. A elaboração de programas de prevenção à criminalidade geralmente passa por uma análise de custos e benefícios, o que não significa afirmar que só devem ser implementados quando os benefícios forem maiores que os custos. Há diversas outras razões que justificam o investimento na prevenção, para além dos critérios econômicos. Evitar a ocorrência de processos de vitimização significa evitar uma série de custos sociais representados pela deterioração de comunidades, a diminuição da qualidade de vida e o sofrimento individual das vítimas.

Para além da lógica superficial da utilidade, Welsh e Farrington, analisando pesquisas empíricas acerca do custo de prevenção do crime, observam três estratégias principais: a prevenção desenvolvimental, a prevenção situacional e a intervenção correcional.<sup>58</sup> A primeira delas parte do pressuposto de que o comportamento criminoso é influenciado por padrões aprendidos durante o desenvolvimento do indivíduo, sendo que uma prevenção fundamentada em evidências envolve o acompanhamento e a intervenção nos períodos da infância e da adolescência, por meio da promoção de elementos como emprego, educação, desenvolvimento cognitivo e planejamento familiar. Em reforço à

---

<sup>57</sup> IEP (Institute for Economics and Peace). Op. cit., p. 10. Para a realização desse cálculo, o Índice de Progresso Genuíno (GPI) foi utilizado como referência para a especificação dos indicadores que refletem o nível de violência de uma nação. Os custos financeiros foram determinados pela mensuração dos índices de tipos específicos de violência (por exemplo, o número de mortes em conflitos internos e externos, o número de crimes violentos, de refugiados, entre outros), multiplicados pelas estimativas de seu custo provável.

<sup>58</sup> WELSH, Brandon C.; FARRINGTON, David P.; SHERMAN, Lawrence W. Op. cit., p. 87.

nossa hipótese inicial, nota-se que os fatores de risco incluem o crescimento em situações de pobreza, além de supervisão parental inadequada, ausência de uma educação de qualidade e altos níveis de impulsividade e hiperatividade.<sup>59</sup>

No mesmo sentido, Gottfredson, Wilson e Najaka destacam o enorme potencial das escolas para a prevenção de crimes, especialmente práticas violentas sérias, como agressões e estupros. Segundo os autores, grande parte dos elementos que desencadeiam o comportamento criminoso está relacionada à experiência escolar, e portanto podem ser evitados por meio de intervenções implementadas diretamente na escola.<sup>60</sup> Algumas dessas intervenções incluem a reorganização de aulas ou horários escolares para prevenir problemas comportamentais, aumento da segurança e das medidas de vigilância, estabelecimento de normas ou códigos de comportamento, elaboração de técnicas de aconselhamento e orientação aos jovens, realização de atividades de recreio, entre outras.<sup>61</sup>

A prevenção situacional, por sua vez, preocupa-se não com a melhoria da sociedade e de suas instituições, mas com a redução das oportunidades para o crime, essencialmente a partir de modificações ou manipulações do ambiente, como a introdução de iluminação pública em novas áreas. Para este tipo de prevenção, observou-se uma dificuldade de generalizar conclusões acerca das estratégias efetivas. Não se pode esclarecer que espécie de prevenção funciona melhor para um determinado tipo de crime, haja vista o caráter abrangente das estratégias situacionais.<sup>62</sup>

Por fim, a prevenção correcional busca modificar o comportamento do ofensor por meio de um tratamento aliado ao controle externo, afetando as atitudes futuras do indivíduo. A preocupação principal é com o tratamento dispensado ao ofensor. Esta forma de prevenção é utilizada para reduzir o comportamento criminoso nas comunidades, promover a reintegração psicológica e social do ofensor à sociedade e melhorar fatores como a educação, a saúde e a harmonia social, reduzindo também os custos do Sistema de Justiça ao provocar a diminuição da reincidência.<sup>63</sup>

---

<sup>59</sup> WELSH, Brandon C.; FARRINGTON, David P.; SHERMAN, Lawrence W. Op. cit., p. 90.

<sup>60</sup> GOTTFREDSON, Denise C.; WILSON, David B.; NAJAKA, Stacy S. School-based crime prevention. In: SHERMAN, Lawrence W. et al. Op. cit., p. 56.

<sup>61</sup> Para detalhes sobre a prevenção efetuada por meio de programas escolares, consultar: WILSON, DB; GOTTFREDSON, DC; NAJAKA, SS. School-based prevention of problem behaviors: a meta-analysis. **J Quant Criminol** 2001; WILSON, S; LIPSEY, MJ; DERZON, JH. The effects of school-based intervention programs on aggressive behavior: a meta-analysis. **J Consult Clin Psychol** 2003; GOTTFREDSON, Gary D. et al. **National study of delinquency prevention in schools**. Final Report. Gottfredson Associates, Inc, jul.2000; e GOTTFREDSON, Gary D.; GOTTFREDSON, Denise C. **Victimization in schools**. New York: Plenum Press, 1985.

<sup>62</sup> WELSH, Brandon C.; FARRINGTON, David P.; SHERMAN, Lawrence W. Op. cit., p. 104.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 108.

Alguns dos benefícios das três estratégias mencionadas incluem menores taxas de criminalidade (logo, redução da vitimização) e aumento do número de empregos, porém, parece mais provável que as vantagens excedam os custos a curto prazo especialmente nos programas de prevenção situacionais e correccionais, ao passo que na prevenção focada no desenvolvimento infanto-juvenil os benefícios só devem começar a ultrapassar os custos a médio ou longo prazo. De todo modo, as estratégias se complementam e podem trazer resultados positivos em termos de desvitimização, à medida que a promoção de melhorias nos fatores socioeconômicos conduz a uma redução da vulnerabilidade da vítima, desde perspectiva integrada (não restrita ao sentido jurídico-penal).

A criação de programas preventivos que reduzam a necessidade de contenção da violência, principalmente por meio do alívio da pobreza e da desigualdade, mostra-se mais viável do ponto de vista econômico, além de provocar o resgate da coesão social e desenvolver o capital humano.<sup>64</sup> Nesse sentido, Fajnzylber, Lederman e Loayza verificaram que a violência é determinada pelo padrão de distribuição de renda em associação à taxa de variação da renda nacional, concluindo que uma acelerada redução da pobreza conduz à diminuição também das taxas de criminalidade.<sup>65</sup> A consequência lógica é a redução da necessidade de gastos exorbitantes com policiamento, processos judiciais e encarceramento<sup>66</sup>, além do aumento da força de trabalho disponível e da possibilidade de maiores investimentos em áreas produtivas, como educação, saúde e infraestrutura.

Os custos derivados da desigualdade e da pobreza, em especial aqueles que se destinam à contenção da violência, mostram-se mais significativos e socialmente prejudiciais do que os custos de implementação de políticas públicas de prevenção. Por isso é que a avaliação destes custos deve basear a formulação de mecanismos para orientar as estratégias de desvitimização.

---

<sup>64</sup> Enfatizando a necessidade de se desenvolver o capital humano por meio de investimentos em educação básica na América Latina: LONDOÑO DE LA CUESTA, Juan Luis. **Poverty, inequality and human capital development in Latin America, 1950-2025**. World Bank Latin American and Caribbean Study, 1996.

<sup>65</sup> FAJNZYLBER, Pablo; LEDERMAN, Daniel; LOAYZA, Norman. Inequality and violent crime. Op. cit., p. 18.

<sup>66</sup> O encarceramento em massa é um aspecto que em grande medida impede a redução da pobreza ao provocar elevados níveis de desemprego, salários menores e aumento da criminalidade, além de contribuir para o rompimento de relações familiares e o enfraquecimento do controle social informal, pela distorção das normas sociais. Sobre o assunto, veja-se: KENNEDY, Joseph E.; CHANCE, Mika W. Collateral damage: how mass incarceration increases poverty and crime in North Carolina's Poorest African American Communities. **Trial Briefs**, 2011. DEFINA, Robert H.; HANNON, Lance. The impact of mass incarceration on poverty. **Crime and Delinquency**, February 12, 2009. DAMMERT, Lucia; ZÚÑIGA, Liza. **La cárcel: problemas y desafíos para las Américas**. Santiago, Chile: FLACSO, 2008.

## CONCLUSÕES

Nos processos de vitimização, desigualdade e pobreza são fatores que intensificam a violência e a criminalidade. A América Latina é uma das regiões mais sensíveis ao problema, reflexo não apenas de processo histórico de colonização predatória, mas de políticas meramente paliativas que não atacam as causas estruturais do fenômeno. Foram estabelecidas hipóteses que evidenciam a relação entre cenários de deterioração social e elevados riscos de vitimização, em síntese: (a) condições de vulnerabilidade levam à descrença nas normas sociais e a uma busca por compensação, frequentemente por meio de atividades ilícitas capazes de minimizar a situação de desigualdade; (b) o risco de vitimização sofre influência de fatores socioeconômicos como renda, localização geográfica e acesso a serviços básicos, sendo que para as camadas inferiores há uma grande dificuldade de se atingir níveis razoáveis de segurança; e (c) a violência, ainda que não seja característica exclusiva de áreas de baixa infraestrutura, nelas revela-se mais intensa, havendo uma tendência de se ocultar os problemas enfrentados por seus residentes. Nesse sentido, fizemos referência a estudos empíricos e teóricos, em especial pesquisas econométricas, que identificaram a pobreza e a desigualdade como determinantes da violência e vitimização.

Como consequência, os custos de contenção dessa realidade revelam-se assustadores, impedindo que recursos sejam alocados para o aperfeiçoamento de estratégias de melhoria da saúde, da educação e da infraestrutura social. Ficou demonstrado que tais custos poderiam ser otimizados por meio de medidas preventivas, que demonstram grande capacidade de evitar processos de vitimização a longo e médio prazo, principalmente as que promovem intervenções positivas no desenvolvimento das crianças e adolescentes. No entanto, com maior frequência observa-se o reforço dos discursos de endurecimento das penas e encarceramento em massa, que não se mostram eficazes para a prevenção da criminalidade e a redução do risco de vitimização, fornecendo mera ilusão de segurança. As áreas mais pobres e afastadas dos centros de produção e desenvolvimento permanecem esquecidas, negligenciadas e desprotegidas, possibilitando a eclosão de diversas formas de violência. Ali reside uma grande quantidade de vítimas invisíveis, em contextos sociais negligenciados pelas ciências criminais.

Há muito espaço para uma promissora agenda de pesquisa a ser considerada no planejamento de intervenções estratégicas de desvitimização, com o desenvolvimento de alternativas que visem à redução da pobreza e da desigualdade social. Os custos sociais da violência e da vitimização não podem ser maiores do que os esforços de sua superação.

## REFERÊNCIAS

- AUYERO, Javier. The logic of clientelism in Argentina: an ethnographic account. **Latin American Research Review**, Vol. 35, No. 3, 2000, pp. 55-81.
- BANCO MUNDIAL. **Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial 2000/2001: Luta contra a pobreza**.
- BARROS, Ricardo Paes de; HENRIQUES, Ricardo; MENDONÇA, Rosane. Desigualdade e pobreza no Brasil: retrato de uma estabilidade inaceitável. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Vol. 15, n. 42, fevereiro/2000, pp. 123-142.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima**. São Paulo: Ed. Universitária de Direito, 1971.
- BOBO, Lawrence D.; THOMPSON, Victor. Racialized mass incarceration: poverty, prejudice and punishment. In: MARKUS, Hazel R.; MOYA, Paula. **Doing race: 21 essays for the 21st century**. New York: Norton, 2010, pp. 322-355.
- BOURGUIGNON, François. **Crime as a social cost of poverty and inequality: a review focusing on developing countries**. Mimeo, DELTA, Paris, 1998.
- CANO, Ignacio; SANTOS, Nilton. **Violência letal, renda e desigualdade social no Brasil**. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2001.
- CEPAL; IPEA; PNUD. **Hacia el objetivo del milenio de reducir la pobreza en América Latina y el Caribe**. Santiago, 2003.
- CHIODA, Laura; MELLO, João M. P. de.; SOARES, Rodrigo R. **Spillovers from conditional cash transfer programs: Bolsa Família and crime in urban Brazil**. 2013.
- COHEN, Mark A. The crime victim's perspective in cost-benefit analysis. In: WELSH, Brandon C.; FARRINGTON, David P.; SHERMAN, Lawrence W. **Costs and benefits of preventing crime**. Boulder, Colorado: Westview Press, 2001. pp. 23-47.
- CONCHA-EASTMAN, Alberto. Urban Violence in Latin American and the Caribbean. Dimensions, Explanations, Actions. In: **Citizens of Fear: Urban Violence in Latin America**. New Brunswick, NJ: pp. 37-54. 2002.
- COUTINHO, Diogo R. **Direito, desigualdade e desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DAMMERT, Lucia; ZÚÑIGA, Liza. **La cárcel: problemas y desafíos para las Américas**. Santiago, Chile: FLACSO, 2008.
- DEFINA, Robert H.; HANNON, Lance. The impact of mass incarceration on poverty. **Crime and Delinquency**, February 12, 2009.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. 2. reimpressão. Coimbra Editora, 1997.
- DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- EISNER, Manuel. **How to reduce homicide by 50% in the next 30 years**. Instituto Igarapé, agosto de 2015.

- FAJNZYLBBER, Pablo; LEDERMAN, Daniel; LOAYZA, Norman. Inequality and violent crime. **The Journal of Law and Economics**, agosto de 2001.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. What causes violent crime? **European Economic Review**, Washington, v. 46, p. 1323-1357, Nov. 2000.
- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.
- FERULLO, Hugo. El concepto de pobreza en Amartya Sen. **Revista Valores en la Sociedad Industrial**, ano XXIV, n. 66, agosto 2006.
- FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **Responsabilidade do Estado pelos danos às vítimas de crimes**. 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2001.
- GARCIA, Ronaldo Coutinho. Iniquidade social no Brasil: uma aproximação e uma tentativa de dimensionamento. **IPEA** (texto para discussão n. 971). Brasília, 2003.
- GOTTFREDSON, Denise C.; WILSON, David B.; NAJAKA, Stacy S. School-based crime prevention. In: SHERMAN, Lawrence W. et al. **Evidence-based crime prevention**. London, UK: Routledge, 2002.
- HINDELANG, Michael; GOTTFREDSON, Michael; GAROFALO, James. **Victims of personal crime: an empirical foundation for a theory of personal victimization**. Cambridge, Mass.: Ballinger, 1978.
- HIRSCHI, Travis. **Causes of delinquency** (with a new introduction by the author). Piscataway, New Jersey: Transaction Publishers, 2002.
- IEP (Institute for Economics and Peace). **The economic cost of violence containment: a comprehensive assessment of the global cost of violence**. 2012.
- KAKWANI, Nanak. O que é pobreza?. **Centro Internacional de Pobreza**, n. 22, setembro 2006.
- KENNEDY, Joseph E.; CHANCE, Mika W. Collateral damage: how mass incarceration increases poverty and crime in North Carolina's Poorest African American Communities. **Trial Briefs**, 2011.
- LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1976.
- LONDOÑO DE LA CUESTA, Juan Luis. **Poverty, inequality and human capital development in Latin America, 1950-2025**. World Bank Latin American and Caribbean Study, 1996.
- LOUREIRO, André O. F. **Can conditional cash transfers reduce poverty and crime? Evidence from Brazil**. 2012.
- MARTINI, Ricardo Agostini. **Um ensaio sobre os aspectos teóricos e metodológicos da economia da pobreza**. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2009.
- MATTEI, Lauro. Políticas sociais de enfrentamento da pobreza na América Latina: uma análise comparada entre Brasil e Argentina. **R. Katál.**, Florianópolis, v. 18, n. 2, p. 222-230, jul./dez. 2015.



- MEIER, Robert F.; MIETHE, Terance D. Understanding theories of criminal victimization. In: **Crime and justice**, vol. 17. Chicago: University of Chicago Press, 1993.
- MERTON, Robert K. Social structure and anomie. **American Sociological Review**, vol. 3, issue 5, out. 1938. pp. 672-682.
- \_\_\_\_\_. **Social theory and social structure**. New York: The Free Press, 1968.
- MORENOFF, Jeffrey D.; SAMPSON, Robert J.; RAUDENBUSH, Stephen. Neighborhood inequality, collective efficacy, and the spatial dynamics of urban violence. **Criminology** 39, 2001, pp. 517-560.
- NARAYAN, Deepa. **Voices of the poor - Can anyone hear us?** Washington, D.C.: The World Bank, Oxford University Press, 2000.
- PEIXOTO, Betânia Totino; ANDRADE, Mônica Viegas; MORO, Sueli. **Violência urbana: uma análise comparativa da vitimização em São Paulo, Rio de Janeiro, Recife e Vitória**. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2007.
- PREBISCH, Raúl. **Dinâmica do desenvolvimento latino-americano**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1968.
- ROBERTS, Dorothy E. The social and moral costs of mass incarceration in African American communities. **Stanford Law Review**, vol. 56, 2004, pp. 1271-1305.
- ROBINSON, Matthew B. Lifestyles, routine activities and residential burglary victimization. **Journal of crime and justice**, vol. 22, n. 1, 1999, p. 27-56.
- SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. Imputación moral orientada a la víctima como problema de imputación objetiva. In: DONNA, Edgardo Alberto. (Org.). **Revista de Derecho Penal (Rubinzal Culzoni) - Responsabilidad penal por omisión - I**. 1ed. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2016, v. 1, p. 87-116.
- SAMPSON, Robert J. **Great American city: Chicago and the enduring neighborhood effect**. Chicago: University of Chicago Press, 2013.
- \_\_\_\_\_; RAUDENBUSH, Stephen W. Systematic social observation of public spaces: a new look at disorder in urban neighborhoods. **American Journal of Sociology** n. 104, 1999, pp. 603-651.
- SANTOS, Sylvia Cristina Lavor dos. **Vitimização e desigualdade de renda no Brasil**. 2008. Dissertação (Mestrado em Economia). Centro de Aperfeiçoamento de Economistas do Nordeste, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza. 2008.
- SCHABBACH, Leticia Maria. Desigualdade, pobreza e violência metropolitana. **Anais do IX Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política**. Brasília, 2014.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- SHAW, Clifford R; MCKAY, Henry D. **Juvenile delinquency and urban areas: a study of rates of delinquents in relation to differential characteristics of local communities in American cities**. Chicago: The University of Chicago Press, 1942.
- SHERMAN, Lawrence W. et al. **Evidence-based crime prevention**. London, UK: Routledge, 2002.

SILVA, Cristiane; GODOY, Márcia Regina; MORAIS, Igor Alexandre Clemente. Criminalidade e vitimização: avaliando homicídio e suicídio. **Sistema Penal & Violência**: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUCRS. Porto Alegre, vol. 7, n. 2, p. 249-264, julho-dezembro 2015.

SORJ, Bernardo; MARTUCCELLI, Danilo. **El desafío latinoamericano**: cohesión social y democracia. San Pablo: Instituto Fernando Henrique Cardoso, 2008.

TAVARES-DOS-SANTOS, José Vicente. As conflitualidades como um problema sociológico contemporâneo. **Revista Sociologias** - Dossiê “Conflitualidades”. Porto Alegre, PPG-Sociologia do IFCH - UFRGS, Porto Alegre, ano 01, n. 01, 1999.

UNDP. **Humanity Divided**: confronting inequality in developing countries, nov. 2013.

VAKIS, Renos; RIGOLINI, Jamele; LUCCHETTI, Leonardo. **Left Behind**: Chronic Poverty in Latin America and the Caribbean. Washington, DC: World Bank. 2015.

WELSH, Brandon C.; FARRINGTON, David P.; SHERMAN, Lawrence W. **Costs and benefits of preventing crime**. Boulder, Colorado: Westview Press, 2001.

# **O LUGAR DA VÍTIMA NAS CIÊNCIAS CRIMINAIS: POLÍTICA CRIMINAL ORIENTADA PARA A VÍTIMA DE CRIME**

*THE VICTIM PLACE IN CRIMINAL SCIENCES: CRIMINAL POLICY  
ORIENTED FOR CRIME VICTIMS*

**LARISSA ROSA**

*Mestra e bacharela em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da  
Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP) – Campus de Franca.  
Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera Uniderp.*

**RENAN POSELLA MANDARINO**

*Mestre e bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da  
Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP) – Campus de Franca.  
Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Fundação Armando Alvares  
Penteado (FAAP). Bolsista CAPES/PROPG.*

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo analisar como o movimento vitimológico, por meio da valorização da vítima e da defesa dos seus direitos, incentiva o desenvolvimento de programas de política criminal orientados para a vítima de crime, compostos por duas esferas de atuação: uma de cunho restitutivo-reparatório-restaurador para as vítimas reais e outra com estratégias preventivas focada nas vítimas potenciais. Considera-se que a reparação é a via mais importante desta orientação político-criminal, pois possibilita a restauração e a reconciliação das partes envolvidas no conflito, contribuindo com a pacificação social. Parte-se da compreensão de que a legitimidade do sistema penal depende de um procedimento democrático de formação das políticas criminais, para que elas sejam coerentes com a realidade social existente. Neste sentido, a eficácia da reparação está ligada ao fato de que se relaciona diretamente com o ato desvalioso, diferentemente da multa e da prisão que são apenas símbolos abstratos de reprovação. Conclui-se que a política criminal orientada para a vítima de crime deve partir de um modelo penal para o qual se atribua à reparação a função de sanção penal e se promova o combate à despersonalização do conflito e à sobrevivitização da vítima, sem, contudo, aderir a um radical vitimocentrismo que implique diminuição dos direitos e garantias do acusado.

**Palavras-chave:** Vitima. Vitimologia. Política criminal.

**ABSTRACT:** *This study aims to analyze how the victimology movement through the recovery of the victims and the defense of their rights, encourages the development of criminal policy programs targeting the victim of crime, composed by two spheres of activity: one restitutive-reparative-restorative to the real victims and another with preventive strategies focused on potential victims. It is considered that the reparation is the most important route of this politic-criminal orientation, it allows the restoration and the reconciliation of the parties to the conflict, contributing to social peace. It starts with the understanding that the legitimacy of the criminal justice system depends on a democratic procedure of formation of criminal policies so that they are consistent with the existing social reality. In this sense, the effectiveness of the reparation is linked to the fact that is directly related to the criminal act, unlike the fine and imprisonment that are just abstract symbols of failure. We conclude that criminal policy for the victims of crime should come from a criminal model to which you assign to reparation the penalty function and promote the fight against depersonalization of the conflict and the victim's sobrevivitization, without, however, joining a radical vitimocentrism involving reduction of rights and guarantees of the accused.*

**Keywords:** *Victim. Victimology. Criminal policy.*

## INTRODUÇÃO

O modelo processual penal brasileiro, compreendido abstratamente como “democrático”, na medida em que as garantias constitucionais asseguram os valores fundamentais da dignidade humana e do devido processo legal, em sua concretude se apresenta como um instrumento bastante arbitrário. Isso porque ao Estado é reservado, com exclusividade, o poder de definir crimes e as respectivas punições no âmbito do Direito Penal material.

Em que pesem as escassas possibilidades legais de participação da vítima no processo penal, como nas medidas despenalizadoras da Lei 9.099/95 ou até mesmo através da ação penal privada, é inquestionável o monopólio do Estado na administração punitiva. A ideia de garantir a “segurança dos cidadãos” fez com que toda a resolução do conflito penal fosse concentrada nas mãos do Estado, numa espécie de transferência de responsabilidade para o desvelamento dos fatos delituosos e a conseqüente composição da contenda penal.

Este é o fenômeno que Gunther Teubner denomina de *juridificação*, isto é, “os conflitos humanos são inteiramente despojados de sua dimensão existencial própria através do formalismo jurídico e desnaturados em virtude da respectiva submissão a processos de resolução de natureza jurídica [...]”.<sup>1</sup> A juridificação seria uma espécie de expropriação/roubo do conflito, em que o Estado atribui para si a competência para dirimir conflitos, porém não os resolve, apenas os

---

<sup>1</sup> TEUBNER, Gunther. *Juridificação: noções, características, limites, soluções*. Trad. José Engrácia Antunes. *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, ano 14, 1988. p. 26.

aliena. Não há uma solução socialmente adequada, pois obsta que vítima e delinquente possam participar do seu próprio conflito.

Nesse viés, a participação dos sujeitos criminalizados e vitimizados na composição do conflito penal é claramente incipiente. A concentração do poder punitivo nas mãos do Estado, além de ineficiente, revela um sistema jurídico-penal totalmente não funcional.<sup>2</sup>

Ainda que evidente o processo de “coisificação” do conflito penal, posto ser formalmente legitimado através do procedimento penal, o acusado tem o amparo dos direitos fundamentais, que garantem seu amplo direito de defesa e permitem resistir contra as arbitrariedades do Estado, possibilitando que sejam ouvidos no decorrer do processo. Contudo, a mesma proteção jurídica não é fornecida à vítima. Esta é neutralizada no processo, gozando apenas da função de ser mero “objeto de prova”. Olvida-se que a vítima é um sujeito inserido no conflito, cujos desejos nem sempre são a aplicação de uma sanção que prive a liberdade ou restrinja direitos do criminoso.

Assim é que o distanciamento neutralizante das vítimas dos conflitos criminais gera uma divisão dentro do próprio sistema social. Em vez de aproximar os sujeitos, cria-se uma polarização entre as vítimas e os criminosos, no sentido de que a vítima percebe o criminoso como um “inimigo”, algo deve ser expurgado do seio social. Além disso, a linguagem, a vestimenta e a estrutura forense afastam a vítima do ambiente de justiça criminal. Com a profissionalização do sistema de justiça criminal, a vítima, o acusado, seus próximos, todos são apartados da própria possibilidade de compreensão do que se passa.<sup>3</sup>

Nesse contexto, o presente artigo tem como objetivo analisar como o desenvolvimento de programas de política criminal orientados para a vítima de crime poderia estimular sua participação na resolução de conflitos e no acesso à justiça penal, estruturando-se em duas esferas de atuação: uma de cunho repositivo-reparatório-restaurador para as vítimas reais e outra com estratégias preventivas focada nas vítimas potenciais. Considera-se que a reparação é a via mais importante desta orientação político-criminal, pois possibilita a restauração e a reconciliação das partes envolvidas no conflito, contribuindo com a pacificação social. Parte-se da compreensão de que a legitimidade do sistema penal depende de um procedimento democrático de formação das políticas criminais, para que elas sejam coerentes com a realidade social existente. A eficácia da reparação está ligada ao fato de que se relaciona diretamente com o ato desvalioso, diferentemente da multa e da prisão que são

---

<sup>2</sup> FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 93.

<sup>3</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 43.

apenas símbolos abstratos de reprovação, e, dessa maneira, possibilita a composição mais eficiente do conflito penal.

## 1. A VÍTIMA NA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA

Historicamente, o papel da vítima na resolução do conflito penal teve momentos de valorização e de desinteresse. A fase conhecida como idade de ouro da vítima, associada ao período compreendido desde os primórdios da civilização até o final da Alta Idade Média, trata de um momento em que o direito penal era exercido, essencialmente, por meio de uma espécie de justiça privada que tinha como protagonista a vítima. A partir da Baixa Idade Média, houve uma fase de esquecimento da vítima, pois ela perdeu espaço para o soberano e, posteriormente, para o Estado, que assumiram a função de administrar o conflito por meio da persecução penal e da punição do criminoso, expropriando o conflito das partes envolvidas diretamente no delito.<sup>4</sup> A partir desta fase, a vítima é gradativamente afastada da solução do conflito penal e assiste à crescente e exclusiva preocupação dos estudiosos com a tríade crime, criminoso e pena.<sup>5</sup>

Após a Segunda Guerra Mundial, inicia-se uma nova fase de valorização da vítima, incitada pela circunstância de macrovitimização ocorrida neste período.<sup>6</sup> A valorização da vítima como sujeito de direitos e, especialmente, como sujeito pertencente à estrutura do crime é essencial para a compreensão da dinâmica criminal.<sup>7</sup>

O sistema jurídico penal, para ser legítimo, deve propor soluções coerentes com essa realidade social, permitindo que os direitos penal e processual penal sejam influenciados por valorações político-criminais.<sup>8</sup> As políticas públicas criminais refletem ações orientadas por objetivos declarados e devem ser respaldadas a partir de um procedimento democrático legítimo, assegurando direitos, garantias e liberdades individuais. A atuação estatal deve ser eficiente

---

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 18 e ss.

<sup>5</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo penal**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 48; BREGA FILHO, Vladimir. A reparação do dano no direito penal brasileiro: perspectivas. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 9, n. 318, maio 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5242/a-reparacao-do-dano-no-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

<sup>6</sup> CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 65.

<sup>7</sup> OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 62 e ss; PIEDEDE JÚNIOR, Heitor. **Vitimologia**: evolução no tempo e no espaço. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993. p. 72.

<sup>8</sup> CÂMARA, op. cit., p. 162 e ss; ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 82.

e pontual, alcançando uma proposta de racionalização e de menor congestionamento das vias formais de controle.<sup>9</sup>

Neste sentido, a vitimologia – considerada como o estudo da vítima de crime – pode fornecer contribuições valiosas para a elaboração de políticas criminais eficientes.

A vítima real ou concreta é aquela pessoa que foi individualmente atingida por uma ação ou omissão criminosa e suporta os danos e prejuízos gerados por essa conduta, demandando políticas criminais compensatórias. O conceito de vítima virtual ou potencial está mais conectado à vítima difusa ou coletiva e às tipificações de delitos de perigo abstrato, abrindo espaço para as políticas criminais de caráter preventivo.<sup>10</sup>

O processo de vitimização – considerado como o processo pelo qual uma pessoa se converte em vítima – pode ter natureza complexa, pois o fato criminoso desencadeia várias formas de vitimização. A primária tem origem a partir das consequências diretas do próprio crime. A vitimização secundária é resultante da atuação das instâncias formais de controle social que podem se concretizar por meio de um tratamento desrespeitoso por parte das autoridades com a vítima, da demora no processamento do feito, das cerimônias degradantes a que são submetidas as vítimas. A terciária é a vitimização resultante do desamparo e da falta de assistência pública e social à vítima. E a vitimização quaternária está sendo considerada como aquela gerada pelo medo de se tornar vítima de crime novamente.<sup>11</sup>

Para abarcar as vítimas e os processos de vitimização destacados propõe-se a implementação de programas político-criminais orientados para a vítima de crime, a ser composto por duas esferas principais de atuação: uma de cunho restitutivo-reparatório-restaurador orientada para as vítimas reais e outra de estratégias preventivas, direcionadas às vítimas potenciais.<sup>12</sup>

Diante do recorte proposto neste trabalho, será abordada a reparação como caminho para integração da vítima à resolução do conflito penal.

Há, basicamente, três noções sobre a reparação: a primeira avalia a reparação como composição privada do conflito, representando um modelo de solução a partir de uma despenalização parcial, desvinculando a reparação do direito penal; a segunda indica a reparação como sanção penal autônoma (terceira via), a ser alcançada por meio de prestações pecuniárias ou trabalhos de utilidade para a comunidade, sendo somada às penas privativa de liberdade

---

<sup>9</sup> FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 10-11.

<sup>10</sup> CÂMARA, op. cit., p. 108-125.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 111-114.

<sup>12</sup> CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 105.

e multa (primeira via) e à medida de segurança (segunda via); e, por fim, a reparação proposta como um novo fim da pena, que seria somado à retribuição e à prevenção geral e especial.<sup>13</sup>

Considera-se que a noção da reparação como sanção penal alternativa à pena privativa de liberdade e multa é a melhor opção, pois possibilita a restauração e a reconciliação das partes envolvidas no conflito, contribuindo para a pacificação social, na medida em que a reparação será construída conjuntamente e de acordo com as especificidades do caso concreto. Para a vítima, representa a guarida das suas necessidades e pretensões; para o autor dos fatos, representa a responsabilização pelas consequências e pelos danos causados à vítima, não sendo apenas um símbolo abstrato de reprovação.<sup>14</sup>

Neste sentido, a obrigação de reparar harmoniza-se com os fins da pena, pois, sob a perspectiva da prevenção especial, o acordo de entre a vítima e o autor dos fatos pressupõe que este enfrente as consequências sociais do seu ato, colaborando para a sua ressocialização; e como prevenção geral positiva, favorece a confirmação de validade da norma e a restauração da paz jurídica.<sup>15</sup>

O movimento de valorização político-criminal das vítimas relaciona-se diretamente com a crise de legitimação do modelo penal fundado nas tradicionais sanções repressivas e nas políticas de ressocialização.<sup>16</sup>

Afinal, como destaca Ana Sofia Schmidt de Oliveira:

- a) a finalidade preventiva da pena não é cumprida de forma eficaz; cada delito cometido é a comprovação dessa ineficácia e as pesquisas de vitimização demonstraram que ela é maior do que supõem as instâncias formais de controle;
- b) os objetivos de prevenção especial tampouco são atendidos; surge a crise de legitimidade da pena privativa de liberdade, patentes seus efeitos criminógenos após o ocaso da ideologia de tratamento;
- c) a despersonalização do conflito é negativa tanto para o acusado como para a vítima; aquele é colocado diante de um representante do Estado com quem não tem qualquer espécie de relação ou compromisso, e esta fica impotente, pois não é nada mais que um mero repositório de informações;
- d) a vítima não recebe nenhuma espécie de compensação e, quando o autor é condenado ao pagamento de multa, o beneficiário é o Estado;

---

<sup>13</sup> ROXIN, Claus. La reparación no sistema de lós fines de la pena. In: MAIER, Júlio B. J. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 141-146; HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del daño en el marco del derecho penal material. In: MAIER, Júlio B. J. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 59.

<sup>14</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 402.

<sup>15</sup> CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 222.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 198.



e) ao ser colocada em uma posição periférica pelo sistema penal, a vítima, além de não receber qualquer benefício, padece os males da vitimização secundária.<sup>17</sup>

O Estado atua como se fosse a verdadeira vítima do acontecimento criminoso, com isso monopoliza as decisões quanto ao procedimento de persecução, bem como quanto as sanções que seriam apropriadas perante a gravidade e repercussão do delito perpetrado. Esta forma de lidar com a criminalidade não tem tido sucesso, especialmente por excluir as partes – entendidas como vítima e ofensor – do processo de resolução do conflito penal. Assim sendo, a proposta de valorização da vítima garante os seus momentos de participação processual e pode trazer um novo horizonte, na medida em que a vítima poderá manifestar quais são as necessidades oriundas do delito e qual compensação (financeira, psicológica ou simbólica) representaria uma boa solução, o que possibilita uma assistência efetiva à vítima e potencializa uma crença maior no sistema jurídico-penal, o que, teoricamente, diminuiria o medo da revitimização. Além disso, com a sua participação efetiva, é possível garantir que a vítima terá informações sobre o procedimento a que estará submetida, o que permite o combate à vitimização secundária.

Importante dizer que a vitimologia moderna pressupõe a conciliação dos direitos da vítima com os direitos do acusado, observando-se a necessária reparação do dano (econômico, psicológico, simbólico etc.) suportado pela vítima e buscando sua maior participação na resolução dos conflitos penais, sendo garantidos os seus direitos à informação, participação e proteção, sem, contudo, pregar a diminuição dos direitos do ofensor ou o tratamento mais duro para os criminosos – como defende o movimento Lei e Ordem.<sup>18</sup>

Na realidade brasileira, a noção de reparação está presente em algumas legislações.<sup>19</sup> A Constituição Federal, em seu art. 245, estabeleceu o dever de assistência aos herdeiros e dependentes de vítimas de crimes dolosos. Os arts. 186 e 927 do Código Civil indicam que aquele que praticar ato ilícito está obrigado a reparar o dano causado por sua ação ou omissão.

O Código Penal prevê como efeito obrigatório da condenação tornar certa a obrigação de indenização pelo dano causado pelo crime (art. 91, I) e determina que a reparação é obrigatória para a concessão de alguns benefícios, como: arrependimento posterior (art. 16), atenuação de pena (art. 65, III, b), suspensão condicional da pena (art. 78, § 2º), livramento condicional (art. 83, IV) e

---

<sup>17</sup> OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 128-129.

<sup>18</sup> LARRAURI, Elena. *Victimología*. In: MAIER, Júlio B. J. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 292-298.

<sup>19</sup> FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. *Proteção legal das vítimas de crimes no direito brasileiro*. In: \_\_\_\_\_; FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão (Org.). **Estudos contemporâneos de vitimologia**. São Paulo: Cultura Acadêmica: Ed. UNESP, 2011.

reabilitação (art. 94, III). Além disso, prevê como pena restritiva de direitos a prestação pecuniária, objetivando a reparação da vítima pelo dano causado pela infração (arts. 43, I, 44 e 45).

O Código de Processo Penal tratou da ação civil “*ex delicto*” (Título IV do Livro I), indicou medidas que têm a função de assegurar a reparação do dano (Capítulo VI do Título VI e Capítulo XI do Título VII) e determinou que o juiz, ao proferir a sentença condenatória, deverá fixar valor mínimo a ser destinado à reparação dos danos causados pelo delito (art. 387, IV).

A Lei n. 9.099/95 propôs a adoção de um modelo consensual de justiça criminal que teria como objetivo uma maior participação da vítima no processo de solução dos conflitos penais e na reparação do dano sofrido. Foi previsto o acordo de composição dos danos a ser realizado entre a vítima e o ofensor com o auxílio de um conciliador, em audiência preliminar que antecede o processo (art. 72 e ss). A homologação do acordo pelo juiz conduz à extinção da punibilidade e impede a persecução penal em juízo. A reparação dos danos é, ainda, condição obrigatória para o ofensor usufruir do benefício da suspensão condicional do processo (art. 89). Destaca-se que, no entanto, em nenhuma das hipóteses a reparação tem natureza de pena.

Apesar de ter surgido como uma esperança na implementação de um diálogo entre a vítima e o ofensor e de construção de uma solução conjunta para os danos gerados pelo conflito, pesquisas têm demonstrado a aplicação afobada da composição, visando apenas o rápido encerramento do procedimento, sem a preocupação com a verdadeira finalidade do instituto que é a participação da vítima e do ofensor na construção conjunta de um acordo de composição dos danos.<sup>20</sup>

O Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97), por sua vez, criou a multa reparatória (art. 297), a ser efetivada por meio de um pagamento em favor da vítima ou de seus sucessores, respeitando-se os o valor do prejuízo demonstrado no processo.

A Lei de Proteção ao Meio Ambiente (Lei n. 9.605/98) introduziu no sistema penal brasileiro nova espécie de pena restritiva de direito: a prestação

---

<sup>20</sup> FULLIN, Carmen Sílvia. **Quando o negócio é punir**: uma análise etnográfica dos Juizados Especiais Criminais e suas sanções. 2011. Tese (Doutorado em Antropologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011; PINHEIRO, Fabiana de Assis. **Juizado Especial Criminal**: do modelo consensual à radicalização da função simbólica do sistema penal. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2007; PRUDENTE, Moema Dutra Freire. **Pensar e fazer justiça**: a administração alternativa de conflitos no Brasil. 2012. 289 f. Tese (Doutorado) – Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2012; ROSA, Larissa. **O modelo consensual de justiça criminal e a vítima de crime**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2016. WUNDERLICH, Alexandre. O papel da vítima no processo penal. Impressões sobre o fracasso da Lei n 9.099/1995. In: \_\_\_\_\_; CARVALHO, Salo de (Org.). **Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 33-34.

pecuniária. Consiste em pena autônoma e substitutiva da pena privativa de liberdade, quando o crime ambiental for culposo ou for aplicada pena privativa de liberdade que não exceda quatro anos e quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do condenado, os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que a substituição seja suficiente para a reprovação e a prevenção do crime (arts. 7º, 8º e 12).

A Lei n. 9.807/99 estabeleceu normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, instituiu o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas. Dentre outras medidas, a Lei prevê em seu art. 7º, V a possibilidade de ajuda financeira mensal para pessoa protegida.

Apesar de representarem tentativas de tutelar os direitos das vítimas, é possível perceber que o caráter da reparação no ordenamento brasileiro é essencialmente econômico, não abrangendo as necessidades de reparação psicológica e simbólica, por exemplo. Além disso, é nítido que a realidade é de ações pontuais de reparação que não refletem uma política sistemática de suporte e valorização da vítima. Poucas são as oportunidades reais de interação entre a vítima e o ofensor, o que impede a construção de um acordo reparador que efetive as necessidades da vítima e responsabilize o ofensor pelo dano causado.

A vítima continua sendo sistematicamente excluída da resolução do seu próprio conflito, devendo se contentar com uma indenização puramente econômica que tem seus parâmetros decididos pelo Estado, de forma abstrata prevista na legislação ou de forma concreta pelos acordos estabelecidos pelo representante Ministério Público ou pelo Juiz.

A ideia que ainda prevalece é a utilização destes instrumentos de reparação apenas para a finalidade de punição do ofensor e eventual ressarcimento da vítima. Não se compreende a reparação como forma de aproximação entre a vítima e o criminoso, nem se sustenta a credibilidade da reparação em servir como sanção capaz de restaurar o dano causado e prevenir delitos futuros. É preciso incorporar no sistema criminal brasileiro o ideal de satisfação da vítima, sem que isso imediatamente remeta à vingança privada ou à lesão dos direitos do criminoso.

É necessário que se compreenda, ainda, como é insuficiente a mera previsão abstrata de uma reparação pecuniária, pois, além do conteúdo necessário de restituição econômica, advinda dos danos gerados pelo delito, há também outras esferas que devem ser abarcadas pelo acordo reparador, não se podendo esquecer, por exemplo, os danos emocionais e simbólicos surgidos a partir da situação de vitimização.

A proposta é de reorientação da política criminal para a vítima, considerando a elaboração e a execução de programas de auxílio, tratamento, indenização e reparação das vítimas de crime em um movimento de confluência com as conquistas do Estado Democrático de Direito. O encontro entre a vítima e o ofensor para construção do acordo reparador é essencial para o sucesso desta proposta, pois não basta que existam oportunidades de reparação abstratamente previstas sem que isso represente uma verdadeira participação destes indivíduos como protagonistas da solução do conflito criminal.

Desta forma, a política criminal orientada para a vítima de crime pressupõe uma maior participação da vítima e do autor dos fatos no processo de resolução dos conflitos penais, combatendo a despersonalização do conflito e a sobrevivitização da vítima sem, contudo, aderir a um radical vitimocentrismo que defenda a diminuição dos direitos e garantias do infrator.

## **CONCLUSÃO**

Todas as formas de participação do ofendido no processo penal o instrumentalizam para a consecução das funções reais da pena estatal de produção e reprodução da segregação e da diferenciação social. Não há qualquer viés de aproximação ou ressignificação do laço de hostilidade instalado pelo delito.

Dessa forma, a política criminal orientada para a vítima de crime deve partir de um modelo penal para o qual se atribua à reparação a função de sanção penal e se promova o combate à despersonalização do conflito e à sobrevivitização da vítima por meio da sua maior participação na resolução do conflito penal, sem, contudo, aderir a um radical vitimocentrismo que implique diminuição dos direitos e garantias do acusado.

O discurso punitivo, fundado na linguagem reducionista das oposições entre bem e mal generaliza subjetividades, mantém viva a racionalidade penalizadora como a forma mais coerente de se alcançar a justiça. Porém, essa lógica de justiça fortalece os estereótipos, produz percepções subjetivas de insegurança e marginaliza vítimas e criminosos do seio social.

A justiça restitutiva-restaurativa-reparatória pode ser um caminho significativo para a desconstrução dos padrões sistemáticos do pensamento punitivo e para incentivar o tratamento mais humanizado na resolução complexa que envolve o conflito penal. Não se trata de excluir ou deslocar o Estado em prol da resolução privada dos conflitos, mas de promover uma participação mais efetiva das vítimas na resolução do conflito.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BREGA FILHO, Vladimir. A reparação do dano no direito penal brasileiro: perspectivas. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 9, n. 318, maio 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5242/a-reparacao-do-dano-no-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008.

FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo penal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. Proteção legal das vítimas de crimes no direito brasileiro. In: \_\_\_\_\_.; FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão (Org.). **Estudos contemporâneos de vitimologia**. São Paulo: Cultura Acadêmica: Ed. UNESP, 2011.

FULLIN, Carmen Silvia. **Quando o negócio é punir**: uma análise etnográfica dos Juizados Especiais Criminais e suas sanções. 2011. Tese (Doutorado em Antropologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del daño en el marco del derecho penal material. In: MAIER, Júlio B. J. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

LARRAURI, Elena. Victimología. In: MAIER, Júlio B. J. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

PIEDEDE JÚNIOR, Heitor. **Vitimologia**: evolução no tempo e no espaço. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

PINHEIRO, Fabiana de Assis. **Juizado Especial Criminal**: do modelo consensual à radicalização da função simbólica do sistema penal. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2007.

PRUDENTE, Moema Dutra Freire. **Pensar e fazer justiça**: a administração alternativa de conflitos no Brasil. 2012. 289 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2012.

ROSA, Larissa. **O modelo consensual de justiça criminal e a vítima de crime**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2016.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. La reparación no sistema de los fines de la pena. In: MAIER, Júlio B. J. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

TEUBNER, Gunther. Juridificação: noções, características, limites, soluções. Trad. José Engrácia Antunes. **Revista de Direito e Economia**, Coimbra, ano 14, p. 17-100, 1988.

WUNDERLICH, Alexandre. O papel da vítima no processo penal. Impressões sobre o fracasso da Lei n 9.099/1995. In: \_\_\_\_\_.; CARVALHO, Salo de (Org.). **Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

# LIMITES DA VITIMODOGMÁTICA: O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTORRESPONSABILIDADE

*VICTIMODOGMATIC LIMITS: THE SCOPE OF APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF SELF-RESPONSIBILITY*

**ALICE CARVALHO**

*Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP). Advogada.*

**JOSÉ ROBERTO MACRI JR.**

*Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo (FD/USP).*

**RESUMO:** A vitimologia demonstrou que a vítima não é sempre um mero objeto passivo sobre o que casualmente recai o delito, mas sim que em certas ocasiões o crime é produto de uma certa interação entre o autor e a própria vítima. Tal constatação admite diversas gradações, contudo, de modo geral, admite-se a existência de um princípio de autorresponsabilidade segundo o qual, em alguns casos, o comportamento da vítima tem reflexos sobre a valoração jurídico-penal do comportamento do autor. Coloca-se, assim, o dilema vitimodogmático: de um lado, tem-se que a ampla responsabilização do autor quando há também responsabilidade da vítima torna a sanção ilegítima (desproporcional); por outro lado, tem-se que a culpabilização da vítima traz enormes prejuízos psicológicos e sociais. Com efeito, uma aplicação irrestrita do princípio de autorresponsabilidade pode criar um ambiente de desconfiança em relação ao direito penal e à própria função do Estado, haja vista que a tutela de bens jurídicos tornar-se-ia responsabilidade de seus titulares. Deve-se, assim, determinar o âmbito de aplicação do princípio de autorresponsabilidade. Este trabalho procura contribuir com esta questão por meio da análise de dois grupos de casos: estelionato e delitos sexuais. Conclui-se, também por razões político-criminais, que no caso de condutas diretamente lesivas de bens jurídicos nas quais a vítima não tem outro papel que o de titular do bem jurídico, a referência a âmbitos de responsabilidade não trará nenhuma melhora, nem conceitual, nem material.

**Palavras-chaves:** vitimologia; vitimodogmática; princípio da autorresponsabilidade.

**ABSTRACT:** *The victimology showed that the victim is not always a passive object on which rests casually crime, but that sometimes crime is the product of a certain interaction between the author and the victim himself. This finding supports various gradations, however, in general, the existence of a self-responsibility principle is accepted according to which, in some cases, the victim's behavior has an impact on the criminal legal evaluation of the author's behavior. There is, thus, the victimodogmatic dilemma: on the one hand, it has to be broad responsibility of the author when there is also responsibility of the victim becomes illegitimate penalty (disproportionate); on the other hand, it has to be the victim blaming brings enormous psychological and social damage. Indeed, an unrestricted application of self-responsibility principle may create an environment of mistrust in relation to criminal law and the very role of the state, given that the protection of legal interests would become the responsibility of the holders. It must therefore determine the scope of self-responsibility principle. This paper seeks to contribute to this issue by the two groups of cases analysis larceny and sexual offenses. Also be concluded for political-criminal reasons, in the case of pipelines directly affecting the legal interests in which the victim has no other role than the holder of the legal right, the reference to areas of responsibility will not bring any improvement, neither conceptual, neither material.*

*Key-words: victimology; victimodogmatic; self-responsibility principle.*

## I. INTRODUÇÃO

O direito penal da vingança privada coincide com o que se conhece como “Idade de ouro” da vítima. Em grande medida, essa forma de reação (baseada no *ius talionis*) decorria da confusão entre direito penal e direito civil. Progressivamente, com a consolidação do direito penal como direito público, a situação se modifica. Delimita-se o direito civil como aquele que trata da relação autor-vítima (para pretensões indenizatórias, por exemplo) e o direito penal como aquele que trata da relação autor-Estado<sup>1</sup>. Esta distinção tem a finalidade de obter uma justiça penal objetiva e desapaixonada, isto é, não influenciada por um suposto desejo de vingança da vítima<sup>2</sup>.

A ideia de neutralização da ânsia punitiva da vítima acaba por deixar o sujeito passivo do delito em uma posição periférica, passando a desempenhar um papel circunstancial, meramente informativo. Entretanto, desde o fim da Segunda Guerra, mas mais acentuadamente nas últimas décadas, há o movimento de “redescobrimto da vítima” no direito penal – o movimento vitimológico<sup>3</sup>, o qual teve uma série de impactos nas ciências penais.

---

<sup>1</sup> OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal*. Uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp.19-32.

<sup>2</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús-María. La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la “victimo-dogmática”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.9, n.34, 2001, p.165.

<sup>3</sup> Schmidt de Oliveira critica a terminologia “redescobrimto” por entender que o movimento vitimológico contemporâneo tem características bastante peculiares para ser chamado de “redescobrimto”. Mais



Com efeito, no âmbito da política-criminal, em um contexto de crescente identificação da sociedade com a vítima do delito<sup>4</sup>, há a configuração das chamadas políticas de exclusão<sup>5</sup>. Tais políticas consistem na contraposição dos direitos das vítimas aos direitos dos criminosos. Assim, crescem os clamores, por exemplo, pela redução das garantias processuais<sup>6</sup> e, conseqüentemente, pela maior eficiência do direito penal<sup>7</sup>.

Em contraposição às políticas de exclusão, ganham força os questionamentos acerca da finalidade da pena, bem como a criação de novas medidas tendentes a proporcionar uma maior satisfação à vítima<sup>8</sup>. Assim, as políticas de inclusão fundamentam-se na constatação da Vitimologia de que o sistema como um todo não repara o dano sofrido pela vítima, podendo, inclusive, agravar sua situação durante a reação penal (vitimização secundária)<sup>9</sup>.

No âmbito da dogmática, o movimento vitimológico demonstrou que a vítima não é sempre um mero objeto passivo sobre o que casualmente recai o delito, mas sim que em certas ocasiões o delito é produto de uma certa interação entre o autor e a própria vítima<sup>10</sup>. Assim, a vitimodogmática procura avaliar

---

adequado, portanto, seria falar em “movimento vitimológico”. OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *Op.cit.*p.58.

<sup>4</sup> DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. ¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2009, núm. 11-08, p.11. Ver também: SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2.ed. Madrid: Civitas, 2001, pp.50 e ss.

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *Op.cit.*p.122.

<sup>6</sup> PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2003. 157 p. (Monografias, 27), *passim*, especialmente p.120. AMARAL, Claudio do Prado. *Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea*. São Paulo: IBCCRIM, 2007. 263p. (Monografias, 44), p.72. Cf. MENDONZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid, Civitas, 2001, pp.57 e ss. Ver também: Díez Ripollés, José Luis. La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI. In: Díez Ripollés, José Luis; GARCÍA PÉREZ, Octavio (Coordinadores). *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008, pp.507 e ss.

<sup>7</sup> O conceito de eficiência adotado no texto é o de que “vantagens globais (sociais) superam os custos, independentemente de que estes custos recaiam sobre alguém em concreto e, em razão disso, o prejudiquem”. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Eficiência e direito penal*. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004, pp.6-7. Evidentemente, o ideal de eficiência atuarial do direito penal pode ocasionar restrições ilegítimas das liberdades individuais. Nesse sentido, HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Trad. Francisco Muñoz Conde y M<sup>a</sup> del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp.80 e ss. HUSAK, Douglas. *Overcriminalization. The limits of the criminal law*. New York: Oxford University Press, 2008, pp.55 e ss. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: RT, 2007, p.202.

<sup>8</sup> OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *Op.cit.*p.128.

<sup>9</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús-María. La consideración del comportamiento de la víctima. *Op.cit.* pp.165-166. Sobre os reflexos legislativos das políticas de inclusão, ver: OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *Op.cit.*pp.128 e ss.

<sup>10</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús-María. La consideración del comportamiento de la víctima. *Op.cit.*p.166.

como o comportamento da vítima repercute na valoração jurídico-penal do comportamento do autor<sup>11</sup>.

Dessa forma, coloca-se o que Monika Frommel chamou de “dilema vitimodogmático”. De um lado, tem-se que a ampla responsabilização do autor quando há também responsabilidade da vítima torna a sanção ilegítima (desproporcionalidade da sanção). Por outro lado, tem-se que a culpabilização da vítima traz enormes prejuízos psicológicos e sociais, tais como a perda de confiança na tutela penal<sup>12</sup>. Urge, portanto, delimitar o âmbito de aplicação da vitimodogmática.

Segundo Silva Sánchez, a doutrina dominante entende que a vitimodogmática pode influir no *quantum* da pena aplicada ao autor. Entretanto, há uma corrente minoritária a qual defende que o comportamento da vítima pode implicar isenção de responsabilidade do autor do delito<sup>13</sup>. Os adeptos desta corrente minoritária apenas defendem a aplicação das considerações vitimodogmáticas aos chamados delitos de relação (*Beziehungsdelikte*)<sup>14</sup>, não aos delitos de intervenção (*Zugriffsdelikte*). Assim, somente nos casos em que o delito requer para sua consumação uma participação da vítima, o princípio vitimodogmático (autorresponsabilidade) seria levado em consideração<sup>15-16</sup>.

Todavia, a mera distinção entre delitos de relação e de intervenção não basta para “salvar” a vitimodogmática das críticas de seus opositores. Deve-se definir com adequada precisão o conteúdo das chamadas “medidas de proteção”. Assim, pode-se ver como algo exigível, em certa medida, que não se realizem atos dolosos ou imprudentes que direta ou indiretamente possam provocar a lesão dos próprios bens jurídicos por terceiros. A vítima não fica sobrecarregada de deveres excepcionais de autoproteção. Trata-se, sim, de uma

---

<sup>11</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús-María. La consideración del comportamiento de la víctima. *Op.cit.*p.168.

<sup>12</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús-María. La consideración del comportamiento de la víctima. *Op.cit.*pp.169-170.

<sup>13</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús-María. La consideración del comportamiento de la víctima. *Op.cit.*pp.167-175.

<sup>14</sup> O estelionato é o exemplo paradigmático dos delitos de relação. Cf. HERRERA MORENO, Myriam. Estafa. Apropiación indebida. Defraudación de fluido eléctrico. In: POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.). *Lecciones de derecho penal*. Parte especial. Adaptadas a la ley orgánica 5/2010 de reforma del código penal. Tomo II. Madrid: Editorial Tecnos, 2011, p.91.

<sup>15</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús-María. La consideración del comportamiento de la víctima. *Op.cit.*p.176. Ver também: MACHADO RODRÍGUEZ, Camilo Iván. La incidencia del comportamiento de la víctima en la responsabilidad penal del autor (hacia una teoría unívoca). *Revista Derecho Penal y Criminología*. nº 90, vol. XXXI, 2010, p.98. No mesmo sentido: HERNÁNDEZ HIDALGO, Patricia. Análisis de la violencia de pareja bidireccional desde un punto de vista victimodogmático. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, v.17, 2015, p.13.

<sup>16</sup> A vitimodogmática é cada vez mais relevante para a responsabilização do garante nos delitos omissivos, especialmente nos casos envolvendo empregador e empregado. A propósito: PERIN, Andrea. La contribución de la víctima y la imputación objetiva del resultado en la teoría del delito imprudente. Un estudio comparado en materia de prevención de riesgos laborales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*. 2016, núm. 18-03, *passim*.

distribuição ponderada de responsabilidades segundo o critério estrito de proporcionalidade<sup>17</sup>.

Como teoria de legitimação, a vitimodogmática afirma que não se pode apenar uma conduta quando existem possibilidades de autoproteção da vítima, porque a lesão do bem jurídico cai dentro de seu âmbito de responsabilidade, não do autor. As ideias de âmbitos de responsabilidade, contudo, somente podem enriquecer a discussão sobre a legitimidade da punição quando: (I) a estrutura do delito faça necessária a participação da vítima (e.g. estelionato), (II) quando se dá a participação da vítima em certas situações típicas (e.g. lesões corporais decorrentes de autocolocação em perigo)<sup>18</sup>, (III) ou quando são várias as pessoas que intervêm na lesão do bem jurídico ou interesse. Nos casos em que a vítima figura apenas como titular do bem jurídico, a referência a âmbitos de responsabilidade não traz nenhuma melhora dogmática<sup>19</sup>. Assim, deve-se abandonar apenas parcialmente o paradigma da agressão<sup>20</sup>.

O presente trabalho pretende analisar a aplicação dos princípios vitimodogmáticos em dois delitos distintos: estelionato e estupro. Justifica-se. O delito de estelionato dá margem a uma série de questões vitimodogmáticas. Serão feitas duas abordagens distintas: (I) a aplicação do princípio de autorresponsabilidade no tráfico econômico; (II) a questão da fraude bilateral. Quanto ao primeiro enfoque, deve-se destacar que o delito de estelionato encontra contornos bastante imprecisos na dogmática penal. Com efeito, a doutrina nacional ainda aceita a ideia de identidade ontológica entre a fraude civil e a fraude penal, sendo a diferença uma questão de intensidade<sup>21</sup>. Contudo, a imprecisão conceitual, para além de possibilitar arbítrio judicial<sup>22</sup>, pode engessar uma série de relações comerciais, pois não há clara delimitação do que seja um legítimo exercício de liberdades econômicas e o que seja uma fraude punível<sup>23</sup>. Quanto ao segundo ponto, a fraude bilateral pode representar uma

---

<sup>17</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús-María. La consideración del comportamiento de la víctima. *Op.cit.* pp.178-179. Portanto, a vitimodogmática não deve ser confundida com um reavivar da ideia de *blaming the victim*. Nesse sentido, OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *Op.cit.* p.135.

<sup>18</sup> Para uma exposição ampla acerca do risco criado pela própria vítima, ver: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva y conducta de la víctima. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LVIII, 2005, *passim*.

<sup>19</sup> WITTIG, Petra. Teoría del bien jurídico, *harm principle* y delimitación de ámbitos de responsabilidad. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.344-345.

<sup>20</sup> WITTIG, Petra. *Op.cit.* p.347. Sobre o paradigma da agressão, ver: KINDHÄUSER, Urs. *Teoría de las normas y sistemática del delito*. Lima: ARA Editores, 2008, pp.47 e ss.

<sup>21</sup> Ver, por todos, HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. vol. VII. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1955, pp.167 e ss.

<sup>22</sup> Cf. ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Direito penal e criação judicial*. Tese de titularidade – Universidade de São Paulo. São Paulo, 1988, pp.62 e ss.

<sup>23</sup> A propósito, SGUBBI, Filippo. Reati contro il patrimonio. In: SANTORO-PASSARELLI, Francesco (Direttore). *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXXII. Itália: Giuffrè, 1982, p.353.

renúncia às tutelas jurídicas<sup>24</sup>. Quanto ao estupro, procura-se analisar o que se entende por “deveres de autoproteção da vítima” e “autocolocação em risco”. Mais amplamente, procurar-se-á verificar se as circunstâncias aventadas para eventuais isenções de responsabilidade do autor de um delito sexual efetivamente têm relevância dogmática.

## 2. ESTELIONATO

### 2.1 FRAUDE BILATERAL

Uma primeira abordagem do comportamento da vítima no delito de estelionato diz respeito aos chamados negócios ilícitos. Com efeito, discute-se se nos casos de torpeza bilateral haveria necessidade de tutela do patrimônio do sujeito passivo<sup>25</sup>. Nos casos em que se negocia de forma destoante do *standard* do mercado, entende-se, a própria vítima se desprotege, pois se submete a um risco superior ao padrão do tráfico mercantil<sup>26</sup>.

A doutrina dominante entende que quem realiza negócio ilícito assume os riscos de arcar com o inadimplemento, haja vista a inexistência de tutela jurídica para estes casos<sup>27</sup>. Todavia, duas situações são diferenciadas. Se o objeto da disposição patrimonial é reconhecido e amparado juridicamente, existe fraude punível, ainda que a vítima tenha agido com a finalidade de realizar uma conduta ilícita. Haveria delito, *e.g.*, quando alguém finge ser funcionário público para receber algum pagamento indevido. O mesmo poderia ser dito do caso do “falso assassino”, que recebe pagamento para matar alguém e não o faz<sup>28</sup>. Por outro lado, quando a prestação oferecida pela vítima não se encontra reconhecida ou amparada pelo ordenamento jurídico, não há que se falar de fraude punível. Assim, segundo a doutrina dominante, o homem que não paga pelo serviço prestado pela prostituta não comete estelionato; mas se a esta recebe o pagamento e não realiza o serviço, há fraude punível<sup>29</sup>.

---

<sup>24</sup> ALAS ROJAS, Diana Leonor. La estafa en las prestaciones ilícitas. Fundamentos para su atipicidad. *Derecho y Cambio Social*, n.39, 2015, p.17.

<sup>25</sup> A própria concepção dogmática de patrimônio deriva, em certa medida, da fraude bilateral. KINDHÄUSER, Urs. Sobre el perjuicio patrimonial en la estafa. Trad. N. Pastor Muñoz. *Actualidad penal*, n.17, 2002, pp.421 e ss. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*. A racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014, pp.48 e ss. PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp.31 e ss. Cf. ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto penale*. Parte speciale I. 4.ed. Milano: Giuffrè, 1960, pp.180 e ss.

<sup>26</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. La estafa sobre datos registrales. *InDret*, n.3, 2006, p.7.

<sup>27</sup> “O patrimônio individual cuja lesão fraudulenta constitui o estelionato é o juridicamente protegido, e somente goza da proteção do direito o patrimônio que serve a um fim legítimo, dentro de sua função econômico-social”. HUNGRIA, Nelson. *Op.cit.*, p.187.

<sup>28</sup> DONNA, Edgardo Alberto; FUENTE, Javier Esteban de la. Aspectos generales del tipo penal de estafa. *Revista Latinoamericana del Derecho*, n.1, 2004, p.88.

<sup>29</sup> DONNA, Edgardo Alberto; FUENTE, Javier Esteban de la. *Op.cit.*p.89.

Esta concepción ampliamente aceita de distinción de ilícitos recebeu críticas de Pastor Muñoz. A autora aponta a fragilidade da argumentação que culmina em tratamento tão distinto para condutas estruturalmente tão semelhantes. Com efeito, a diferença pode ser reduzida a uma questão cronológica (e.g. prostituta não realizar o serviço ou não ser paga depende do momento em que deveria haver o pagamento)<sup>30</sup>. Dada a identidade valorativa dos casos, o tratamento jurídico deve ser o mesmo<sup>31</sup>. Assim, o sujeito que ingressa em um negócio ilícito assume o risco de prejuízo patrimonial, na medida em que aceita a troca de um elemento patrimonial (normativamente reconhecido) por uma expectativa não jurídica (meramente fática) e, assim, assume a perda do caráter “tutelável” da expectativa<sup>32</sup>. Não há que se distinguir entre qual prestação é ilícita: há uma contaminação valorativa<sup>33</sup>, que torna o negócio ilícito e, portanto, irrelevante em termos de proteção penal<sup>34</sup>.

Há, por fim, um entendimento diametralmente oposto ao anterior, segundo o qual o fato de que a finalidade seja ilícita não converte a disposição patrimonial em um ato sem sentido (*zweckfrei*), e o dano econômico ocorre quando da não obtenção do fim ilícito. Logo, a motivação ilícita não afastaria a tutela penal da disposição patrimonial (contabilmente) prejudicial. Asua Batarrita, defensora desse entendimento, traz o exemplo paradigmático de quem faz doações a um grupo terrorista. Caso haja uma frustração da finalidade, isto é, a doação não seja enviada ao grupo, haverá estelionato por parte de quem fez a falsa arrecadação<sup>35</sup>.

---

<sup>30</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. Estafa y negocio ilícito. Algunas consideraciones a propósito de la STS de 13 de mayo de 1997 (Ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater). *Revista de Derecho penal e Criminología*, n.5, 2000, p.347.

<sup>31</sup> “Además, en ocasiones, la realización de la prestación ilícita puede ir acompañada de otros gastos colaterales aisladamente lícitos, hecho que pone de relieve con más fuerza lo estéril de la separación de acto de disposición y finalidad del mismo. Por ejemplo, el sicario tendrá que gastar su dinero en la compra del revólver o el alquiler del piso que le ha de permitir observar los movimientos de su víctima, al funcionario le costará su dinero agasajar al competente en materia de licencias para lograr que conceda el correspondiente permiso, etc.; ¿acaso tendría en estos casos sentido afirmar que sí existe estafa respecto a los gastos aisladamente lícitos pero no respecto a la prestación ilícita en sí? ¿tiene algún sentido este esfuerzo de disección?, ¿o habría que entender que los gastos adicionales aisladamente lícitos devienen ilícitos en contacto con la prestación ilícita? Quizá esa sería la solución en los supuestos en que la ilicitud es constitutiva de delito o falta, pero ¿en los supuestos de ilicitud por contravención de la moral? Me parece que es un planteamiento que no logra sino aumentar los problemas”. PASTOR MUÑOZ, Nuria. Estafa y negocio ilícito. Op.cit.p.348.

<sup>32</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. Estafa y negocio ilícito. Op.cit.p.350.

<sup>33</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. Estafa y negocio ilícito. Op.cit.p.347.

<sup>34</sup> “Lo que efectivamente ocurre es que el Estado permanece al margen de las disputas que acontecen en los contextos de ilicitud: si los sujetos han optado por construir una relación económica prescindiendo de la legalidad vigente, no pueden recurrir al Estado cuando aparecen determinadas irregularidades en la misma”. PASTOR MUÑOZ, Nuria. Estafa y negocio ilícito. Op.cit.p.357.

<sup>35</sup> ASUA BATARRITA, Adela. El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin. *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*. v.46, 1993, p.158.

## 2.2 ENGANO TÍPICO E AUTORRESPONSABILIDADE

As dificuldades em que se encontra travada a tradicional teoria psicológica do erro na fraude somente podem ser resolvidas por meio de uma compreensão normativa do mesmo<sup>36</sup>. Com efeito, o erro pode ser compreendido como desconhecimento dos fatos e como representação positiva errônea. Estas concepções são criticadas porque, respectivamente, ampliam e estreitam em demasia a noção de erro para efeitos penais<sup>37</sup>.

A opinião dominante argumenta que uma interpretação do erro como desconhecimento resultaria em uma grande extensão da norma penal. É certo, contudo, que esse argumento não é decisivo, pois o verdadeiro déficit da definição do erro como desconhecimento dos fatos reside em que se trata de uma definição incompleta, haja vista que não é qualquer desconhecimento que dará ensejo a uma tutela penal. E este aspecto, do ponto de vista normativo, é decisivo, pois deixa o conceito de erro aberto e indefinido<sup>38</sup>.

Também a definição de erro como representação positiva errônea sobre os fatos apresenta déficits equivalentes, embora de uma forma não tão evidente. Afinal, não é qualquer representação errônea, meramente colateral, capaz de ensejar a tutela penal. Com efeito, e nesse ponto a doutrina dominante concorda, a representação positiva errônea deve ser a causa da disposição patrimonial por parte da vítima. Não é suficiente, todavia, incorporar a causalidade da representação errônea em relação à disposição no conceito de erro. A causalidade (ou falta de causalidade) da representação errônea concernente à disposição não é outra coisa que não uma consequência naturalista de uma certa qualidade da representação errônea, que ou está presente (e então converte a representação errônea em um erro, tutelável penalmente), ou não está presente (e então não há tutela penal)<sup>39</sup>.

Esta qualidade específica da representação errônea também ficaria insuficientemente descrita com a referência à idoneidade para ser causa de certos atos de disposição. A representação errônea deve ter determinado significado no âmbito vital da vítima. Em outras palavras: deve possuir um determinado significado normativo (ou funcional) para a conduta da vítima, patrimonialmente relevante desde o ponto de vista social<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Sobre a assim chamada fraude de crédito. In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Direito penal econômico: Estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013, p.128. BALMACEDA HOYOS, Gustavo. El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, nº13, 2011, *passim*.

<sup>37</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. Acerca del llamado derecho a la verdad. *Revista de derecho penal y procesal penal*, n.5, 2011, pp.781-782.

<sup>38</sup> FRISCH, Wolfgang. *Op.cit.*p.782.

<sup>39</sup> FRISCH, Wolfgang. *Op.cit.*pp.782-783.

<sup>40</sup> FRISCH, Wolfgang. *Op.cit.*p.783.

O reducionismo psicológico revela-se insuficiente também para solucionar os casos de ausência de representação. Evidentemente, existem casos em que a pessoa que realiza a disposição patrimonial reflete sobre o que é relevante para si em um negócio, de modo que, com base em certas aparências e falsidades colocadas pelo autor, chega a uma representação errônea positiva. No entanto, nem sempre é assim que acontece. Há negócios em que, enquanto o autor age de determinada maneira, a vítima dispõe de seu patrimônio de forma mais ou menos automática, sem reflexão acerca de tais significações. Exemplo claro disso são os negócios massivos, com atos de disposição de rotina da vida diária, como os pagamentos (e recebimento de troco) em um restaurante<sup>41</sup>.

Naturalmente, nesses casos não se nega a ocorrência da fraude por ausência de erro devido à falta de representação errônea positiva. Ao contrário, reduz-se a exigência da representação errônea positiva. Diz-se que a representação não deve ser a representação errônea sobre certos fatos concretos em particular. Também é suficiente a representação geral errônea de que “tudo está em ordem”, ao menos na medida em que esta representação se apoie em fatos concretos. Entretanto, a representação geral de que “tudo está em ordem” dificilmente seria o motivo decisivo para um ato de disposição patrimonial. Em geral, também quem não reflete acerca da existência de certos fatos concretos parte do princípio de que, em um negócio, estão presentes pressupostos diferenciados (e não necessariamente representações referidas a eles). Por exemplo, quem compra um automóvel pressupõe-no em boas condições, que este não precisará de reparos *etc.* Assim, restam evidentes as incongruências derivadas do reducionismo psicológico<sup>42</sup>.

É questionável, ainda, se a situação de falta de certeza subjetiva – em que uma pessoa considera possível diferentes situações de fato, frequentemente contraditórias, isto é, quando não se pode fazer uma concreta representação da realidade – pode ser qualificada como uma representação positiva da realidade. Nestes casos, quando se decide admitir uma representação errônea positiva, indubitavelmente são levadas em conta considerações normativas, como a ideia da necessidade de proteção da vítima. Entretanto, antes de classificar representações de possibilidades como representações errôneas da realidade, deve-se esclarecer que há uma alternativa<sup>43</sup>.

Com efeito, quem toma, entre outras circunstâncias, as afirmações de uma pessoa (o possível fraudador) considerando possível um determinado fato externo, em geral, pressupõe, por reflexão ou pela natureza das coisas, algo em particular: que a pessoa que afirma não está mentindo, isto é, não está

---

<sup>41</sup> FRISCH, Wolfgang. *Op.cit.*p.783.

<sup>42</sup> FRISCH, Wolfgang. *Op.cit.*pp.783-784.

<sup>43</sup> FRISCH, Wolfgang. *Op.cit.*p.784.

afirmando algo que saiba que não é verdadeiro. Se a pessoa soubesse que lhe estão mentindo, descartaria as afirmações. Assim, uma representação de possibilidade entraria em consideração *apesar* de estimar-se falso o que é dito, e não *em decorrência* do que se afirma. Se a afirmação do outro constitui uma mentira (consciente) contrária à expectativa, então, quem realiza o ato de disposição com base – também – nessa afirmação atua, nessa medida, em erro, no sentido de representação errônea positiva (pelo menos quando realiza considerações reflexivas nesse sentido)<sup>44</sup>.

Em face das limitações da perspectiva psicológica, busca-se um conceito normativo de erro. Assim, erro deve ser compreendido como defraudação de expectativas da vítima. A defraudação não ocorre apenas quando a vítima reflete explicitamente acerca do cumprimento de suas expectativas tirando conclusões com relação ao cumprimento das condições corretas da disposição. Ocorre também na ausência dessa reflexão, e a vítima, sobre a base das expectativas gerais acerca da verdade de certas manifestações e do cumprimento das condições de disposição, frente a certos comportamentos desencadeantes do autor, simplesmente realiza a disposição de certa forma – tal como ocorre nos negócios massivos e nos atos de disposição rotineiros. E, evidentemente, as expectativas da vítima com relação à qualidade das manifestações do autor são defraudadas também quando, tendo por base estas manifestações com respeito a situações de fato relevantes para o ato de disposição, não chega a uma convicção firme, mas apenas a uma representação de possibilidade<sup>45</sup>.

Em síntese: as dificuldades que apresenta uma compreensão psicológico-naturalista do erro como representação errônea sobre os fatos desaparecem quando se vê o erro como um conceito funcional normativo; um conceito que, ademais, está destinado por sua função a proteger a vítima da defraudação de suas expectativas com relação às condições de sua disposição, e isto mediante a proteção das expectativas do sujeito passivo com relação à veracidade das manifestações do autor referentes às condições de disposição. Desde este ponto de vista, os enganos seriam formas de conduta do autor (especialmente manifestações) que geram a aparência de estar satisfazendo estas expectativas, mas que, na verdade, não o fazem<sup>46</sup>.

Parece óbvio que quem faz afirmações falsas e, assim, motiva terceiro a realizar ato de disposição patrimonial, causa um engano. Contudo, não é tão óbvio assim. Com efeito, é discutível se haveria engano no caso de quem faz afirmações falsas explica expressamente que não tem pretensões de dizer a

---

<sup>44</sup> FRISCH, Wolfgang. *Op.cit.*pp.784-785.

<sup>45</sup> FRISCH, Wolfgang. *Op.cit.*p.785.

<sup>46</sup> FRISCH, Wolfgang. *Op.cit.*pp.785-786.



verdade. O mesmo ocorre quando esta situação deriva do contexto global da manifestação. De uma perspectiva jurídica, deve-se reconhecer que o direito à liberdade de ação comporta a conduta de fazer afirmações falsas. Portanto, deve-se verificar se, em face dos interesses e direitos de terceiros ou da generalidade, a manifestação falsa ultrapassa os limites da liberdade de ação. Somente com essa condição o engano pode ser considerado típico<sup>47</sup>.

A manifestação objetivamente falsa somente pode ser proibida como engano típico quando terceiros devam poder partir de que não se estão realizando manifestações objetivamente falsas sobre a realidade. Em outras palavras, quando houver um direito a manifestações verdadeiras<sup>48</sup>. Somente na medida em que a manifestação falsa satisfaça esta condição normativa pode-se falar em engano típico<sup>49</sup>. Assim, a discrepância entre a manifestação expressa e a realidade não é suficiente para o engano. Ao contrário, é apenas uma condição para que um autor engane quando em uma relação jurídica frente a outros se possa ter a expectativa de veracidade e pretensão de que a manifestação seja a resposta para as expectativas<sup>50</sup>.

Quanto aos enganos concludentes, coloca-se a questão de se as pessoas, no marco de seus atos de disposição, frente a certa conduta do outro, podem confiar na presença ou ausência de certos fatos, relevantes para o cumprimento ou não de suas condições de disposição. Portanto, trata-se do merecimento e necessidade de proteção da confiança ou da expectativa de que frente a certa conduta de outro se verifiquem certas circunstâncias<sup>51</sup>. Uma série de princípios normativos determinam essa necessidade e merecimento de tutela. Em suma, é uma questão de âmbito de competência (autorresponsabilidade)<sup>52</sup>.

Logo, no caso dos enganos concludentes, há uma lesão ao direito de que condutas não sejam realizadas diante da pessoa, caso as circunstâncias aparentes não se verifiquem. O erro, portanto, residiria na frustração da expectativa de não ser tratado pelo outro de uma forma contrária aos fatos e ao direito à verdade<sup>53</sup>.

---

<sup>47</sup> FRISCH, Wolfgang. *Op.cit.*p.786.

<sup>48</sup> Ver, nesse sentido, VOGEL, Joachim. Estafa en la EU. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Coordinadores): *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo*. Eurodelitos de corrupción y fraude. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, p.47.

<sup>49</sup> FRISCH, Wolfgang. *Op.cit.*pp.786-787.

<sup>50</sup> FRISCH, Wolfgang. *Op.cit.*p.787.

<sup>51</sup> FRISCH, Wolfgang. *Op.cit.*p.789.

<sup>52</sup> WITTIG, Petra. *Op.cit.* p.346. No mesmo sentido, HERRERA MORENO, Myriam. *Op.cit.* p.95. Polaino-Orts esclarece que “el reconocimiento de la libertad al sujeto como gestor de riesgo tiene como contrapartida la responsabilidad por las consecuencias”. POLAINO-ORTS, Miguel. Libertad como autodeterminación personal en derecho penal. In: *Funcionalismo penal y autodeterminación personal*. Azcapotzalco: Editorial Flores, 2013, p.87.

<sup>53</sup> FRISCH, Wolfgang. *Op.cit.*p.789.

Há ainda que se analisar o chamado engano por omissão. Na fraude, uma omissão com conteúdo comunicativo tem o mesmo efeito na decisão da vítima do que um agir positivo com conteúdo comunicativo<sup>54</sup> (por exemplo, ter o dever de informar sobre modificações de circunstâncias e não o fazer equivale a afirmar que as condições para a realização da disposição patrimonial do terceiro permanecem inalteradas). Essas considerações não valem apenas para as situações em que se haja atribuído explicitamente ao silêncio um certo significado. Também valem para os casos em que falta uma determinação explícita do significado do silêncio e, no lugar disso, os deveres de comunicação de modificações relevantes derivam da regulação de certa relação jurídica (tais como os deveres de comunicação estabelecidos legal ou contratualmente). O engano reside no fato de que quem cala realiza uma conduta com conteúdo significativo de que certas situações se verificam e, na realidade, isto não ocorre. O silêncio, por princípio, não se distingue de um agir positivo naturalista, haja vista ambos serem relevantes para o ato de disposição da vítima, ou seja, satisfazem os critérios decisivos do engano – a saber: conteúdo comunicativo e significação efetiva para a decisão da vítima<sup>55</sup>. Por certo, não apenas as disposições legais e contratuais devem ser consideradas. Também outras circunstâncias podem autorizar a extrair conclusões a partir do silêncio de uma pessoa. Nesse sentido, o engano concludente é uma subespécie do engano por omissão<sup>56</sup>.

Uma compreensão do engano típico verdadeiramente comprometida com a autorresponsabilidade deve pautar-se pelas noções de risco de orientação e distribuição de competências<sup>57</sup>. Veja-se, a propósito, os seguintes casos analisados por Pawlik. O primeiro caso concerne às transferências errôneas feitas para conta bancária de terceiros. Dentro da dogmática do delito de fraude é em grande medida indiscutida a proposição de que o risco da inexistência de dívida, em princípio, deve ser suportado por quem cumpre a prestação (isto é, por quem realiza a transferência). Por isso, a mera recepção da prestação não implica afirmar a existência do direito respectivo. Seria diferente o caso, segundo a opinião tradicional, se o recebedor da prestação fosse além de uma mínima intervenção, especialmente se exigisse de alguma forma a prestação não devida. Afinal, em muitos casos, a exigência de uma prestação contém a

---

<sup>54</sup> Com efeito, normativamente, não há que se distinguir entre ação e omissão. A propósito: FALCONE, Andrés. O conceito normativo de conduta jurídico penal: a conduta como primeiro estágio da imputação à liberdade pessoal. In: LOBATO, José Danilo Tavares; SAAD-DINIZ, Eduardo; FALCONE, Andrés (Organizadores). *Delitos de posse: drogas, porte de armas e pornografia*. São Paulo: LiberArs, 2016, pp.200 e ss.

<sup>55</sup> FRISCH, Wolfgang. *Op.cit.*p.791.

<sup>56</sup> FRISCH, Wolfgang. *Op.cit.*p.792.

<sup>57</sup> PAWLIK, Michael. ¿Engaño fraudulento por medio del envío de cartas de oferta similares a una facturación? A la vez, un análisis del fallo BGHSt 47, 1: StV 2001, 680. *Revista de derecho penal y procesal penal*, n.5, 2011, pp.809-810.

afirmação concludente da existência da dívida. Contudo, e a ressalva é importante, deve-se atentar para divisão fluida entre afirmações sobre fatos e opiniões jurídicas. Assim, a exigência pode decorrer de uma opinião jurídica errônea, a qual, evidentemente, não pode dar ensejo a uma responsabilização criminal<sup>58</sup>.

Somente pode enganar quem é competente por um determinado risco não permitido de erro por parte de seu *partner*<sup>59</sup>. Assim, se é função do banco gerir a conta do cliente, não pode haver responsabilização da pessoa física por se aproveitar de creditação errônea. Afinal, um direito penal comprometido com a ideia de autorresponsabilidade não tem motivos para favorecer uma assimetria de competências em uma relação entre pessoas juridicamente iguais<sup>60</sup>.

O segundo caso envolve erro na transferência de dinheiro. O suporte fático é o seguinte: um homem (A) vai trocar moedas estrangeiras em uma casa de câmbio, sabendo que o valor de troca é de aproximadamente 5.000 DM (marcos alemães). Contudo, a funcionária responsável pela transação (K) comete um erro de cálculo e diz que o valor é de 20.000 DM. O homem, após saber o valor, diz: “Está bem”. O tribunal alemão entendeu que a manifestação do vendedor seria uma maneira de manutenção em erro. Logo, haveria fraude punível<sup>61</sup>.

Haveria, assim, segundo a decisão judicial, um “dever de contradizer” por parte do cliente. Este, ao invés de agir em seus próprios interesses, deveria favorecer interesses alheios. Em outros termos: K teria a faculdade jurídica de impor ao cliente, de modo unilateral, um *dever de cooperação* reforçado penalmente. Diante da afirmação de K sobre o valor da transação, A deveria colocar seu próprio nível de informação ao serviço do banco<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> PAWLIK, Michael. ¿Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos? Acerca de la distribución de riesgos conforme al §263 STGB en casos de errónea acreditación en cuenta y constelaciones emparentadas. In: *La libertad institucionalizada: estudios de filosofía jurídica y derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2010, pp.210-211.

<sup>59</sup> PAWLIK, Michael. ¿Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos? *Op.cit.*p.214.

<sup>60</sup> PAWLIK, Michael. ¿Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos? *Op.cit.*pp.217-218. A conclusão de não punibilidade do cliente do banco por fraude é aplicável também no caso em que o cliente se aproveita de uma transferência feita por erro. Faltaria, em ambos os casos, o engano relevante. Em outras palavras, “aquí vale otra vez que el receptor de la transferencia no tiene que librar al transferente de las consecuencias perjudiciales de su deficiente organización”. *Idem.* p.225.

<sup>61</sup> “Según esta interpretación, a diferencia de los casos tratados anteriormente, A [el cliente] no se ha limitado, por medio de la expresión de una petición socialmente adecuada, a ‘impulsar’ la transacción que condujo a un resultado perjudicial para la Caja de Ahorros; antes bien, mediante una confirmación explícita, él ha intervenido en el desarrollo de la transacción como tal”. PAWLIK, Michael. ¿Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos? *Op.cit.*p.227.

<sup>62</sup> “La cuestión decisiva normativamente es, por tanto, si merece protección penal el esfuerzo de K por poner a A ‘en el deber’ de actuar a favor del banco representado por ella. Se trata aquí, una vez más, de la adecuada distribución del riesgo de orientación entre los partners de la comunicación”. PAWLIK, Michael. ¿Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos? *Op.cit.*p.228.

Pawlik, discordando da decisão, entende que não houve fraude. Com efeito, o *partner* de um negócio tem direito a esperar que, ao solicitar uma informação, sua contraparte não minta, contradizendo sua própria convicção. Contudo, desde a perspectiva da fraude, a fiabilidade das informações prestadas não é um fim em si mesmo; serve para possibilitar o “manejo autorresponsável do patrimônio”, ou seja, para proporcionar uma base objetiva suficiente para aceitar ou não os riscos econômicos da transação. Este objetivo limitado não pode fazer responsável o terceiro pelos processamentos e avaliações das informações relevantes para a decisão da chamada vítima<sup>63</sup>.

### 3. ESTUPRO

Não restam dúvidas de que a vítima se relaciona com o delito – motivo pelo qual, inclusive, essa nomenclatura é preferencial, em relação ao termo sujeito passivo, que implica em uma submissão da vítima ao autor<sup>64</sup>. Entretanto, essa relação assume contornos bastante delicados quando tratamos de situações as quais envolvam a violação da liberdade sexual da vítima<sup>65</sup>.

Historicamente, o delito de estupro apresenta penas altas, sendo considerada uma grave agressão à pessoa<sup>66</sup> – ainda que a ideia de qual bem jurídico é tutelado tenha se modificado, vez que, primitivamente, o enfoque era a moral, sendo hoje a dignidade sexual da pessoa<sup>67</sup>.

Resta saber: no delito de estupro, haveria deveres de autoproteção da vítima? E é possível aventar a hipótese de colocação da vítima em risco? Ou ainda, há algo, além do expresse consentimento da vítima, que o autor do delito deveria levar em consideração, podendo levar a uma diminuição de pena?<sup>68</sup>

---

<sup>63</sup> “Pero justamente a ello se llegaría, si se calificara como engaño típico, junto al OLG Köln, la reacción afirmativa de A a la pregunta de K. La soberanía de organización, tanto para el acto de pago propiamente, como también para el proceso de conteo y de cálculo previo, corresponde aquí a quien efectúa el pago, es decir, al banco”. PAWLK, Michael. ¿Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos? *Op.cit.* pp.228-229.

<sup>64</sup> GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.102

<sup>65</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial: volume 4: dos crimes contra a dignidade sexual até os crimes contra a fé pública. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 82. Tal autor elucida bem o entendimento atual de liberdade sexual como sendo a “faculdade individual de escolher livremente não apenas o parceiro ou parceira sexual, como também quando, onde e como exercitá-la”.

<sup>66</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. Estupro: enfoque vitimológico. *Justitia*, São Paulo, v. 53, n. 154, p.79-94, abr./jun. 1991, p. 79.

<sup>67</sup> BOIX REIG, Javier. De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual. In: LATORRE, Virgilio (Coordinador). *Mujer y Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, *passim*.

<sup>68</sup> Pode-se, primeiramente, identificar três correntes doutrinárias acerca da aplicação do princípio de autorresponsabilidade no delito de estupro. Uma primeira corrente entende ser inaplicável e político-criminalmente desaconselhável qualquer indagação vitimodogmática acerca deste crime; uma corrente intermediária entende ser possível uma aplicação restrita da vitimodogmática nesse âmbito; por fim, há quem entenda ser sempre possível ponderar a responsabilidade do autor em face do comportamento da vítima. A ideia fundamental da primeira corrente é a de que mitigações de responsabilidade do autor em um delito no qual a vítima figura apenas como detentora do bem jurídico lesionado traria enormes prejuízos

Retomando alguns conceitos, a autocolocação da vítima em risco, para Roxin<sup>69</sup>, deve ser analisada dentro do paradigma da teoria da imputação objetiva. Isso implicaria que a vítima deve contribuir, junto com o autor, para a ocorrência do delito, o que, de acordo com a vitimodogmática, deveria atenuar ou até eximir a pena do autor, a depender da corrente adotada – como já citado anteriormente no presente trabalho.

As mudanças ocorridas na legislação brasileira nos atualmente denominados crimes contra a dignidade sexual, especialmente no tocante às suas vítimas, nos dão uma pista de como se deu a evolução deste tema específico. Nota-se que o bem jurídico tutelado antes eram os costumes – reduzindo a sexualidade feminina a meros padrões sexuais ultrapassados – e, após a reforma, passou a ser a dignidade sexual, tendo como foco, agora, os direitos humanos<sup>70</sup>.

Desde remotas legislações penais, havia um tratamento diferenciado na pena base caso a vítima de um estupro fosse uma prostituta, sendo a pena, nessa hipótese, substancialmente inferior. No Código Criminal de 1830, por exemplo, a pena de estupro quando a vítima era uma prostituta variava de um mês a dois anos, enquanto se fosse a vítima “mulher honesta”, a pena mínima era três anos – podendo alcançar até o máximo de doze<sup>71</sup>.

A conduta da vítima – no caso, a profissão de prostituta – e a sua reputação moral eram importantes fatores que eximiriam o autor de parte da culpa, pautado no entendimento de que essa seria uma atividade “arriscada” e de que

---

político-criminais e sociais. Afirma-se que haveria uma perda de confiança no (e, no limite, de função do) direito penal, pois a vítima, de alguma maneira, seria responsável por sua própria segurança. Nesse sentido: WITTIG, Petra. *Op.cit.* pp.345-346. A chamada corrente intermediária entende que o princípio de autorresponsabilidade deve ser considerado, nos delitos de estupro, apenas em circunstâncias muito restritas e delimitadas. Assim, *e.g.*, María Elena Santibáñez Torres entende que as indagações vitimodogmáticas somente devem ter espaço quando a própria vítima tem a iniciativa da relação sexual e, durante o ato ou pouco antes de iniciá-lo, desiste. Desde um ponto de vista vitimodogmático, pode-se sustentar que neste caso a vítima com seu comportamento contribuiu para a lesão do bem jurídico. Todavia, não se pode negar que neste caso, continua existindo um delito, já que a pessoa sempre conserva sua liberdade de autodeterminação sexual, podendo, portanto, a qualquer momento, retirar seu consentimento. A solução, assim, seria apenas uma redução da pena aplicada ao autor, não a isenção de responsabilidade deste. Cf. SANTIBÁÑEZ TORRES, María Elena. Algunas consideraciones victimodogmáticas en los delitos sexuales. *Ars boni et aequi*. v.6, n° 2, 2010, pp.124-125. Há ainda uma terceira corrente, segundo a qual o comportamento da vítima é fundamental para a compreensão do delito de estupro. Assim, José Guilherme de Souza, por exemplo, afirma que o estupro, muitas vezes, decorre de uma falha de comunicação entre autor e vítima. Segundo o autor, o comportamento, o histórico sexual e mesmo a maneira de se vestir da vítima poderiam causar uma impressão de “consentimento tácito” no autor. SOUZA, José Guilherme de. *Vitimologia e violência nos crimes sexuais*. Uma abordagem interdisciplinar. Porto Alegre: SAFE, 1998, *passim*.

<sup>69</sup> ROXIN, Claus. A teoria da Imputação Objetiva. Em: *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 101-131.

<sup>70</sup> ELUF, Luiza Nagib. A reforma dos crimes sexuais. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 31, ago./set. 2009, p.104.

<sup>71</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Op.cit.* p.80.

essas mulheres não mereceriam a mesma quantidade de proteção<sup>72</sup>. De outro modo, a conduta do autor do crime não seria tão reprovável, não merecendo maior atenção por parte da dogmática penal. Essa tendência da diferenciação se manteve no Código Penal de 1890, apenando de forma mais branda o crime praticado contra prostitutas<sup>73</sup>.

Aproximando-se dos dias atuais, nosso Código Penal vigente, datado inicialmente do ano de 1940, continua, até o ano de 2005, a nomenclatura “mulher honesta”<sup>74</sup> em alguns de seus tipos<sup>75</sup>, sendo que somente ela seria merecedora de proteção nos crimes de posse sexual mediante fraude e atentado violento ao pudor mediante fraude.

A *contrario sensu*, mulheres desonestas – tidas como as prostitutas e as mulheres de “vida desregrada” – não poderiam ser sujeitos passivos de tal crime. Não seria exagero afirmar que a norma penal não as abarcava porque considerava suas condutas arriscadas, ou seja, essas mulheres não se autoprotégiam como deveriam, colocando-se em uma situação de risco – o que, nesses tipos, eximiria a responsabilidade do autor e tiraria qualquer responsabilidade do estado de averiguar essas condutas.

Contudo, tais ideias não prevalecem mais em nosso ordenamento. Abolida a distinção entre as mulheres vítimas de estupro no ano de 2005, em 2009 ampliou-se ainda mais esse rol. Com uma grande reforma em toda a estrutura deste título – na qual ocorreu a mudança da tutela do bem jurídico e a definição de vários crimes – o estupro hoje pode ser praticado inclusive contra homens<sup>76</sup>. Essa alteração acompanhou a tendência, trazida pela Constituição Federal de 1988, de garantir a igualdade das pessoas perante a lei e a dignidade humana de todos<sup>77</sup>.

Resta, ainda, analisar a questão do consentimento. O entendimento majoritário é o de que o consentimento apenas descaracteriza o delito quando

---

<sup>72</sup> Ainda hoje trabalha-se com essa ideia de conduta de risco da mulher. Os critérios para determinar o grau de risco a que a mulher se expõe são basicamente três: (I) profissão; (II) deslocamentos diários; e (III) modo de locomoção (por exemplo, pegar carona é uma conduta de risco). Cf. MELÉNDEZ-CARDONA, Deimer *et al.* Análisis sobre la conducta criminal de violadores seriales en casos ocurridos en Bogotá, D. C. (2008-2012). *Criminalidad*, v.56, n.1, 2014, *passim*. Evidentemente, tais critérios podem auxiliar em políticas de prevenção ao crime. Contudo, seria absurdo considerar tais critérios como casos de autocolocação da vítima em risco.

<sup>73</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Op.cit.*p.80.

<sup>74</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 8, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 139. Para Nelson Hungria, seria mulher honesta “não somente aquela cuja conduta sob o ponto de vista da moral é irrepreensível, senão também aquele que não rompeu com um *minimum* de decência exigida pelos bons costumes”.

<sup>75</sup> OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. O conceito de mulher honesta e a honestidade do sistema punitivo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 14, n. 163, jun. 2006, p.18.

<sup>76</sup> MARTINS, Manoel Soares. A nova definição legal de estupro à luz da Lei nº 12.015/2009. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, Porto Alegre, v. 11, n. 68, jun./jul. 2011, p.26.

<sup>77</sup> MARTINS, Manoel Soares. *Op.cit.* p.32.

recaia sobre bens jurídicos disponíveis<sup>78</sup>, o que não é o caso da dignidade sexual. Contudo, evidentemente, há que se reconhecer uma ampla liberdade individual para ingressar em atividades de natureza sexual, sob pena de, não o fazendo, instituir-se um moralismo penal<sup>79</sup>. O ponto a ser debatido, portanto, é a aferição do consentimento.

Diversas autoras feministas têm feito severas críticas ao sistema penal pela forma como o consentimento é tratado em casos de delitos sexuais. Com efeito, há inúmeros casos em que a vítima não é reconhecida como tal por ter, “ainda que tacitamente”, consentido com o ato sexual, independentemente de manifestação expressa em sentido contrário. Tal entendimento resulta, basicamente, de duas concepções errôneas. A primeira é de que determinados comportamentos da vítima podem ser interpretados como consentimento<sup>80</sup>. A segunda, conexa à primeira, é a que identifica consentimento à submissão. Assim, se não houver violência física, muitas vezes, considera-se que, na verdade, houve consentimento (ainda que tácito) da vítima<sup>81</sup>.

Não foi por outra razão que Susan Estrich, não sem um toque de ironia, estabeleceu o que se pode chamar padrão mínimo de proteção às vítimas de estupro. A autora propõe que, em todo caso nos quais se discuta se a vítima não estaria realmente consentindo, substitua-se o bem jurídico tutelado (dignidade sexual) pelo patrimônio. Exemplifica a autora: imagine-se que A marca um encontro com B. Posteriormente, no mesmo dia, A vai ao apartamento de B. Passado algum tempo, B sugere que A somente poderá sair do recinto se “consentir” em um ato sexual. Estrich afirma que, para não restar dúvidas acerca do caráter criminoso desse fato, deve-se imaginar que B exigiu dinheiro de A. Segundo a autora, tal substituição evidenciaria que, de fato, não houve consentimento válido e, portanto, houve delito<sup>82</sup>.

#### 4. CONCLUSÕES

O objetivo do presente trabalho foi tratar da aplicabilidade das ideias vitimodogmáticas em dois delitos muito distintos: estupro e estelionato.

---

<sup>78</sup> RUSCONI, Maximiliano Adolfo. *Comportamiento de la víctima y configuración del ilícito*. Revista de Ciencias Penales: Montevideo, Montevideo, v. 4, 1998, p.216.

<sup>79</sup> A propósito, conferir o debate entre Devlin e Hart ocorrido em meados do século XX. DEVLIN, Patrick. *La imposición de la moral*. Trad. Miguel Ángel Ramiro *et al.* Madrid: Dykinson, 2010, *passim*. HART, H. L. A. *Direito, liberdade, moralidade*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: SAFE, 1987, *passim*.

<sup>80</sup> RANDALL, Melanie. Sexual Assault Law, Credibility, and "Ideal Victims": Consent, Resistance, and Victim Blaming. *Canadian Journal of Women and the Law*, v.22, 2010, pp.398 e ss. COMACK, Elizabeth; PETER, Tracey. How the Criminal Justice System Responds to Sexual Assault Survivors: The Slippage between "Responsibilization" and "Blaming the Victim". *Canadian Journal of Women and the Law*, v.17, 2005, *passim*.

<sup>81</sup> ROSS, Josephine. Blaming the victim: "Consent" within the fourth amendment and rape law. *Harvard Journal on Racial & Ethnic Justice*, vol. 26, 2010, pp.3 e ss.

<sup>82</sup> ESTRICH, Susan. *Real rape*. Massachusetts: Harvard University Press, 1987, p.103.

Percebe-se que, no estelionato, o abandono parcial do paradigma da agressão, bem como a ideia de esferas de responsabilidades podem contribuir para que o direito penal não crie assimetrias de deveres no tráfico mercantil. Isto é, o princípio da autorresponsabilidade aplicado no âmbito do estelionato favorece uma simetria de competências entre os integrantes de uma relação comercial e torna a penalização conforme ao princípio da proporcionalidade. Além disso, no âmbito da fraude bilateral, a autocolocação em risco da vítima permite explicar a não punibilidade do autor.

Entretanto, no estupro, percebe-se claramente que as discussões vitimodogmáticas camuflam o verdadeiro problema: o não reconhecimento da mulher como sujeito de direito e, conseqüentemente, como titular de um direito violado<sup>83</sup>. Com efeito, o conceito de vítima é construído socialmente<sup>84</sup>. O discurso vitimodogmático, no caso de estupro, procura atribuir relevância penal a comportamentos jurídico-penalmente indiferentes (tais como vestimentas, profissão etc.). Procura-se, então, esconder que, na verdade, faz-se um juízo moral da mulher atacada que, se reprovada em tal juízo, não é reconhecida como vítima. Assim, afirma-se que a discussão sobre a participação da vítima no estupro impede que se reconheça que a etiologia da violação sexual está na estrutura social e na aprendizagem social<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> Cf. PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. Trad. Marta Avancini. São Paulo: Paz e Terra, 1993, pp.21 e ss. Ver também SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.101.

<sup>84</sup> Cf. BIJLEVED, Catrien. Sex Offenders and Sex Offending. *Crime and Justice*, v.35, 2007, pp.360 e ss.

<sup>85</sup> SCHNEIDER, Hans Joachim. Temas principales y deficiencias en el actual pensamiento victimológico. *Derecho Penal y Criminología*, v.16, 1994, p.178.



# UM OLHAR DA POLÍTICA-CRIMINAL SOBRE A VÍTIMA DE HOMICÍDIO NO TRÁFEGO TERRESTRE: A AUTOCOLOCAÇÃO EM PERIGO E O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA NORMA

*CRIMINAL POLICY PERSPECTIVE OF ROAD TRAFFIC VICTIMS: SELF  
CONTROL OF DANGER AND NORM SPHERE OF PROTECTION*

FERNANDO ANDRADE FERNANDES

*Professor de Direito Penal da Universidade Estadual Paulista (Unesp). Pós-doutor em  
Direito Penal pela Universidade de Salamanca. Doutor em Direito pela Universidade de  
Coimbra. Mestre pela Universidade Federal de Minas Gerais.*

ANA CRISTINA GOMES

*Doutoranda em Direito Penal pela Universidad de Salamanca. Mestre em Direito pela  
Universidade Estadual Paulista (Unesp).*

LEONARDO SIMÕES AGAPITO

*Mestrando em Direito Penal pela Universidade Estadual Paulista (Unesp).*

**Resumo:** A compreensão do risco pelo direito penal frequentemente é associado aos acidentes de trânsito graves. Neste sentido, a partir de um modelo de delito proposto por Claus Roxin, dois institutos são destacados, a saber: a) a autocolocação em perigo da vítima (dentro da abrangência do tipo penal), em que esta assume uma conduta decisiva para o resultado danoso; b) a concretização do resultado no âmbito de proteção da norma, em que se compreende a desconexão entre a tutela desejada e a conduta praticada. Por meio destes, visa Roxin permitir que os fins de política criminal penetrem a dogmática-penal, balizando sua aplicação. Pretende o presente artigo, a partir da análise de dois casos, compreender a análise do desvalor do resultado em função da vítima de trânsito, no modelo de atribuição de responsabilidade roxiniano, tendo em vista que, para o primeiro, a conduta da vítima descaracteriza a conduta do agente, enquanto, para o segundo, o resultado danoso sofrido perde relevância penalmente. Para tanto, utiliza-se

do método dedutivo-analítico, tendo por referencial teórico o pensamento de Ulrich Beck e Niklas Luhmann a partir de sua leitura jurídico-criminal em Claus Roxin. Ambos os casos estudados foram selecionados por sua conformidade ao modelo de atribuição analisado dentro da jurisprudência brasileira e portuguesa. Ao final, compreende-se que à vítima, nas categorias do delito, somente restou espaço como coadjuvante na configuração do tipo, sendo esquecida nas demais categorias, tendo em vista que ao direito penal, enquanto instrumento de pacificação social, é relevante, político-criminalmente, somente a compreensão da lesão em seu nível social, não da lesão efetivamente sofrida.

**Palavras-chave:** Política criminal; autocolocação em perigo; âmbito de proteção da norma; funcionalismo racional teleológico.

**ABSTRACT:** *Understanding of risk by criminal law is often associated with serious traffic accidents. In this sense, based on a model of offense proposed by Claus Roxin, two institutes are highlighted: a) self control of danger of the victim (within the scope of the criminal type), in which the latter assumes a decisive conduct for the result harmful; B) the achievement of the result within the sphere of protection of the norm, which includes the disconnection between the desired protection and the conduct practiced. By means of these, Roxin aims to allow the purposes of criminal policy to penetrate the criminal dogmatic, marking its application. The purpose of this article, based on the analysis of two cases, is to understand the analysis of the devaluation of the result as a function of the transit victim, in the model of attribution of Roxinian responsibility, considering that, for the first, the victim's behavior decharacterizes the Conduct of the agent, while for the second, the harmful result suffered loses its criminal relevance. To do so, it's used the deductive-analytical method, having as theoretical reference the thought of Ulrich Beck and Niklas Luhmann from his legal-criminal reading in Claus Roxin. Both cases were selected for their conformity to the attribution model analyzed within Brazilian and Portuguese jurisprudence. In the end, it is understood that the victim, in the categories of crime, only remains space as an adjunct in configuration of criminal category of "type", being forgotten in the other categories, observing that the victim to criminal law, as an instrument of social pacification, is relevant, but to criminal policy, it's only considerate the injury in its social level, not the injury actually suffered.*

**Key words:** *Criminal policy; self control of danger; norm's sphere of protection; teleological rational functionalism.*

## 1. INTRODUÇÃO

No Brasil, os acidentes de trânsito correspondem a 7ª maior causa de mortes<sup>1</sup>, sendo setor com especial regulamentação e objeto de diversas análises quanto à atribuição de responsabilidade civil e penal. Deste modo, parece pouco promissora a proposta do presente trabalho, particularmente no que se refere à compreensão dos elementos que compõe a chamada "imputação

---

<sup>1</sup> Os números referentes ao ano de 2013 foram publicados no relatório da OMS, disponível em: [http://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/road\\_safety\\_status/2015/en/](http://www.who.int/violence_injury_prevention/road_safety_status/2015/en/), visualizado em 09.06.2016.

objetiva”. Contudo, qual a relevância da vítima na dogmática penal? Em razão de todo o debate já existente sobre os crimes de trânsito, trazer sobre estes um novo olhar, por outro ângulo, ressurge como campo fértil e necessário de análise.

Por esta razão, o presente trabalho pretende explorar a inserção do conceito de risco na dogmática-penal, sua inclusão no modelo de imputação de responsabilidade, seu reflexo sobre a atuação da vítima e seu papel quando da verificação do resultado indesejado pela norma penal. Pelo recorte temático, apresentam-se dois casos com a intenção de discutir e compreender a aplicação dos institutos. Concluída a construção por este novo viés, questiona-se sua viabilidade, coerência e completude, para enfim lançar um novo olhar sobre a dogmática: há coerência entre a importância da vítima na atribuição de responsabilidade penal e o espaço que esta recebe no processo? Sua resposta deriva então de uma compreensão das políticas criminais que pautam ambos os ramos, material e processual.

## **2. RISCO EM DIREITO PENAL: POSSÍVEL LEITURA DOGMÁTICA**

A definição formal de delito é bastante abstrata, sendo necessário ao direito penal observar fenômenos culturais<sup>2</sup> como a globalização para compreender o comportamento e as necessidades humanas de proteção à convivência. Como destaca Aller, a necessidade de análise jurídico-penal do risco<sup>3</sup> e sua aplicação aos mecanismos de imputação foram observadas, inicialmente, por Jürgen WOLTER (1981), Dietrich KRATZSCH (1985) e Wolfgang FRISCH (1986), todos anteriores aos estudos sociológicos de Ulrich Beck (1986) e Luhmann (1991), aos quais se seguiram os estudos de Claus ROXIN (1992), Cornelius PRITTWITZ (1993), Günter STRATENWERTH (1993), Lothar KUHLEN (1994) e Bernd SCHÜNEMANN (1995)<sup>4</sup>. Neste período, o risco passa a integrar os manuais de direito penal e se passa a discutir a individualização do risco, tanto com relação à sua origem, quanto com relação à sua concretização no resultado.

De acordo com Martin Voss, os estudos de Ulrich Beck levantaram uma distinção entre perigo e risco que foi levada aos debates em língua alemã por

---

<sup>2</sup> ALLER, La sociedad del riesgo, p.8, In: Co-responsabilidad social, Sociedad del Riesgo y Derecho penal del enemigo, Montevideo, Carlos Álvarez-Editor, 2006.

<sup>3</sup> Muitos autores tendem a utilizar os termos risco e perigo como sinônimos. Ao tratar deste tema, Greco admite a distinção entre ambos, contudo não a considera de relevante para a análise que realiza sobre a imputação objetiva, utilizando-os como sinônimos. Ver: GRECO, “Um panorama da teoria da imputação objetiva”, p.21, Lumen Juris, 2007.

<sup>4</sup> ALLER, La sociedad del riesgo, p.28 e ss, In: Co-responsabilidad social, Sociedad del Riesgo y Derecho penal del enemigo, Montevideo, Carlos Álvarez-Editor, 2006.

Evers e Nowotny, endossados em seguida por Niklas Luhmann<sup>5</sup>. Em sua obra “Risco: uma teoria sociológica”, Luhmann explica que o oposto de risco não é segurança ou certeza, de modo que a diferença entre risco e perigo seria sua origem, a saber, o risco configura a possibilidade de dano pelo próprio sistema, enquanto o perigo seria a possibilidade de dano pelo ambiente em que este se insere<sup>6</sup>. Neste sentido, Alexis Couto de Brito argumenta que o aumento do controle humano sobre os efeitos naturais acaba por transformar perigos em riscos, ou seja, se o perigo independe da atuação do sistema social, o surgimento de instrumentos que permitem administrar seus efeitos instigam o perigo e dá vazão ao risco de prejuízo se não for assim utilizado<sup>7</sup>. A título de exemplo, os raios representavam um perigo às sociedades, mas com a invenção de instrumentos de proteção, a não utilização dos mesmos se apresenta como um risco. Como exemplo no direito penal, os crimes de perigo são aqueles em que a conduta típica é prévia a conduta danosa em si, que pode nem vir a existir; a prognose do risco, como será visto a frente, na imputação objetiva, deriva da compreensão da necessidade de uso ou evitação do uso de determinados instrumentos. Um exemplo concreto, o porte de arma sem autorização configura um crime de perigo, enquanto a realização de um disparo em direção a outra pessoa configura a realização de um risco não permitido.

Particularmente nos estudos de Prittwitz, em 1993, apresentaram-se críticas aos conceitos de risco e perigo como defendidas por Ulrich Beck, consideradas vagas e políticas. Ao analisar os processos de criminalização e a política criminal desenvolvida, Prittwitz criticou a conveniência de um direito penal do risco. Ao demonstrar a evolução do medo e da insegurança social ao longo do século XX, restou clara ao autor uma aparente necessidade de responsabilização de terceiros, cujo efeito negativo seria a desnaturalização do injusto e a total violação do fortuito<sup>8</sup>. A esta posição crítica, pode-se somar a contribuição de Stratenwerth, Kuhlen e Schünemann, que se opõem ao discurso de uma sociedade do risco, atribuindo a este uma falta de consistência e unidade, de modo que a análise do risco pelo direito penal (que os autores chamam de direito penal de perigo) traria uma tutela meramente simbólica, deixando em segundo plano, de forma abstrata a proteção de bens jurídicos, sem assegurar a configuração atual da sociedade<sup>9</sup>.

Tendo em vista o desenvolvimento histórico, Renato de Jorge Mello Silveira compreende que os riscos da atividade econômica possuem dimensão

---

<sup>5</sup> VOSS, “Towards a reopening of risk societies – a contribution to the debate on risk and danger”, p.5, disponível em: <https://www.kent.ac.uk/scarr/events/finalpapers/martin%20voss.pdf>, em 07.07.2016.

<sup>6</sup> LUHMANN, “Risk: a sociological theory”, p.138 e ss, Walter de Gruyter, 1993.

<sup>7</sup> BRITO, “Imputação objetiva”, p.75 e ss, Atlas, 2015.

<sup>8</sup> ALLER, La sociedad del riesgo, p.36, In: Co-responsabilidad social, Sociedad del Riesgo y Derecho penal del enemigo, Montevideo, Carlos Álvarez-Editor, 2006.

<sup>9</sup> Ibidem, p.38.

sem paralelos, aliados à função crucial exercida pelo subsistema econômico no desenvolvimento social, de modo que o hodierno direito penal econômico atua sobre interesses supraindividuais, sendo determinante para o desenvolvimento de uma política econômica nacional, ainda que não legitime abusos legislativos ou por parte do judiciário<sup>10</sup>. Em outras palavras, a configuração da sociedade atual não apenas exige uma avaliação do risco, como uma reflexão sobre a política criminal adotada, sobre o bem jurídico que visa proteger, sem abandonar uma visão sistêmica e coerente das categorias do delito.

## 2.1 A IMPUTAÇÃO OBJETIVA EM CLAUS ROXIN

O tipo penal tem, para Roxin, três funções, a saber: a) garantidora, sendo primeiro pressuposto da punibilidade; b) reguladora das possibilidades de erro; c) sistemática, pois carrega elementos de ação e antijuridicidade. Visando alcançar tais elementos na análise dos fatos, desenvolveu-se a teoria da imputação objetiva. Esta teve início com os estudos de Larenz e Honig, com objetivo de desenvolver o nexo de causalidade dentro do tipo penal<sup>11</sup>.

A partir das bases sociológicas brevemente apresentadas anteriormente, articula Roxin uma estrutura semelhante, embora mais complexa e sensível, aos critérios de conduta humana e resultado unidos pelo nexo de causalidade<sup>12</sup>. A análise da criação de um risco, sendo este não permitido, cujo resultado seja a concretização do risco, como previsto no tipo, no âmbito da norma<sup>13</sup>, segue uma mesma orientação, buscando elementos muito distintos nos casos práticos. Evidentemente, a análise proposta pela imputação objetiva lança critérios claros, normativos, capazes de medir de forma completa a disposição do “agir conforme a norma”, habilitando-se ainda para condutas muito mais complexas. Nas palavras de Schünemann, a imputação objetiva é a consequência direta das exigências funcionais e garante substrato suficiente para deslegitimar uma sanção que não alcance os fins preventivos<sup>14</sup>.

Portanto, Roxin delimita, no elemento objetivo do tipo, o desvalor da ação e o desvalor do resultado, notadamente normativos<sup>15</sup>, permeados pelo conceito de reprovabilidade, elemento valorativo. Sobre estes, Muñoz Conde argumenta que a frustração de expectativas, por esta perspectiva dupla, busca delimitar um juízo valorativo sobre a conduta proibida e um juízo valorativo sobre a

---

<sup>10</sup> SARCEDO, “Política-criminal e crimes econômicos: uma crítica constitucional”, p.130, Alameda, 2013.

<sup>11</sup> SALVADOR NETTO, “Tipicidade penal e sociedade do risco”, p.137, Quartier Latin, 2006.

<sup>12</sup> SCHÜNEMANN, “El propio sistema de la teoría del delito”, p.15 e ss, Revista para el Análisis del Derecho, Madrid, jan. 2010.

<sup>13</sup> ROXIN, “Estudios de direito penal”, p.104, Marcial Pons, 2008.

<sup>14</sup> SCHÜNEMANN, “El propio sistema de la teoría del delito”, p.16, Revista para el Análisis del Derecho, Madrid, jan. 2010.

<sup>15</sup> SALVADOR NETTO, “Tipicidade penal e sociedade do risco”, p.141, Quartier Latin, 2006.

consumação do fato<sup>16</sup>. Greco argumenta que a observação do desvalor do resultado advém da necessidade do direito reiterar o motivo pelo qual comanda a abstenção de determinada conduta, contudo destaca o princípio da proteção de bens jurídicos e a prevenção geral negativa justificam as relações entre desvalor do resultado e desvalor da ação<sup>17</sup>.

Apenas a título de destaque, a imputação objetiva proposta por Roxin não retira a necessidade de analisar o elemento subjetivo do tipo. Semelhantemente, uma concepção de dolo independente da consciência da antijuridicidade formal é inconcebível para o autor. Dessa forma, uma teoria da culpabilidade entra em contradição insolúvel se aceitasse um tipo penal formado somente por deveres jurídicos, o que tornaria o injusto isolado na sistemática do delito, ainda que se reconheça que todas as circunstâncias determinantes do injusto tem caráter descritivo<sup>18</sup>. Em suma, Roxin observa deveres que fundamentam a antijuridicidade, mas a qualificação do fato como doloso depende da voluntariedade da não evitação do resultado a que está obrigado, estando dispensado caso não tenha conhecimento da situação, que não se confunde com o erro que incide sobre o conhecimento do dever<sup>19</sup>.

## **2.2 CRÍTICAS À SISTEMÁTICA DO DELITO NO FUNCIONALISMO RACIONAL-TELEOLÓGICO**

Ao pensamento apresentado, deve-se destacar fragilidades. Apesar de sua coerente fundamentação no pensamento de Ulrich Beck e Niklas Luhmann, com atenção ao risco, diversas são as críticas feitas ao fato de ainda fundar a sanção penal na proteção de bens jurídicos, de modo que, como pontua Figueiredo Dias, a abstração do risco na teoria do delito acaba por desnaturar as fronteiras da intervenção penal, chegando a legitimar um direito penal de perigo<sup>20</sup>. A tal crítica, justifica-se que uma aplicação político-criminalmente orientada, como será apresentada a seguir, possui mecanismos suficientes para conter exageros.

Uma segunda crítica constante questiona a coerência de análises causais, normativas e volitivas no âmbito do tipo penal. Quanto a isto, resta claro que a teoria do delito se ocupa da compreensão total da conduta, sendo a imputação objetiva, enquanto juízo normativo, elementar para a conexão entre o fato gerador e a vontade do agente, enquanto a manutenção dos juízos anteriormente existentes é imprescindível para que não haja um mero juízo valorativo, permitindo ao tipo penal cumprir suas funções dentro da teoria do delito.

---

<sup>16</sup> MUÑOZ CONDE, “Introducción al Derecho penal”, p.64, Cézar Fraria Editor, 2001.

<sup>17</sup> GRECO, “Um panorama da teoria da imputação objetiva”, p.93, Lumen Juris, 2007. A proteção de bens jurídicos e a prevenção geral negativa nada mais são que a reprovabilidade (juízo valorativo) exercida sobre o desvalor da conduta e o desvalor do resultado.

<sup>18</sup> ROXIN, “Teoría del Tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico”, p.211 e ss, Depalma, 1979.

<sup>19</sup> Ibidem, p.225.

<sup>20</sup> DIAS, “Questões fundamentais de direito penal revisitadas”, p.72, Revista dos Tribunais, 1999

### 3. A VÍTIMA NA DOGMÁTICA PENAL

Diante de todo o apresentado, sendo a imputação objetiva uma análise normativa dos desvalores da conduta e do resultado, resta analisar o papel da vítima em ambas as categorias a partir de duas perguntas: a) na prognose do risco, há gestão relevante do risco pela vítima?; b) como é recebido pela vítima o resultado do risco sobre a mesma?

#### 3.1 A GESTÃO RELEVANTE DE RISCO PELA VÍTIMA

Acerca da gestão de risco pela vítima, alguns autores afirmam que nem sempre esta se comporta apenas como sujeito passivo<sup>21</sup>, ainda mais quando o que se está a analisar são os delitos de trânsito, cujas responsabilidades são fluidamente compartilhadas entre os distintos atores. Situações assim estão presentes no dia a dia de cada um de nós. A vida moderna exige uma maior mobilidade e uma otimização do tempo, de modo que, muitos de nós ou quase todos, necessitamos nos locomover de maneira mais rápida, para tanto, utilizamos de veículos (transportes públicos ou particulares) e assim, potencializamos os riscos tendo em vista tal situação somada a elementos como a falta de atenção, a pressa, a falta de paciência, a irritabilidade causada pelo barulho, poluição, falta de tempo, entre tantos outros fatores. O delito de homicídio em direção de veículo automotor assume, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a modalidade culposa, ou seja, ocorre por imperícia, negligência ou imprudência<sup>22</sup>, e de forma apressada se pode logo atribuir responsabilidade criminal, esquecendo-se do comportamento anterior do indivíduo com quem o réu compartilhava a via<sup>23</sup>, para o qual a Vitimodogmática insere a ideia de autocolocação em risco<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Assim, segundo SILVA SANCHEZ: "(...) la Victimología ha mostrado que la víctima no es siempre un mero objeto pasivo sobre el que 'casualmente' recae el delito, sino que en ocasiones este es producto de una cierta interacción entre el autor y ella misma". SILVA SANCHEZ, Jesús-María. La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la "victimo-dogmática". Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 9, nº 34, abr/jun de 2001, p. 166.

<sup>22</sup> Mesmo nos casos em que o motorista conduza o veículo com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, artigo 302, §2º, do Código de Trânsito Brasileiro, apenas o regime inicial de cumprimento da sanção é alterado, passando a ser regime de reclusão e não detenção como no caput do art. 302.

<sup>23</sup> Neste sentido SILVA SANCHEZ: "(...) pero ha permitido afirmar de modo general que existen ciertas víctimas que contribuyen a la producción de la lesión del bien jurídico del que son titulares, pudiendo ser estimadas, en sentido amplio, al menos parcialmente corresponsables de tal lesión". SILVA SANCHEZ, Jesús-María. La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre La "victimo-dogmática". Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 9, nº 34, abr/jun de 2001, p. 166.

<sup>24</sup> Um bom exemplo acerca da autocolocação em perigo nos delitos de trânsito nos é dado por SILVA SANCHEZ: "En este mismo ámbito, la 'corresponsabilidad' de la víctima puede conducir a negar la imputación del resultado producido a la conducta del autor. Ahora bien, ¿cuándo puede hablarse de corresponsabilidad (Mitverschulden, en la terminología alemana)? Un ejemplo del derecho penal del tráfico

### 3.1.1 Apresentação do primeiro caso proposto: HC 147.250-BA do Superior Tribunal de Justiça.

Em março de 2010, o Superior Tribunal de Justiça julgou o HC 147.250-BA, tendo como relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura. O Habeas Corpus impetrado concedeu a ordem de trancamento da Ação Penal interposta em face do então paciente, pois considerou que não havia justa causa para a ação penal uma vez que a vítima teria se autocolocado em perigo e o então autor do fato teria guardado todos os deveres relativos a teoria da confiança, de modo que, tal situação excluiria a tipicidade da conduta<sup>25</sup>.

No caso em questão, a autora do acidente trafegava à velocidade aproximada de 40 km/h em um dia ensolarado quando veio a colidir com uma criança de 12 anos de idade. Segundo a denúncia do representante do Ministério Público a então autora deveria ter buzinado ou frenado, o que seria possível a essa velocidade. Porém, ao julgar o Habeas Corpus a relatora deixa claro que a própria denúncia descreve fatos atípicos que são infortúnios e o Direito Penal não cuida de infortúnios, mas sim de fatos típicos, ressaltando que casos fortuitos sequer autorizam a responsabilização subjetiva no âmbito do Direito Civil “que dirá no plano penal, ontologicamente subsidiário”<sup>26</sup>. Adentrando ao mérito, o julgado conclui que, tendo em vista a conduta da autora que guardava devidamente a velocidade indicada para o local do acidente, bem como sua conduta que atende de modo integral aos deveres da teoria da confiança, e ao analisar os pontos da perícia que demonstram que a criança teria se chocado com a porta lateral do carro “tem-se forte indicativo de que a suposta vítima, de inopino, teria vindo a se chocar contra o automóvel”<sup>27</sup>.

---

puede contribuir a esclarecerlo: el supuesto en el que la víctima del accidente de circulación provocado por la imprudencia de otro conductor no llevara ceñido el correspondiente cinturón de seguridad. En tal caso, las consecuencias sufridas no se imputarán en su totalidad al autor, porque se deben también a la imprudencia (omisión de medidas de autoprotección) cometida por la víctima”. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la “víctimo-dogmática”. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 9, nº 34, abr/jun de 2001, p. 171.

<sup>25</sup> “PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO. CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. AUTOCOLOCAÇÃO DA VÍTIMA EM PERIGO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECONHECIMENTO. 1. O fundamento da responsabilidade pelo crime culposo reside na violação do dever objetivo necessário nas circunstâncias. *In casu*, tendo o motorista respeitado todas as regras de trânsito, surgindo o transeunte, de inopino, na via, provocando o seu próprio óbito, mostra-se ilegal o processo crime pela suposta prática de homicídio culposo. Tem-se, a um só tempo, o emprego dos princípios da confiança e da autocolocação da vítima em perigo, o que, à evidência, exclui a tipicidade do comportamento do condutor. 2. Ordem concedida para trancar a ação penal 2575080/2009, em curso perante a 17.ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA” STJ, HC 147.250-BA, Min. Maria Thereza de Assis Moura, dj. 04.03.2010.

<sup>26</sup> STJ, HC 147.250-BA, Min. Maria Thereza de Assis Moura, dj. 04.03.2010

<sup>27</sup> STJ, HC 147.250-BA, Min. Maria Thereza de Assis Moura, dj. 04.03.2010.



O caso serve de referência para compreensão de outras situações e para demonstrar como é necessária sempre uma atualização dogmática frente o caso concreto.

### 3.1.2 A autocolocação em perigo da vítima

A autocolocação em perigo da vítima representa um avanço dogmático para a compreensão de situações como os acidentes de trânsito. É preciso entender que as relações humanas, assim como a Técnica, passaram por constantes transformações. Assim, o contexto em que nasceu o Direito Penal não mais existe, tipos como lesões corporais (leves ou graves), homicídios culposos, omissão de socorro, ganharam nova roupagem assim como a conduta humana capaz de realizá-los. Se o autor do fato, aquele que dá causa ao resultado, não é mais o mesmo, também a vítima não é mais a mesma. É preciso compreender a autocolocação em perigo da vítima atrelado à Teoria da Confiança<sup>28</sup>.

A vítima hoje ganha espaço dentro do Processo Penal brasileiro, mesmo que de modo tímido, por outro lado, em algumas situações estudos vitimodogmáticos apontam que nem sempre a vítima está inerte, pelo contrário, é possível observar seu comportamento e assim determinar se a responsabilidade pelo fato pode ser atribuída apenas ao autor da conduta delitiva<sup>29</sup>.

Nos acidentes de trânsito capazes de gerar danos à terceiros (homicídio ou lesões corporais) é preciso ter em mente não só a conduta daquele que conduz o veículo, mas também da vítima e seu comportamento. A falta de atenção, a pressa, a imprudência ao desrespeitar sinalizações como faixa de pedestre, semáforos, são fatores que podem contribuir para a ocorrência do fato danoso. O que significa dizer que, em alguns casos a vítima colabora ou pode mesmo dar causa ao resultado e assim, o condutor não poderia responder por qualquer tipo de dano, ou então apenas de modo parcial, tendo em vista o comportamento defeituoso da vítima<sup>30</sup> de modo que, as duas condutas devem

<sup>28</sup> Com referência a LUHMANN, “Confianza”, Universidad Iberoamericana, 1996.

<sup>29</sup> Para melhor esclarecer, SILVA SANCHEZ: “Frente a la postura moderada expuesta, un sector doctrinal pretende atribuir mayor relevancia al comportamiento de la víctima a la hora de determinar la responsabilidad penal del autor. La idea central de este planteamiento es la de entender que el ‘enfoque victimológico’, puesto en contacto con los principios generales inspiradores – y limitadores - de la intervención penal, puede conducir no sólo a una atenuación, sino incluso a una CPP total exención de responsabilidad del autor”. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la “victimodogmática”. Revista Brasileira de Ciências Criminas. Ano 9, nº 34, abr/jun de 2001, p. 173.

<sup>30</sup> JUAREZ TAVARES trata do princípio da autorresponsabilidade como um princípio capaz de limitar a imputação: “Salvo na hipótese de ação conjunta e vinculante, ninguém, em princípio, deve responder por ações defeituosas de terceiros. Ao invés, pode até mesmo confiar em que todos os demais atendam aos respectivos deveres de cuidado. Modernamente, está associado a esse dever o *princípio da autorresponsabilidade*, que é, na verdade, um critério de limitação da imputação e não, propriamente, de

ser analisadas – autor e vítima – para que então se possa chegar a um consenso minimamente racional e razoável.

A autocolocação em perigo da vítima, em alguns casos, pode ser vista como excludente de tipicidade<sup>31</sup>, como no caso brasileiro julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no HC 147.250-BA que analisamos. Quando a vítima se comporta de maneira imprudente (por exemplo, um motorista A assume a direção seu veículo embriagado e em alta velocidade, acima dos limites permitidos, um outro motorista B que não está na preferencial, para seu veículo no sinal de pare, observa que há uma boa distância entre ele e o outro veículo conduzido por A que está na preferencial e, como imagina que o motorista A que está na via preferencial obedece às regras de trânsito inicia a travessia do cruzamento, no meio do cruzamento, o motorista A em alta velocidade colide com o motorista B, mesmo o motorista A estando em via preferencial não é possível atribuir ao motorista B a responsabilidade pela colisão pois a imprudência do motorista A – alta velocidade e embriaguez – foi que determinou a colisão, pois o motorista B não teria como supor que o motorista A estava em alta velocidade e embriagado, assim, se o motorista A sofrer lesões ou vier a falecer, nada há conduta típica a se imputar ao motorista B), negligente (um motorista que conduz um veículo onde os passageiros do banco traseiro não utilizam cintos de segurança e que vem a se chocar com um veículo a sua frente que está parado, caso um dos passageiros sofra lesões ou venha a falecer, o motorista do veículo que estava à frente parado não pode responder por tais fatos, pois a negligência iniciou-se com o motorista do veículo que se chocou em sua traseira quando este não exigiu a utilização de cintos de segurança) ou imperícia estamos diante de situações de autocolocação em perigo da vítima, deste modo, não como responsabilizar alguém por uma conduta defeituosa não de sua parte, mas sim do terceiro que sofreu a lesão. Muitas vezes é o comportamento da vítima que acaba por determinar a ocorrência da lesão, de modo que, a vítima não pode ser vista como um sujeito totalmente passivo, mas sim como um dos atores dentro de situações como tais.

---

limitação do dever de cuidado”. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. integralmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 315.

<sup>31</sup> Neste sentido, CHAVES CAMARGO: “A autocolocação da vítima em perigo tem sido objeto de debates na dogmática alemã, pois a vítima do crime sempre foi relegada a segundo plano pela teoria do delito, tendo havido, nos últimos anos, seu redescobrimto pelas ciências penais. A relação entre bem jurídico e vítima determina estudos, com base na política criminal, de novos temas como a composição material, que elide o processo criminal, ou ainda o surgimento de um Direito Penal negociado. A solução dos problemas sobre a imputação da vítima no Direito Penal, tem nas teses que advogam a possibilidade de admitir-se sua autocolocação em perigo, uma excludente da tipicidade. Em sentido diverso há o movimento que prega a utilização dos institutos existentes para resolver os problemas relacionados com a autocolocação em perigo pela própria vítima. Sugere esta corrente a utilização da autoria mediata, a não punibilidade da participação imprudente ou a inexistência de uma posição de garantidor de terceiro para chegar à mesma conclusão sobre a impunidade nestes casos”. CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 182.

## 3.2 A CONCRETIZAÇÃO DO RESULTADO NO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA NORMA

Realizada a prognose do risco, deve-se observar que esta é apenas um dos elementos a serem observados durante a atribuição de responsabilidade. Um direito penal funcionalista, com base em Luhmann, deve estar aberto cognitivamente às expectativas sociais de uma sociedade do risco<sup>32</sup>, o que acaba por criar a necessidade de interpretar a partir da política criminal posta as finalidades do direito penal<sup>33</sup>. De forma simplificada, a forma como a sociedade está configurada cria normas específicas para cada caso que se pretende evitar, devendo a política criminal conter excessos e dirimir equívocos<sup>34</sup>. Para a pergunta “como é recebido pela vítima a concretização do risco”, deve-se analisar, na imputação objetiva, a atenção do direito penal à lesão sofrida.

### *3.2.1 Apresentação do segundo caso proposto: Acórdão da RP de 25.06.1997 – Processo n.9740226*

O segundo caso aqui proposto já foi analisado pela doutrina de forma bastante completa, de forma a trazer um desafio ainda maior ao se propor uma nova perspectiva, da vitimodogmática, sobre o mesmo. Em breves linhas, em junho de 1997 o Supremo Tribunal Português analisou um acidente automobilístico<sup>35</sup> no qual um motorista dirigia em velocidade superior à permitida na via em que transitava, com objetivo de ultrapassar outro veículo, que sem notar que era ultrapassado, invadiu a faixa ao lado, utilizada na ultrapassagem. Um dos passageiros deste segundo veículo veio a falecer em decorrência do incidente e ao motorista que ultrapassava se processou por homicídio. Ao analisar o caso, o tribunal português então concluiu pela absolvição do réu, por compreender que, ainda que a velocidade muito superior à permitida naquela via, realizando um risco não permitido, a norma jurídica que impõe tal limite, não foi pensada para abranger situações de ultrapassagem, mas de trânsito contínuo. Deste modo, poderia se falar em uma responsabilidade civil (indenização) e administrativa (multa), mas há espaço para a responsabilidade penal.

Neste processo, a conduta da vítima em nada influenciou os rumos do incidente, portanto não contribui enquanto uma de suas causas,

---

<sup>32</sup> Ver: PAOLLINI, “Algunos criterios de imputación en el moderno derecho penal empresario”, disponível em: [www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=12,625,0,0,1,0](http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=12,625,0,0,1,0), em 20/08/2015. De acordo com o autor, seria uma exigência do Estado de bem-estar social a proteção de bens jurídicos supraindividuais por meio de delitos de perigo e mera conduta, como se verá a frente.

<sup>33</sup> SALVADOR NETTO, “Tipicidade penal e sociedade do risco”, p.153, Quartier Latin, 2006.

<sup>34</sup> ROXIN, “Estudos de direito penal”, p.108 e ss, Marcial Pons, 2008.

<sup>35</sup> FIGUEIREDO DIAS, “Direito penal”, p.339, RT, 2005 – com referência ao Acórdão da RP de 25-06-1997, Proc. N.9740226.

diferentemente do primeiro caso apresentado. Porém, a conduta do réu perde sua relevância jurídico-penal por não ser abrangida pela interpretação das normas administrativas, não exatamente da norma penal em si, ainda que não se negue seu caráter lesivo.

### *3.2.2 Os efeitos da conduta lesiva atípica*

Quando a interpretação da norma limita o caráter penal de uma conduta, nada mais faz do que configurar um sistema penal, ou seja, definir sua competência no sistema social. Esta configuração comunica à sociedade que lesões de extrema gravidade podem não ter relevância penal<sup>36</sup>, em um juízo prévio a análise da vontade (dolo ou culpa), podendo ocorrer a absolvição sumária no processo penal brasileiro (art.415, IV, CPP).

À vítima, equivale dizer que tais fatos podem ocorrer, sem atribuir a esta deveres de autoproteção, delimitando uma nova gestão de risco, mas a consciência de que nem todo perigo pode ser administrado como risco. O infortúnio, o desastre, a “má-sorte” compõe uma margem de erro da organização da sociedade que não pode ser atribuído a um sujeito específico. Em âmbito cível e administrativo, podem repousar responsabilidades de indenizar e multas, com objetivo de amenizar a dor da vítima ou seus familiares, mas o direito penal, enquanto última razão, demanda uma filtragem cautelosa<sup>37</sup>.

Tal análise carrega em si a contradição ao falar da expectativa da vítima e seus familiares, que ao aguardar a atuação do direito penal que não ocorre. Pelo contrário, não se trata de uma contradição dogmática, mas a adequação de expectativas diante da adequação social de uma conduta, ainda que lesiva. Neste sentido, a dogmática não é apenas instrumento de interpretação, mas, como instrumento da política criminal, meio de pacificação social.

## **4. O PAPEL DA VÍTIMA NA DOGMÁTICA E SEU ESPAÇO NO PROCESSO: HÁ COERÊNCIA?**

Em seus estudos, Roxin, apoiado ao modelo de ciências penais global de Franz von Liszt, bem como rompendo a intransponível barreira entre a dogmática e a política criminal<sup>38</sup>, demonstra a necessidade de descartar o modelo filosófico do positivismo e incorpora ao seu sistema do risco, enquanto

---

<sup>36</sup> JAKOBS, “Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional”, p.26, Manole, 2003.

<sup>37</sup> Sobre isso, interessante análise de BRITO, “Imputação objetiva”, p.86 e ss, Atlas, 2015.

<sup>38</sup> ROXIN, “Estudos de direito penal”, p.131, Marcial Pons, 2008.

necessidade da sociedade atual, a oxigenação da dogmática pela constituição das relações sociais<sup>39</sup>.

Neste sentido, conforme já devidamente demonstrado em trabalho anterior<sup>40</sup>, não apenas o direito material deve compor o modelo de ciência penal global, juntamente com a política criminal e a criminologia, mas necessita o processo penal ser proporcional e coerente com os fins de política criminal buscados. No que se refere à vítima e seus familiares, meios alternativos de solução de conflitos já foram pensados para a criminalidade leve no âmbito dos juizados especiais criminais. Contudo, quanto ao procedimento ordinário e ao tribunal do júri, aplicáveis aos crimes contra a vida, a vítima segue como mera expectadora, tendo seu testemunho pouco valor probatório (não tem compromisso com a verdade) e com a fala processual reduzida a “auxiliar de acusação”. Familiares, por sua vez, embora testemunhas com compromisso com a verdade, pouco são considerados.

O que ocorre, portanto, é a polarização do processo, de modo que a vítima e seus representantes são postos em sentido oposto ao réu, estabelecendo-se que o ganho de um necessariamente representa a derrota de outro. A vingança privada, tão mencionada como primeira fase da vitimologia<sup>41</sup>, não foi encerrada, mas reduzida a posições burocraticamente formalizadas. O argumento da “autocolocação em perigo” perde seu valor analítico dos âmbitos de atuação privada, corrompido a mero “contragolpe”. A compreensão dos limites da previsão normativa, por sua vez, passa por impunidade do “mal feitor”. Em ambos os institutos acima discutidos, os critérios de interpretação da conduta que teriam por função a pacificação social, em razão do contexto processual construído, vem a se apresentar como falha do sistema judicial. A sede pela vingança de sangue não é aplacada. A revitimização não é evitada<sup>42</sup>.

Neste sentido, o processo litigioso carece de revisão quanto às posições de fala postas. Para tanto, fazem-se propostas, a saber: a) se o Ministério Público representa a sociedade cujas normas foram desestabilizadas, a vítima (ou seus procuradores, ou ainda sucessores) não pode atuar como “auxiliar de acusação”, mas como “parte interessada” (*shareholder*), devendo participar ativamente de cada ato processual, representada também por advogado; b) uma atuação do magistrado como mediador, que busca a pacificação pelo processo e não o acirramento de ânimos; c) sociedade, réu e vítima precisam, nas audiências, estar no mesmo nível, lado a lado, e equidistantes do magistrado, processualmente e fisicamente, especialmente no Tribunal do Júri; d) garantir,

---

<sup>39</sup> “Nada mais arbitrário que um tipo fechado que não considera as relações sociais que lhe outorgam razão de existência”. SALVADOR NETTO, “Tipicidade penal e sociedade do risco”, p.139 e ss, Quartier Latin, 2006.

<sup>40</sup> Sobre isso, ver: FERNANDES, “O processo penal como instrumento de política criminal”, Editora Almedina, 1995.

<sup>41</sup> SILVA-SÁNCHEZ, “La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito”, p.168 e ss., *RBCrim*, n.34, 2001.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p.175.

a qualquer momento, a permissão para a vítima pedir também pela absolvição, feita as devidas justificativas, de fato e de direito, e constatado não haver qualquer coação para tanto, seja em razão de compreender que não se trata de medida de justiça a condenação, seja pela concessão de perdão.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, são as principais ponderações do presente trabalho: 1) a inclusão da prognose do risco na análise do tipo penal advém não de uma inovação jurídica em si, mas de uma mudança de paradigma sociológico; 2) a autocolocação em perigo é a compreensão de que, diante das esferas de atuação privada, a conduta da vítima deve ser analisada e, caso juridicamente relevante, ser causa de diminuição da responsabilidade penal do réu ou sua desconfiguração por completo; 3) a análise da abrangência do tipo não possui critérios aplicáveis a todos os tipos penais, mas deriva de análise aprofundada das razões pelas quais a norma foi criada, bem como das expectativas sociais, a partir dos fins de política criminal; 4) a autocolocação em perigo é a prognose do risco da conduta da vítima, enquanto a análise da abrangência do tipo é o reconhecimento da existência de perigos; 5) para alcançar a pacificação de conflitos, o processo penal precisa deixar de ser conflituoso em si, colocando vítima e agressor sempre em lados opostos, quando não raras vezes o que ocorre é cumplicidade<sup>43</sup>.

De fato, a vitimodogmática traz ao direito penal instrumentos ainda mais complexos para interpretar as condutas lesivas apresentadas pela sociedade, porém sua viabilidade e eficácia estão intrinsecamente vinculadas a incorporação de uma política criminal coerente, que se enraíze por todo o direito penal material e processual, alimentado por análises constantes e reflexivas de uma criminologia engajada com a pacificação de conflitos sociais.

---

<sup>43</sup> Exemplar o passageiro de veículo automotor que tem consciência da embriaguez do condutor, ou que incita a condução temerária do veículo. Nos demais campos de atuação do direito penal, pode-se ainda pensar outros tipos penais em que ocorre a cumplicidade, como o auxílio ao suicídio (art.122, CP) e o tráfico de pessoas (art.231 e 231-A).

# CAMINHOS PARA A REPARAÇÃO DAS VÍTIMAS DA DITADURA MILITAR NO BRASIL

JÉSSICA RAQUEL SPONCHIADO

*Doutoranda pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP). Mestra pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista (Unesp-Franca)*

NATHÁLIA REGINA PINTO

*Mestra pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP)*

THEUAN CARVALHO GOMES DA SILVA

*Mestrando em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista (Unesp-Franca)*

**RESUMO:** O presente estudo tem como objetivo enfrentar a questão da justiça de transição no Brasil, notadamente quanto à reparação das vítimas da ditadura militar. Os caminhos que se apresentam perpassam pelo uso simbólico do direito penal, pela restauração da memória e da verdade, bem como pela reparação às famílias das vítimas de crimes cometidos pelos militares durante a ditadura. Com efeito, a teoria da pena parece ter dificuldades de encontrar justificativas para fundamentar o uso do direito penal contra os militares, notadamente, no que se refere ao tema das finalidades preventivas da pena, recaindo, portanto, apenas em fundamentos retributivos. Sendo assim, mais especificamente, os caminhos de restauração da memória e da verdade, bem como de reparação das vítimas, parecem ser mais adequados. A hipótese, portanto, está em debater o uso do direito penal em face de outras medidas de justiça de transição. Com efeito, deste debate podemos extrair algumas propostas para o atual contexto de revisão da história recente do país, voltadas, sobretudo, para as vítimas e seus familiares. Para se alcançar esta análise pretendida, o método que se apresenta como o mais adequado é o da revisão bibliográfica, sem, contudo, ter ambição de esgotar a matéria, dada a complexidade do tema e o limite deste trabalho.

**Palavras-chave:** vítimas; ditadura militar; reparação; justiça de transição.

**ABSTRACT:** *The present study has as purpose to address the issue of transitional justice in Brazil, especially in terms of compensations to the victims of military dictatorship. The ideas put forward pass through the symbolic use of criminal law, through the efforts of remembering and establishing the truth, as well as the reparation to the family of the victims*

*of crimes committed during the military government. In effect, the model of the theory to convict seems to have difficulty to find reasons to justify the use of criminal law against military officers, when it comes to the issue of preventive measures in the application of penalties, only falling upon retributive arguments. Therefore, more specifically, the path of restoration of memory and truth and the reparation of victims appear more appropriate. So the hypothesis remains in the discussion of the use of criminal law in the light of other measures related to transitional justice. In fact, from this debate we should draw some important proposals to the present political context in Brazil mainly directed to the victims and their relatives. To achieve this aim, the most appropriate method is a bibliographical review, without, however, any claim to completeness, considering the complexity of the issue and the limitation of this research.*

**Keywords:** *victims; military dictatorship; reparation; transitional justice.*

## INTRODUÇÃO

Justificadas como a única saída para a proteção da sociedade contra a influência das ideias vindas de Cuba e da URSS, as ditaduras implantadas na América Latina desenvolveram diferentes características no seu combate a um inimigo comum. Enquanto na Argentina, por exemplo, havia uma preocupação quase que biológica com a questão do comunismo, utilizando-se dos desaparecimentos forçados e das perseguições a familiares dos chamados subversivos, no Brasil, assim como no Uruguai, foram implantados centros oficiais de torturas, que abusavam das prisões injustificadas e das violações de direitos humanos como forma de conseguir as informações necessárias e desejadas pelo sistema repressor. O presente artigo busca traçar um panorama comparativo inicial sobre as características de países vizinhos, suas realidades, e as formas com as quais definiram suas políticas de transição, bem como apresentar argumentos e interpretações trazidos por diferentes tribunais superiores.

### 1. AS DITADURAS NA AMÉRICA LATINA

Conforme afirma Marcelo Godoy, sabe-se “que é comum, na memória militar do período, justificar-se torturas e assassinatos com os argumentos do mal menor, do estado de necessidade, da eficácia dos métodos e da realidade da guerra que se tratava”<sup>1</sup>. Os países latinoamericanos seguiram, de certa forma, o mesmo roteiro: crises institucionais e problemas econômicos favoreceram a tomada de poder por parte dos militares e estes mesmos problemas os

---

<sup>1</sup> GODOY, Marcelo. *A Casa da Vovó: uma biografia do DOI-CODI (1969-1991), o centro de sequestro, tortura e morte da ditadura militar*. 2.ed. São Paulo: Editora Alameda, 2014. p.518.



enfraqueceram, criando espaços para a retomada dos governos eleitos de forma democrática.

Na Argentina, o recesso econômico e o desgaste provocado pela derrota na Guerra das Maldivas, em 1982, foram fatores determinantes para a queda do prestígio do regime. Importante ressaltar que a Argentina mostrou-se como o país com maior foco no esclarecimento dos fatos ocorridos. Entretanto, algumas leis como a *Ley de Pacificación Nacional* (22.09.1983), *Ley de Punto Final* (24.12.1986) e *Ley de Obediencia Debida* (09.06.1987) trouxeram dificuldades para um movimento de transição e reparação, uma vez que anistiavam não somente aqueles que tivessem cometido delitos com finalidade subversiva, em sua maioria mortos pela repressão, mas asseguravam, sobretudo, a impunidade dos militares envolvidos com estas mortes<sup>2</sup>.

Em 2005, no caso *Simon, Julio Hector y otros s/privación ilegítima de la libertad*, a Suprema Corte Argentina declarou a inconstitucionalidade das leis de *Punto Final* e *Obediencia Debida*, reconhecendo que a institucionalização de políticas violadoras de direitos fundamentais seriam um sinal da violação do próprio Estado de Direito. Seria dever do Estado assegurar o respeito aos direitos humanos, combater a impunidade e garantir o direito à verdade e à justiça às vítimas e seus familiares. Na ocasião, o então Ministro Eugenio Raúl Zaffaroni entendeu que as normas internacionais fariam parte do direito interno, e que assegurar eficácia às leis de Anistia seria um ilícito internacional passível de condenação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No também vizinho Uruguai, no ano de 1973, com a vitória de Juan Maria Bordaberry, a repressão e o enfraquecimento das instituições democráticas uruguaias foram intensificados<sup>3</sup>. Em razão do pequeno tamanho do país e de sua população, os militares conseguiram controlar todos os aspectos políticos e sociais da sociedade<sup>4</sup>. Absortos pelo poder, os militares uruguaios foram surpreendidos pela derrota no plebiscito realizado em 1980, no qual a população foi consultada sobre a continuidade do regime militar<sup>5</sup>. Tal resultado veio acompanhado de uma intensificação dos movimentos sociais, que demandaram dos militares a realização de um acordo com os partidos políticos, negociando o retorno à democracia, no que ficou conhecido como o *Pacto do Clube Naval*<sup>6</sup>, quando foram agendadas as eleições diretas para o ano de 1984.

Em um momento de transição, a chamada *Ley de Caducidad* trouxe anistia para todos os delitos políticos, comuns e militares conexos, cometidos a partir

---

<sup>2</sup> NOVARO, Marcos; PALERMO, Vicente Silva. *A ditadura militar argentina 1976-1983 do golpe de Estado à restauração democrática*. São Paulo, Edusp, 2007. p. 670.

<sup>3</sup> HERRERA, Nicolás Ariel. *La dictadura uruguaya: 1973-1985*. Uruguai: ZonaLibro, 2014. p. 84.

<sup>4</sup> LESSA, Francesca. *¿Justicia o impunidad? Cuentas pendientes en el Uruguay post-dictadura*. Uruguai: ZonaLibro, 2014. p. 60.

<sup>5</sup> HERRERA, Nicolás Ariel. *op.cit.* p. 165.

<sup>6</sup> LESSA, Francesca. *op.cit.* p. 71.

do dia 1º de janeiro de 1962. Esta lei deixou sob o poder do Executivo as investigações sobre os desaparecimentos ocorridos durante o regime militar<sup>7</sup>. Pela falta de investigação dos crimes e violações cometidas no período ditatorial, o Uruguai foi condenado, na década de 90, por organismos internacionais. No caso *Gelman v. Uruguai*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu pela carência de efeitos jurídicos da *Ley de Caducidad*, uma vez que seus preceitos restavam incompatíveis com a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, não sendo legítima, desta forma, diante do direito internacional. Entretanto, em 2011, a Corte Suprema Uruguia considerou que os crimes realizados no regime militar não configuravam crimes contra a humanidade e, portanto, estariam, de fato, sujeitos à prescrição<sup>8</sup>.

No Chile, quando o golpe militar de 1973 completaria 41 anos, o governo de Michelle Bachelet anunciou que pretende anular a Lei de Anistia promulgada pelo ditador Augusto Pinochet, em 1978. No Congresso chileno, tramita um projeto de lei, desde 2006, que busca anular os primeiros artigos da legislação e a medida estabelecida pelo governo Bachelet “permitirá abrir processos que a Justiça considerava extintos e julgar os que se beneficiaram da lei”<sup>9</sup>.

Recentemente, em julho deste ano, o Tribunal Constitucional de El Salvador também declarou a inconstitucionalidade de sua Lei de Anistia (*Ley de Reconciliación Nacional*), decretada após o fim da violenta guerra civil que durou de 1979 a 1992<sup>10</sup>. A Suprema Corte determinou a relevância de Pactos e Convênios Internacionais de Proteção a Vítimas, bem como os direitos destas ao acesso à Justiça, à tutela judicial e o direito à reparação integral das vítimas dos crimes de lesa-humanidade e crimes de guerra. Assim, a extensão objetiva e subjetiva da Anistia foi entendida contrária ao direito de proteção aos direitos fundamentais, uma vez considerado o funcionamento automático das estruturas armadas e um aparato organizado de poder, no qual é claramente visível a hierarquia de comando.

---

<sup>7</sup> LESSA, Francesca. *op.cit.* p. 84.

<sup>8</sup> SCHALLENMUELLER, Christian Jecov; NEVES, Raphael Cezar da Silva; QUINALHA, Renan Honorio. *A tensão entre soberania popular e direitos humanos: estudo de caso da justiça de transição uruguaia*. In: PIOVESAN, Flavia (coord.); SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). *Direitos Humanos Atual*. 1.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.p.469.

<sup>9</sup> MONTES, Rocio. *Bachelet anuncia a anulação da Lei de Anistia promulgada por Pinochet*. El País, 11 de setembro de 2014.

<sup>10</sup> CUNHA, João Flores da. *Suprema corte de El Salvador considera inconstitucional Lei de Anistia*. Instituto Humanitas Unisinos, 18 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/557800-suprema-corte-de-el-salvador-considera-inconstitucional-lei-de-anistia->. Acesso em 18 de agosto de 2016.

## 1.1 A REALIDADE BRASILEIRA

Por sua vez, no Brasil, uma das características da ditadura é que, durante toda sua duração, tentou-se dar “ares de legalidade” às perseguições, violações de direitos e demais condutas perpetradas pelos militares, havia uma necessidade de justificar o que era feito e decidido, caracterizando-a como uma ditadura administrativizada. Conforme afirmam Luciana Boiteux e Rubens Casara, “o Brasil construiu um arcabouço legislativo e administrativo” que foi amplamente utilizado para a “neutralização da oposição política”<sup>11</sup>.

Seu resultado foi uma lei de Anistia cuja interpretação é baseada no que o professor Vladimir Safatle explica como sendo a “teoria dos dois demônios”, um “malabarismo teórico de quem acredita que ‘excessos’ foram cometidos dos dois lados e que, por isso, melhor seria deixar o passado no passado”<sup>12</sup>. Renan Quinalha traz que tal teoria teve suas primeiras discussões nas décadas de 70 e 80, na Argentina, como crítica a uma justiça seletiva que buscava interpretar de forma equivalente a violência institucional perpetrada pelo Estado com as práticas de resistência. Sua característica principal é “utilizar a ação armada dos grupos opositores como antecedente e justificativa para a repressão organizada do Estado”<sup>13</sup>.

O art.1º, da Lei 6.683/79, concedeu anistia a todos aqueles que tivessem cometido crimes políticos ou conexos com estes<sup>14</sup>, praticados por motivações políticas, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. No período ditatorial, o Brasil teve cerca de 25 mil prisões, muitas certamente ilegais, como pode-se observar em documentos presentes nos arquivos do DEOPS. Desta forma, entender a lei de Anistia como um pacto pela redemocratização do país, enquanto o lado visto como subversivo já sofreu as graves consequências de um estado autoritário, pode perpetuar uma cultura de violência e banalização das violações dos direitos humanos.

A lei 9.140/95 reconheceu como mortas, “para todos os efeitos legais, as pessoas que tenham participado, ou tenham sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 02 de setembro de 1961 a 05 de outubro de 1988 e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos,

---

<sup>11</sup> BOITEUX, Luciana; CASARA, Rubens. *Autoritarismo, Democracia e poder judiciário no Brasil*. Disponível em: [http://www.clasco.org/megafon/pdf/Megafon6\\_articulo1\\_Democracia\\_Poder.pdf](http://www.clasco.org/megafon/pdf/Megafon6_articulo1_Democracia_Poder.pdf). Acesso em 17 de agosto de 2016.

<sup>12</sup> SAFATLE, Vladimir. *Dois demônios*. Folha de São Paulo, 11 de janeiro de 2011.

<sup>13</sup> QUINALHA, Renan Honório. *Com quantos lados se faz uma verdade? Notas sobre a Comissão Nacional da Verdade e a “teoria dos dois demônios”*. Revista Jurídica da Presidência Brasília. v. 15. n. 105. Fev./Mai. 2013. p.187 e ss.

<sup>14</sup> Se considerada a compreensão de que os crimes políticos seriam aqueles que afetariam, de forma objetiva, a ordem vigente e o regime de sustentação do Estado, ficariam excluídos os servidores que realizaram as violações como forma de manter em vigor a sua manutenção e valores. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor; FELIPPE, Kenarik Boujikian. *Lei de Anistia: com a palavra o STF*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v.17, n.205, p.2-4, dez.,2009.

achando-se desde então, desaparecidas, sem que delas haja notícias. Previa, ainda, uma indenização a ser paga como compensação pelos danos causados pelo uso discricionário do poder e pelas violações de direitos humanos causados durante o regime militar<sup>15</sup>.

Em 2005, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ADPF 153/DF, declarando a legitimidade da Lei 6.683/79 e sua importância no processo de redemocratização do país. Analisando alguns questionamentos trazidos pelos ministros, temos que o Ministro Cezar Peluso afirmou que o reconhecimento da referida lei não significaria apagar o passado, não vindo como ela impediria o acesso a informações atinentes à atuação dos agentes da repressão entre os anos de 61 e 79. A ministra Carmen Lúcia seguiu pelo entendimento de que a lei contara com a participação da sociedade civil, órgãos e entidades civis.

Dissidente, o ministro Ricardo Lewandowski entendeu pelo caráter permanente dos sequestros realizados pelos agentes do governo e que a lei não trouxera a previsão de anistia aos agentes do Estado que haviam praticado crimes comuns contra os opositores do regime de exceção. No mesmo sentido, trouxe à discussão o fato do Brasil ser signatário de diversos tratados internacionais, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Para o ministro, a interpretação deveria ser realizada nos casos concretos, observando-se o princípio da motivação e da atrocidade dos meios.

Em texto escrito à Folha de São Paulo, em dezembro de 2004, o coronel e ex-ministro Jarbas Passarinho chegou a afirmar que os excessos cometidos pelas práticas repressivas e a demora da devolução do poder aos civis influenciaram o declínio da ditadura militar no Brasil<sup>16</sup>. Da mesma forma, o livro *A casa da vovó* explicita que excessos foram cometidos além do que desejavam os superiores hierárquicos daqueles que trabalhavam no DOI-CODI, por exemplo. O caso do jornalista Vladimir Herzog evidencia a falta de limites que reinava nos porões da ditadura e foi considerado um momento decisivo para a mudança da opinião pública em relação às técnicas de repressão utilizadas pelos militares<sup>17</sup>. Neste sentido, o ministro Ayres Brito explicou que as pessoas que foram além dos rigores do regime de exceção, acrescentaram tais horrores por conta própria e que, naquele momento delicado, o movimento civil clamava pela abertura democrática e não pela anistia dos crimes cometidos.

Seguindo esta interpretação, o Ministério Público Federal realizou uma pesquisa, em 2013, que resultou em 377 (trezentos e setenta e sete) nomes de

---

<sup>15</sup> MEZAROBBA, Glenda. *A verdade e o processo de acerto de contas do Estado brasileiro com as vítimas da ditadura e a sociedade*. In: PIOVESAN, Flavia (coord.); SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). *Direitos Humanos Atual*. 1.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 191.

<sup>16</sup> PASSARINHO, Jarbas. *Apogeu e declínio do ciclo militar*. Folha de São Paulo, 19 de dezembro de 2004.

<sup>17</sup> GODOY, Marcelo. *A Casa da Vovó: uma biografia do DOI-CODI (1969-1991), o centro de sequestro, tortura e morte da ditadura militar*. 2.ed. São Paulo: Editora Alameda, 2014. p. 467.

agentes do Estado que teriam cometido graves violações de direitos. Neste relatório, afirma-se que as leis de anistia, muitas vezes vistas como elementos de conciliação, podem, na realidade, se transformar em elementos inibidores do acesso à verdade, à justiça penal e à reparação<sup>18</sup>. Reiterou a importância dada às decisões de órgãos internacionais, considerando a teoria do prof. Andre de Carvalho Ramos, que entenderia por um duplo controle, nacional e internacional, dos direitos humanos. Focando especialmente na tese do *desaparecimento forçado como crime de sequestro permanente e não-exaurido*, como por exemplo na Ação Penal nº 0004204-32.2012.4.03.6181, contra Carlos Alberto Brilhante Ustra e Dirceu Gravina, pelo sequestro qualificado de Aluizio Palhano Pedreira, militante que, hipoteticamente, estaria privado de sua liberdade do dia 06 de maio de 1971 até a presente data.

Neste contexto, cumpre ressaltar as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos que vem, de forma reiterada, declarando inválidas as chamadas “leis de autoanistia” e cobrando um posicionamento mais forte em relação aos Estados e seus deveres de reparação e busca pela verdade. Tais caminhos serão comentados no último tópico deste trabalho.

## **2. POSSÍVEIS FINALIDADES DA PENA NO CASO DOS MILITARES QUE PRATICARAM CRIMES DURANTE A DITADURA**

Uma segunda questão a ser debatida se relaciona com os argumentos para legitimar a punição contra militares que praticaram crimes durante a ditadura. Adianta-se: parece não haver uma única resposta para essa questão. O ponto que se quer destacar se funda na crise de legitimidade da intervenção penal. A legitimidade do poder punitivo estatal enfrenta questionamentos e críticas por diversas razões. Ainda que pareça haver certo consenso quanto a necessidade de punição de militares que praticaram crimes durante a ditadura, continua sendo necessário o enfrentamento teórico da questão. Atualmente, duas são as principais linhas político-criminais sobre a legitimidade da sanção criminal: uma primeira, mais tradicional, que reconhece fundamentos legitimadores para o exercício do *jus puniendi*, amparada nas teorias declaradas da pena, que podem ser absolutas, relativas e/ou mistas; e uma segunda corrente, que deslegitima a intervenção penal estatal, numa perspectiva político-criminal abolicionista ou minimalista.<sup>19</sup>

Com efeito, a história do direito penal, ao menos desde Beccaria, é a história da racionalização e limitação do uso da violência pelo Estado. O direito

---

<sup>18</sup> MINISTERIO PUBLICO FEDERAL. *Crimes da Ditadura*: Relatório preliminar de atos de persecução penal desenvolvidos pelo MPF acerca de graves violações de direitos humanos cometidas por agentes do Estado durante a ditadura. Brasília, janeiro de 2013. p.10.

<sup>19</sup> QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*: parte geral. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 303

penal surge com a pretensão de ser o dique de contenção para o exercício do poder de punir. A obra dos *Delitos e Das Penas* encontra-se no contexto de limitar o poder do Estado para que este não intervenha na liberdade individual de maneira absoluta e desmedida. Os princípios introduzidos por Beccaria é legado histórico para racionalização do uso da violência estatal. Essas contribuições foram essenciais para frear, em alguma medida, o uso do poder absoluto pelo monarca. E desde então o direito penal vem sendo amarrado através de construções jurídico-dogmáticas que pretendem ser racionais, com objetivo de se evitar o uso desarrazoado e irracional do poder de punir. A teoria da pena é mais uma dessas amarras ao poder punitivo.

Como dito, dentre outras construções dogmáticas, a teoria da pena cumpre essa mesma função de legitimar ou não o uso da violência estatal, a aplicação ou não de uma sanção criminal. Nesse sentido, pergunta-se: qual poderia ser a finalidade da pena que legitimaria a intervenção penal contra militares que praticaram crimes durante a ditadura, notadamente quando já passados mais de 30 anos dos fatos? Algumas respostas se apresentam como possíveis para tal indagação, sendo certo que desaguarão, quase que inevitavelmente, nos discursos oficiais da teoria da pena.

Nesse sentido, o Código Penal brasileiro, em seu art. 59, adota a teoria eclética da pena. Isso porque, combinado com o art. 1º da Lei de Execuções Penais, pode-se extrair da legislação que no direito penal brasileiro a sanção penal tem como finalidades a prevenção geral positiva e negativa; a prevenção especial positiva e negativa; a reintegração social; e a retribuição.<sup>20</sup> Esse é o discurso oficial-dogmático da teoria da pena. Por outro lado, não se pode olvidar que existe um discurso crítico-criminológico dessa teoria, conforme sustenta Juarez Cirino dos Santos, que joga luz sob outras tantas finalidades não declaradas da sanção criminal<sup>21</sup>.

O advento dos estudos criminológicos críticos, que demonstraram a seletividade do direito penal<sup>22</sup> e o crime enquanto construção social<sup>23</sup>, bem

---

<sup>20</sup> Essa posição, quanto às finalidades da pena, é apontada na doutrina brasileira, dentre outros, por: NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral e especial*. 10. ed. São Paulo: GEN, 2014. p. 347; MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2010, v.1 p. 230. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v.1. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 148. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 419; GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Impetus, 2011. p. 474/473.

<sup>21</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 14

<sup>22</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 119.

<sup>23</sup> Nesse sentido: “[...] o fato central acerca do desvio: ele é criado pela sociedade. Não digo isso no sentido em que é comumente compreendido, de que as causas do desvio estão localizadas na situação social do desviante ou em “fatores sociais” que incitam sua ação. Quero dizer, isto sim, que grupos sociais criam desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio, e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como outsiders. Desse ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um “infrator”. O desviante é alguém

como a desconstrução das finalidades declaradas da pena e denúncia do uso do direito penal como forma de manutenção das relações força de trabalho/meios de produção<sup>24</sup>, são aportes necessários para melhor compreender as críticas deslegitimadoras da intervenção penal. O uso do direito penal contra militares que praticaram crimes durante a ditadura não pode fugir a este debate, sob pena de, em alguma medida, cair naquilo que Maria Lúcia Karam chamou de *esquerda punitiva*, isto é, na demanda por repressão contra a criminalidade não tradicionalmente selecionada pelo sistema de justiça criminal, desconsiderando-se as críticas inerentes a esse sistema.<sup>25</sup>

Com efeito, é necessário esclarecer previamente que até dentre as teorias da pena existem divergências, sejam nas teorias legitimadoras ou deslegitimadoras, absolutas, preventivas, mistas, dialéticas ou agnósticas. Conforme aponta Queiroz, pode-se dizer que “não existe, a rigor, uma teoria preventiva especial, mas diversas, cujos argumentos e postulados nem sempre coincidem entre seus partidários.”<sup>26</sup> Nesse mesmo sentido, pode-se citar como exemplo dessas divergências a posição singular de Ferrajoli quanto a prevenção geral negativa<sup>27</sup>, ou ainda, a posição particular de Jakobs quanto à prevenção geral positiva<sup>28</sup>. Sem desconsiderar as divergências existentes, para o objetivo ora pretendido opta-se por trabalhar com as ideias mais comumente aceitas pela doutrina quanto às finalidades da pena, conforme será apresentado a seguir.

Nessa linha, um primeiro argumento que poderia ser levantado em prol da punição dos militares seria amparado no caráter corretivo da pena. O cárcere teria como finalidade, portanto, recolocar o indivíduo na sociedade mais apto para o convívio, conforme pretende a teoria da prevenção especial positiva. Também não se olvida que aqui existe uma intensa crítica quanto as assim chamadas “teorias res” que, sem evidência empírica de êxito, propagam a

---

a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal.” In: BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Trad. Maria Lúcia X. de A. Borges. São Paulo: Zahar, 2014. p. 19

<sup>24</sup> Cf. “O processo de execução penal representado pelo sistema carcerário garante a matriz das desigualdades sociais a separação trabalhador/meios de produção – e reproduz a marginalização social, como qualificação negativa pela posição estrutural fora do mercado de trabalho e pela imposição superestrutural de sanções dentro do aparelho punitivo.” In: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Criminologia radical*. 2 ed. Rio de Janeiro: ICPC/Lumen Juris, 2006. p. 126

<sup>25</sup> KARAM, Maria Lúcia. A esquerda Punitiva. *Revista discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. n. 1, ano 1, 1º semestre 1996, Relume-Dumará, Rio de Janeiro, p. 79-92. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/a-esquerda-punitiva-por-maria-lucia-karam/> Acesso em: 14 ago. 2016

<sup>26</sup> QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 303

<sup>27</sup> FERRAJOLI, Luigi. *El derecho penal mínimo*. En Prevención y teoría de la pena. p. 25-48. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995. Disponível em: <http://ia600801.us.archive.org/18/items/Ferrajoli-1995-ElDerechoPenalMnimo/Ferrajoli-1995-ElDerechoPenalMnimo.pdf> Acesso em: 12 ago. 2016 p. 8

<sup>28</sup> JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 33

ortopedia moral através do aprisionamento para ressocializar, recuperar, reeducar e/ou reabilitar, submetendo a pessoa à prisão para tanto.<sup>29</sup> Soma-se, ainda, pesquisa empírica realizada em 2015 pelo IPEA em parceria com o CNJ, que concluiu que de cada 4 (quatro) presos no Brasil 1(um) volta a cometer crimes.<sup>30</sup> o que demonstra a baixa efetividade da “terapêutica penal”. Além disso, é preciso observar que a grande maioria dos militares que cometeram crimes durante a ditadura passaram os últimos 30 (trinta) anos adaptados ao convívio social – ao menos até onde se sabe. Portanto, parece não fazer sentido apenas os militares que praticaram crimes durante a ditadura militar no Brasil um “tratamento penal” para que se tornem melhores e mais aptos a viver em sociedade – caso isso fosse possível.

Um segundo argumento, poderia ser a necessidade de neutralização desses militares que praticaram crimes durante a ditadura. É o que sustenta a teoria da prevenção especial negativa, isto é, a neutralização através da segregação celular para impedimento da reiteração criminosa. Parece também não fazer sentido no caso dos militares. Isso porque aquelas condições político-sociais que existiam no Brasil durante o período 1964-1985, quando então os crimes da ditadura foram perpetrados, não existem mais, além de serem irrepetíveis da exata maneira em que se deram. Portanto, a segregação para que aquela pessoa não continue a praticar os delitos que vinha praticando, parece, mais uma vez, não se sustentar. Até porque a neutralização do indivíduo pelo cárcere tem um efeito limitado ao deslocamento físico, sendo certo, por exemplo, que muitos líderes de facções criminosas continuam a ordenar e praticar crimes ainda que presos.

Já a teoria da prevenção geral negativa poderia ser um terceiro argumento quanto a possibilidade de legitimação da intervenção no caso os crimes praticados pelos militares na ditadura. Essa teoria se funda na ideia de intimidação de potenciais transgressores da lei penal através da aplicação de sanção, isto é, o “fim da pena é a prevenção geral de novos delitos por meio de uma coação psicológica exercida sobre seus destinatários”<sup>31</sup>. Ou como diz Zaffaroni: “*La prevención general negativa, tomada en su versión pura, aspira a obtener con la pena la disuasión de los que no delinquieron y pueden sentirse tentados de hacerlo.*”<sup>32</sup> Ocorre que, passados mais de 30 (trinta) anos, como se falar em coação psicológica da coletividade através da punição dos agentes do

---

<sup>29</sup> BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Reintegração social e as funções da pena na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 107, p. 339-356, 2014. p. 336

<sup>30</sup> IPEA. *Reincidência Criminal no Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, 2015. Disponível em: <http://cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/577d8ea3d35e53c27c2ccc265cd62b4e.pdf> Acesso em: 14 ago. 2016 p. 23

<sup>31</sup> QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*: parte geral. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 303

<sup>32</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Derecho penal*: parte general. Buenos Aires: Sociedad Anonima Editora, 2002. p. 57



Estado que praticaram crimes durante a ditadura, sendo que muitos desse agentes tiveram uma longa vida e já até morreram? Além disso, é possível medir o impacto de intimidação que as pessoas sentem? É possível intimidar uma pessoa através da punição de outra? E mais: na medida em que se pune alguém com objetivo de promover uma intimação coletiva, não se estaria violando o art. 5º, inc. XLV, da Constituição, que consagra o princípio da intranscendência das penas? A teoria da prevenção geral negativa parece ser indemonstrável na prática, já que não é possível medir o grau de intimidação das pessoas em razão da aplicação de uma sanção criminal – caso elas sejam intimidáveis. A prevenção geral negativa parece estar fundada numa ideia simplista de que as pessoas se comportam sempre numa lógica de custo e benefício, desconsiderando as complexidades das relações e das condutas humanas, tal como é a conduta tida como criminosa. Ao fim e ao cabo, a prevenção geral negativa acabaria por justificar, à revelia do princípio da intranscendência, a punição de alguém não pelo o que fez, mas sim para intimidar os demais potenciais infratores, o que sugeriria castigos mais severos não em razão da conduta praticada, mas sim com vistas à finalidade de intimidação coletiva.

Como quarto argumento na tentativa de fundamentar a legitimidade da pena, teríamos a prevenção geral positiva, que de acordo com Zaffaroni, a sanção penal se fundaria *“en su efecto positivo sobre los no criminalizados, pero no para disuadirlos mediante la intimidación, sino como valor simbólico productor de consenso y, por donde, reforzador de su confianza en el sistema social en general (y en el sistema penal en particular).”*<sup>33</sup> Em outras palavras, no caso dos crimes cometidos pelos militares, significaria dizer, dentro dessa perspectiva teórica, que a sanção criminal objetivaria reforçar a confiança no sistema penal. Aplicar penas para os militares que praticaram crimes na ditadura, portanto, significaria demonstrar a validade das normas penais que proíbem aquelas condutas praticadas, tais como a tortura, o desaparecimento forçado, o assassinato, etc., reforçando a validade dessas normas e comunicando a sociedade que tais normas estão vigentes. É dentro dessa linha que Claus Roxin, por exemplo, vai defender a punição dos nazistas na Alemanha. Roxin tenta rebater as críticas que sustentam que apenas as teorias da retribuição justificariam a intervenção penal contra os nazistas que atualmente vivem socialmente integrados, mantendo, portanto, a coerência com sua teoria da pena preventivo-unificadora. O professor alemão defende aplicação da punição aos nazistas, ainda que socialmente integrados e que não representam nenhum perigo, portanto, sob o seguinte argumento:

---

<sup>33</sup> Ibid. p. 60.

“[...] un castigo de estos hechos es necesario desde fundamentos preventivos generales, porque si no se persiguieran se podría estremecer gravemente la conciencia jurídica general: si tales asesinatos se quedasen sin castigo, es posible que quisiera invocar el mismo tratamiento cualquier otro autor de homicidio, respecto del cual no hay peligro de reincidencia y exigir del mismo modo la impunidad. Esto obligaría a relativizar la validez de la prohibición de matar y su efecto preventivo de forma intolerable.”<sup>34</sup>

A finalidade preventivo-geral positiva é o argumento utilizado por Roxin para legitimar a aplicação da pena contra os militares do regime nazista, que, guardada as devidas proporções, tem um paralelo com regime ditatorial brasileiro. Amparado na ideia de que a falta de punição desses crimes poderia gerar um estremecimento da consciência jurídica geral da sociedade, na linha argumentativa de que futuros criminosos poderiam invocar o precedente de impiedade nazista para não serem punidos caso resta-se demonstrado não haver perigo de reincidência e integração social, Roxin refuta a impiedade e legitima a intervenção penal. Portanto, a finalidade da punição dos criminosos da ditadura seria a de reforçar a validade da norma, o que assentaria a consciência coletiva de que o homicídio será sempre punido; de que a conduta proibitiva “matar alguém” está válida e, portanto, deve ser seguida, ou não haverá legitimidade para o exercício do *jus puniendi*.

Por fim, a teoria da retribuição enquanto legitimadora da intervenção penal no caso dos crimes praticados pelos militares há mais de 30 anos no Brasil, também parece não se sustentar. Roxin, por exemplo, renuncia a qualquer forma de retribuição em sua teoria unificadora-preventiva da pena, e assevera que “en una teoría unificadora o mixta correctamente entendida, la retribución no puede, por el contrario, entrar en consideración, ni siquiera como un fin atendible junto a la prevención.”<sup>35</sup> Zaffaroni também refuta, em sua teoria agnóstica da pena, qualquer finalidade “positiva” da intervenção penal, inclusive retributiva:

“[...] es posible construir el concepto teniendo en cuenta que la pena es (a) una coerción, (b) que impone una privación de derechos o un dolor, (c) que no repara ni restituye y (d) ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes. El concepto así enunciado se obtiene por exclusión la pena es un ejercicio de poder que no tiene función reparadora o retributiva ni es coacción administrativa directa.”<sup>36</sup>

Zaffaroni, ao concluir que a pena não tem qualquer função reparadora ou restituível, também acaba deslegitimando a intervenção penal dentro de uma

---

<sup>34</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997. p. 98

<sup>35</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997. p. 98.

<sup>36</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Sociedad Anonima Editora, 2002. p. 45/46

perspectiva de retribuição. Na mesma linha, Jakobs também não reconhece finalidade retributiva da sanção penal, pois defende como finalidade da pena apenas a confirmação da realidade das normas, portanto, da norma enquanto bem jurídico penal:

El derecho penal tiene la misión de garantizar la identidad de la sociedad. Eso ocurre tomando el hecho punible em su significado, como aporte comunicativo, como expresión de sentido, y respondiendo ante él. Con su hecho, el autor se aferra a la afirmación de que su conducta, esto es, la defraudación de una expectativa normativa, integra la conducta determinante, y que, entonces, la expectativa normativa em cuestión es un accesorio no determinante para la sociedad. Mediante la pena se declara, contra esa afirmación, que ello no es así, que, antes bien, la conducta defraudadora no integra, ni antes ni ahora, aquella configuración social que hay que tener en cuenta.<sup>37</sup>

O problema é que as teorias fundadas na retribuição não conseguem superar algumas questões: como reparar as vidas de todas as pessoas que foram executas, torturadas e assassinadas durante a ditadura militar no Brasil? Qual seria a medida de restituição ou reparação para aplicar penas contra os militares que praticaram crimes na ditadura? Como retribuir um mal causado causando um outro mal?

Sendo assim, a partir da revisão bibliográfica de parte da doutrina jurídico-penal, pode-se perceber que a teoria da pena, seja preventiva especial, preventiva geral ou retributiva, enfrenta dificuldades ao tentar legitimar o *jus puniendi* no caso dos crimes praticados pelos militares durante a ditadura militar no Brasil – assim como enfrenta o mesmo desafio no caso de qualquer crime. A teoria da prevenção geral positiva, contudo, conforme a perspectiva adotada por Roxin, parece ser a única que, em alguma medida, se apresenta como um caminho para legitimar a intervenção penal no caso dos crimes cometidos na ditadura. Mesmo assim, ainda há críticas que merecem ser consideradas sobre a teoria da prevenção geral positiva, especialmente quanto sua possível legitimação de um direito penal normativista, em tudo o que importa é assegurar a validade das normas.

### **3. CAMINHOS PARA A REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS NO PERÍODO DITATORIAL**

O tema sobre a reparação dos danos às vítimas e familiares envolve, em primeiro lugar, a procura por uma responsabilidade no âmbito do direito, notadamente frente às discussões sobre a responsabilidade civil objetiva do Estado (sendo necessária tão somente a comprovação do dano e do nexo de

---

<sup>37</sup> JAKOBS, Günther. STRUENSSE, Eberhard. *Problemas capitales de derecho penal moderno*. Buenos Aires: Hammurabi SRL, 1998. p. 33

causalidade) e a responsabilidade subjetiva dos agentes que contribuíram, participaram e agiram em prol das violações de direitos humanos.

Entretanto, ao se falar de vítimas das graves violações de direitos humanos somente um olhar por meio do direito não se faz suficiente. A restauração da verdade e da memória é o caminho que mais pode propiciar o não esquecimento de uma história que marcou um passado não tão distante. Apesar dos grandes esforços positivos que nos últimos anos a Comissão Nacional da Verdade e as Comissões estaduais obtiveram com a restauração da verdade e da memória, as vítimas ainda restam esquecidas na própria história do país.

### 3.1 CAMINHOS PARA A RESTAURAÇÃO DA VERDADE E DA MEMÓRIA

Na revista “Anistia”<sup>38</sup>, alguns trabalhos comentam sobre as iniciativas de restauração da verdade e da memória. Destaca-se o projeto “Brasil Nunca Mais – BNM (1979/1985) e a divulgação, em 1985, da lista com os nomes de 444 torturadores apontados à justiça militar pelas vítimas durante o processo.”<sup>39</sup> Acrescenta-se a importância da Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011) e da Lei que instituiu a Comissão Nacional da Verdade (Lei n. 12.528/2011). Além destes instrumentos, têm-se os projetos da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos (CEMDP) e a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça (CA/MJ). Tais projetos dedicam-se aos estudos sobre as violações de direitos humanos do governo ditatorial e debruçam-se sobre as possibilidades de requerer reparações materiais, morais, individuais e coletivas em prol das vítimas contra o Estado.

Inês Virgínia Prado Soares e Viviane Fecher comentam sobre a “barreira intransponível para o acesso à documentação das Forças Armadas, que na versão oficial fora destruída; e na prática permanece em sigilo, provavelmente em baús particulares.”<sup>40</sup> Sobre os documentos disponíveis para a pesquisa, tem-se que:

Dentre os arquivos que foram disponibilizados ao acesso público nos últimos anos, estão os dos extintos Serviço Nacional de Informações, Conselho de Segurança Nacional e Comissão Geral de Investigações, além dos arquivos do Departamento de Polícia Federal, do Gabinete de Segurança Institucional e de outros órgãos públicos. Esses acervos digitalizados foram incorporados ao Centro

---

<sup>38</sup> Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. – N.10 (jul. / dez. 2013). Brasília – Ministério da Justiça, 2014.

<sup>39</sup> PRADO SOARES, Inês Virgínia; FECHER, Viviane. “Empresas privadas e violações aos direitos humanos: possibilidade de responsabilização pela cumplicidade com a ditadura no Brasil. In: Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. – N.10 (jul. / dez. 2013). Brasília – Ministério da Justiça, 2014. p. 390.

<sup>40</sup> PRADO SOARES, Inês Virgínia; FECHER, Viviane. *op.cit.* p. 390.

de Referência das Lutas Políticas no Brasil, concebido juntamente com o projeto Memórias Reveladas.<sup>41</sup>

Neste contexto, perante as tentativas de construção da verdade e da memória, o que se pode evidenciar é que tais tentativas acabam por recair no desejo e pedido por responsabilidade jurídica, notadamente de cunho jurídico-penal.<sup>42</sup>

### 3.2. CRIMES CONTRA A HUMANIDADE E IMPRESCRITIBILIDADE

De volta aos discursos de finalidade retributiva da pena (justiça enquanto a retribuição de um mal causado), quando se comenta sobre a responsabilidade subjetiva dos agentes violadores de direitos humanos, no governo ditatorial, o direito penal é o primeiro a ser chamado para que tais respondam pelos crimes de tortura, estupro, homicídios, dentre tantos outros.

Neste âmbito, muito se discute em relação à prescrição jurídico-penal. Informes elaborados pelo European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR), com grande impacto no cenário latino-americano, e o significativo Informe de Ruggie, além dos argumentos construídos pela Comissão Internacional de Juristas apontam uma necessidade do Estado responder pelas violações de direitos humanos ocorridas nos períodos totalitários, notadamente pelo aspecto que tais violações configuram, perfeitamente, os chamados crimes contra a humanidade, tidos como imprescritíveis e excluídos da possibilidade de anistia enquanto extinção de punibilidade.

De acordo com Caro John o delito de “lesa humanidade”<sup>43</sup> resulta em algumas consequências no âmbito jurídico-penal, como a obrigatoriedade da persecução estatal, a imprescritibilidade da ação penal e a impossibilidade de recorrer aos mecanismos da moderna justiça consensual.

Sobre o próprio conceito de “lesa humanidade”, Caro John aponta dois elementos: a sistematicidade e o ataque generalizado. O autor, em seu texto “*El delito de lesa humanidad: Respuestas a algunos problemas interpretativos*”, comenta sobre os governos militares ocorridos na Argentina, Chile, Paraguai, Uruguai e Brasil e a confirmação, nos anos 70 e 80, do denominado “Plan

---

<sup>41</sup> “As inúmeras iniciativas oficiais e não oficiais de esclarecimento da verdade sobre os acontecimentos mais nefastos da ditadura brasileira ainda não conseguiram apresentar todas as peças e sujeitos envolvidos na estrutura da repressão aos opositores do regime: cadeia de comando, atividades, membros e área de atuação dos órgãos repressivos ainda restam incompletos.” Ibid.

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> CARO JOHN. Jose Antonio. *El delito de lesa humanidad: Respuestas a algunos problemas interpretativos*. Peru: Ideas, 2014. *passim*.

Cóndor”, o qual tinha a finalidade de eliminar os elementos subversivos que se opunham aos governos militares estabelecidos.<sup>44</sup>

A dificuldade que Caro John aponta é a necessidade de haver uma tipificação interna nos Códigos Penais com a previsão do delito de lesa humanidade para aplicar as consequências penais à conduta. Apesar deste problema dogmático-penal de suma importância, o que mais nos interessa mencionar, neste momento, é a característica essencial dos delitos de lesa humanidade no que tange à sua afetação ao núcleo duro dos direitos humanos.<sup>45</sup>

Pois bem, tal tema sobre os crimes contra a humanidade nos interessa no ponto sobre o qual recai a consideração de que as condutas praticadas pelo governo militar se enquadram em tal definição de delito, gerando a consequência de uma verificação do Estado atual sobre este passado que afetou o núcleo duro dos direitos humanos. Ao se considerar as violações de direitos humanos do governo ditatorial enquanto crimes contra a humanidade, o primeiro debate resta sobre a imprescritibilidade. Essa questão ganha importância no Brasil, principalmente porque já passaram mais de 30 anos dos fatos.

Jesus-María Silva Sánchez, em seu texto “*Nullum crimen sine poena? Sobre as doutrinas penais de “luta contra a impunidade” e do “direito da vítima ao castigo do autor”*”,<sup>46</sup> comenta sobre os posicionamentos sobre o tema da imprescritibilidade frente aos pedidos de responsabilidade jurídica frente ao Estado e aos agentes executores. As violações de direitos humanos são, em regra, inaniáveis, imprescritíveis e indultáveis.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> El llamado “Plan Cóndor” fue una realidad que la historia muestra con crudeza, pues dentro de él se cometieron delitos como desapariciones forzadas, torturas y asesinatos de manera sistemática, con la finalidad de asegurar la permanencia en el poder de mandos militares. CARO JOHN. Jose Antonio. *El delito de lesa humanidad: Respuestas a algunos problemas interpretativos*. Peru: Ideas, 2014.

<sup>45</sup> O Art. 7º, número 1, do Estatuto de Roma considera as seguintes condutas como crimes contra a humanidade: 1. Assassinatos; 2. Extermínios; 3. Escravidão; 4. Deportação; 5. Privação grave da liberdade em violação às normas fundamentais do direito internacional; 6. Tortura. 7. Violação e exploração sexual, prostituição forçada, esterilização forçada e outros abusos sexuais de gravidade comparada; 8. Perseguição de um grupo ou coletividade com identidade própria fundada em motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos, de gênero definidos no parágrafo 3, e outros motivos universalmente reconhecidos como inaceitáveis com apoio do direito internacional; 8. Desaparecimento forçado de pessoas; 9. Crime de apartheid; 10. Outros atos inumanos de caráter similar que causem intencionalmente grandes sofrimentos ou atentam gravemente contra a integridade física ou saúde mental. CARO JOHN. Jose Antonio. *op. cit. loc. cit.*

<sup>46</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. *Nullum crimen sine poena? Sobre as doutrinas penais de “luta contra a impunidade” e do “direito da vítima ao castigo do autor”*. In: Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. – N.10 (jul. / dez. 2013). Brasília – Ministério da Justiça, 2014. p. 42.

<sup>47</sup> Silva Sánchez aponta o argumento de maior força contra a imprescritibilidade ou contra o estabelecimento de longos prazos de prescrição e, logo em seguida, posiciona-se a respeito do tema: “É a consideração de que resulta ilegítimo castigar alguém por fatos realizados em um passado longínquo, quando o sujeito e a sociedade mudaram significativamente após o tempo transcorrido. Contudo, frente a isso, pode-se arguir que a própria doutrina que justifica a prescrição dos delitos com base na ideia de que “o tempo tudo cura” tem de admitir que algumas feridas nunca fecham. No entanto, uma análise tanto da

Pode-se evidenciar que sobre o tema da imprescritibilidade jurídico-penal<sup>48</sup> perante as condutas que afetam o núcleo duro dos direitos humanos, os argumentos a favor da responsabilidade a nível criminal seria de suma importância no âmbito da declaração do injusto culpável mesmo que a pena não fosse aplicada no caso concreto. Assim sendo, tem-se o posicionamento daqueles que acreditam que, mesmo diante de uma não eficácia da aplicação de pena (por exemplo, a prisão) pela falta dos fundamentos dogmáticos de finalidades de pena, a declaração criminal de culpados seria um passo ao caminho de restabelecimento da verdade da vítima e familiares. Estar-se-ia, portanto, em uma funcionalidade, estritamente, simbólica do Direito Penal.

### 3.3. RESPONSABILIZAÇÃO JURÍDICA DO ESTADO E DOS AGENTES EXECUTORES DAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

No tópico anterior, discutiu-se os argumentos a favor da imprescritibilidade de ações jurídicas em torno das violações de direitos humanos ocorridas no período ditatorial. Ao se deparar com os argumentos que consideram tais violações enquanto crimes contra a humanidade, as ações civis e penais tornam-se imprescritíveis ensejando uma responsabilidade do Estado e dos agentes.

Maurício Palma, no texto intitulado “A (não) reparação às vítimas na Comissão da Verdade nigeriana. Um caso limite da Justiça de Transição”, expõem algumas classificações de reparação às vítimas.

A própria definição de vítimas é problemática, bem como os critérios de reparação – pergunta-se: “como, quando e em que proporção deve proceder-se a reparação?”. A reparação é desdobrada em três modalidades principais, segundo a dogmática formada pelos pensadores da justiça de transição. Em primeiro lugar, pode-se falar em *restituição* no caso de haver uma tentativa de promover o reestabelecimento do *status quo ante* da vítima (como o de seus direitos, seu

---

peessoa do autor como da evolução social conduz necessariamente a advertir que existe um ponto no qual se deixa para trás o presente e se entra para a história, que não deveria ser objeto de intervenção do juiz penal. A questão é como determinar o momento em que tem lugar o “passo à história”. Visto que neste ponto é impossível prescindir de uma dimensão de gradualidade, as soluções intermediárias poderiam estar justificadas em não poucos casos.” SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. *Nullum crimen sine poena? Sobre as doutrinas penais de “luta contra a impunidade” e do “direito da vítima ao castigo do autor”*. In: Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. – N.10 (jul. / dez. 2013). Brasília – Ministério da Justiça, 2014. p. 48.

<sup>48</sup> Os argumentos daqueles que defendem a imprescritibilidade de delitos contra os direitos humanos de forma a resultar nos julgamentos dos agentes executores por fatos cometidos há cerca de trinta/quarenta anos atrás baseiam-se no seguinte pensamento: “[...] não parecem pretender tanto o castigo efetivo quanto a necessidade de reafirmação jurídica da dignidade da vítima como ser humano. Todavia, isso não poderia impedir a aceitação da prescrição, desde que esta não apareça como um obstáculo processual que impeça um pronunciamento sobre o injusto culpável do autor. A declaração do injusto culpável não seguida de pena (por prescrição) poderia ser suficiente, em casos de transcurso de um largo período de tempo, para os efeitos de restabelecimento da situação da vítima.” Ibid.

status social e familiar, bem como seu eventual retorno a determinado lugar), desde que não seja isto materialmente impossível ou envolva um ônus excessivo face o dano – ou seja, se for inviável ou inadequada. Em segundo lugar, pode-se falar em *compensação* nos casos em que a reparação envolve prestações pecuniárias em situações nas quais a restituição não tenha sido possível ou suficiente, podendo através da *reabilitação* (assistência legal, médica, psicológica etc.) reparar danos físicos ou psicológicos oriundos da época dos abusos que persistiram. Por fim, trata-se de *satisfação* os casos em que se observa uma declaração estatal que reconheça expressamente seus erros.<sup>49</sup>

Pois bem, tem-se, então, a procura por uma restituição do *status quo ante* da vítima, uma compensação – reparação por meio de prestações pecuniárias e reabilitação – e, por fim, a satisfação através de uma declaração estatal que reconheça os erros cometidos.

Dentre as formas de responsabilização comentadas na atualidade, destaca-se a responsabilidade civil objetiva do Estado para a reparação dos danos causados às vítimas. Os pedidos de indenizações frente ao Estado detêm sua significância e simbolismo. Todavia, o que aqui se pretende questionar é se esta reparação de danos é suficiente para a restauração da verdade e da memória dos graves casos de violações de direitos humanos no período ditatorial. Pode-se reduzir sentimentos, vidas e sofrimentos em quantidades pecuniárias? As marcas de atrocidades da história brasileira podem ser quantificadas em pecúnias? Talvez tenha-se que tomar uma certa cautela para não se pensar que com a atuação positiva do Estado em relação à reparação de danos, o problema torna-se resolvido e, novamente, ocultado.

Inês Virgínia Prado Soares e Viviane Fecher, no trabalho intitulado “*Empresas privadas e violações aos direitos humanos: possibilidade de responsabilização pela cumplicidade com a ditadura no Brasil*”<sup>50</sup>, apontam que embora a punição criminal dos perpetradores continue a ser fundamental para o sentimento de justiça, a compreensão de outras formas de responsabilização é viável e salutar para o avanço do debate no Brasil. Percebe-se o caráter de retribucionismo, no Brasil, frente ao Direito Penal enquanto resposta às violações de direitos humanos, no sentido que a aplicação do Direito Criminal é fundamental para se ter o sentimento de justiça restabelecido.

Silva Sánchez analisa este contexto de exigência dos Estados atuais a apurarem as violações de direitos humanos cometidas durante os governos ditatoriais e, em seguida, apresentarem uma responsabilidade jurídica ao

---

<sup>49</sup> PALMA, Maurício. *A (não) reparação às vítimas na Comissão da Verdade nigeriana. Um caso limite da Justiça de Transição*. In: Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. – N.10 (jul. / dez. 2013). Brasília – Ministério da Justiça, 2014. p. 200.

<sup>50</sup> PRADO SOARES, Inês Virgínia; FECHER, Viviane. “*Empresas privadas e violações aos direitos humanos: possibilidade de responsabilização pela cumplicidade com a ditadura no Brasil*”. In: Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. – N.10 (jul. / dez. 2013). Brasília – Ministério da Justiça, 2014. p. 372 – 430.



próprio Estado e aos agentes individuais enquanto um momento histórico que remonta à ideia penal de *nullum crimen sine poena*, contraposto à ideia “*nullum crime sine lege*”, vinculando-se aos resquícios de direito penal autoritário. “A ideia que a inspira é a de que nenhum delito deve ficar impune. Segundo ela, haveria que prescindir das garantias formais vinculadas ao princípio de legalidade quando estas se opõem à sanção de uma conduta considerada materialmente merecedora de pena.”<sup>51</sup>

Este cenário descrito por Silva Sanchez, portanto, volta aos ideais de *luta contra a impunidade ou de impunidade zero somada ao direito da vítima ao castigo do autor*.<sup>52</sup> Justifica-se a ideia de impunidade recorrendo à satisfação do direito das vítimas à justiça. Esta justiça seria o castigo do autor.<sup>53</sup> Por impunidade entende-se a “falta em seu conjunto de investigação, persecução, captura, julgamento e condenação dos responsáveis de violações de direitos protegidos” pelo direito internacional dos direitos humanos.<sup>54</sup>

Complementa-se que: “Na realidade, a reconstrução processual do fato histórico não pretende declarar a verdade do ocorrido, mas simplesmente preparar as bases para uma atribuição de responsabilidade.”<sup>55</sup> Portanto, pode-se compreender que esta procura por uma responsabilidade objetiva do Estado e uma responsabilidade subjetiva penal dos agentes executores das violações de direitos humanos não, necessariamente, restaura a verdade e a memória das atrocidades ocorridas na Ditadura Militar, muito menos conseguem realizar uma transformação radical na administração do Estado atual para que se rompa com a estrutura de violações de direitos humanos. Infelizmente, tal estrutura administrativa continua, em certa medida, da mesma forma que no período ditatorial. Assertiva a seguinte passagem de Silva Sanchez:

Afirma-se que a formação de uma consciência social acerca da gravidade das violações dos direitos humanos depende mais da exposição destas e de suas condenações que do número de pessoas efetivamente castigadas por aquelas. Mas, geralmente, isso ocorre a partir de posições estratégicas. Só isso já indica que a imposição aos Estados de um dever (internacional) de perseguir e condenar as violações de direitos humanos produzidas durante um regime político anterior constitui um instrumento demasiadamente tosco para os governos que têm de tratar com as complexidades do restabelecimento da democracia.<sup>56</sup>

---

<sup>51</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. *Nullum crimen sine poena? Sobre as doutrinas penais de “luta contra a impunidade” e do “direito da vítima ao castigo do autor”*. In: Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. – N.10 (jul. / dez. 2013). Brasília – Ministério da Justiça, 2014. p. 52.

<sup>52</sup> Ibid.

<sup>53</sup> Ibid.

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> Ibid.

<sup>56</sup> “Esta posição não se opõe a uma jurisdição internacional (ou estrangeira) que assuma a luta contra a impunidade, rechaçando anistias ou prescrições. A proposta é, então, que a comunidade internacional

Além do mais, o autor demonstra a existência do risco de que os elementos do modelo de luta contra a impunidade se estendam a todo o conjunto do direito penal.<sup>57</sup> Assim sendo, o autor aponta o seguinte posicionamento:

A pergunta aberta é, no entanto, se a realização da justiça para a vítima requer, em todo caso, o castigo efetivo do autor. A respeito, não parece fácil sustentar que a vítima ou a sociedade tenham uma pretensão legítima de castigo revestida de caracteres absolutos. Como se tem indicado, os direitos das vítimas e da sociedade são, respectivamente, ao restabelecimento de sua dignidade e ao restabelecimento dos vínculos sociais postos em questão pelo delito.<sup>58</sup>

Percebe-se que a preocupação por um castigo irrestrito aos agentes executores das violações de direitos humanos do governo ditatorial não é o caminho mais adequado para a visibilidade do problema. Enquanto não se tiver uma publicidade irrestrita destas violações pelo caminho de restabelecimento da verdade e memória do governo ditatorial, uma mudança radical da própria sociedade civil que deixou para o passado as marcas recentes da Ditadura Militar (além da questão importante da ampla participação de setores, notadamente empresariais, da sociedade civil no financiamento do Golpe de 64 e na manutenção do aparato de repressão) e uma transformação na estrutura administrativa do Estado; somente o caminho de responsabilidade jurídica seja no âmbito de reparação de danos seja no campo de condenações criminais está longe de restaurar a história trágica da Ditadura brasileira.

Emilio P. N. Meyer, no trabalho “*A Justiça de Transição no Brasil sob os auspícios do Direito Internacional dos Direitos Humanos: A mudança de paradigma na responsabilização de agentes públicos por violações de direito humanos*”, evidencia a dificuldade em aplicação da persecução penal aos agentes violadores de direitos humanos na época ditatorial.

Mas o elemento que mais se distancia do cumprimento efetivo da *justiça de transição* é o concernente à persecução penal e responsabilização de agentes por violações de direitos humanos. A partir dos trabalhos de Kathrin Sikkink, Ruti Teitel e Mark Osiel, foi possível concluir que tal pilar é fundamental para a *justiça de transição* e para a construção de uma sociedade não apenas democrática mas preocupada com o asseguramento de direitos humanos. O estudo de Kathryn Sikkink e Carrie Booth Walling, citado por Silva Filho<sup>74</sup> e relativo a dados da literatura da década de 1980 sobre os períodos ditatoriais na América Latina, revela que nos países em que se procedeu a julgamento e em que foram instaladas

---

assuma, assim, a proteção ativa dos direitos humanos mediante o castigo (irrestrito?) de suas violações.” SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. *op.cit.* p. 54.

<sup>57</sup> Ibid.

<sup>58</sup> Mas a questão é se isso não resulta inerente à declaração de culpabilidade do autor (e à correspondente declaração do caráter de vítima do sujeito afetado por aquele). À medida que for possível restabelecer a dignidade da vítima – mostrar o reconhecimento que esta merece –, causando o menor dano possível ao autor, parece que o sistema do direito penal deveria orientar-se a isso. Ibid.

Comissões da Verdade (são o caso de Argentina, Chile, Guatemala, Paraguai, Panamá, Peru, Bolívia, El Salvador e Equador) os índices da *Political Terror Scale* (um critério utilizado pela Anistia Internacional e pelo Relatório Anual de Direitos Humanos dos Estados Unidos) só decresceram: contrariamente, na escala de 1 a 5 por ele observada, o Brasil subiu de 3,2 para 4,175. O alvo alterou-se: do esquerdista ou comunista ao traficante. Além disto, observa-se uma crescente criminalização da atuação de movimentos sociais.<sup>59</sup>

Apesar de ser compreensível a análise realizada pelo autor citado, não se pode falar que a tendência de criminalizações seletivas que ocorrem no Brasil atual tem uma ligação direta e elementar com a falta de punição pelas violações de direitos humanos ocorridas no governo ditatorial. Infelizmente, a historicidade das violações de direitos humanos no Brasil remonta toda sua existência e a historicidade do direito penal demonstra sua aplicação voltada para determinados crimes – com essência patrimonial, principalmente – e selecionadas classes sociais. Dessa forma, o problema do sistema de justiça criminal é um problema estrutural que demonstra sua seletividade na história brasileira. Somente uma ânsia de punição e retribuição, no momento atual, frente aos crimes contra a humanidade ocorridos no período ditatorial não evitará que novas atrocidades ocorram, nem transformará a seletividade do sistema. A restauração da memória frente às vítimas e a verdade de toda a estrutura econômica e política do período ditatorial precisa ser o caminho número um para se descobrir a essência da estrutura social atual.

## CONCLUSÕES

Sobre os caminhos para a reparação dos danos causados pelas graves violações de direitos humanos, na época ditatorial, pode-se concluir que somente uma ânsia por responsabilidade jurídico-penal frente aos agentes executores das violações não resta suficiente, além dos problemas de fundamentação diante da teoria dogmática da pena. Até mesmo a procura insaciável por indenizações no âmbito da responsabilidade civil objetiva do Estado é criticável. O que se poderia afirmar é que o melhor caminho seria a verdade e memória expostas à sociedade brasileira, de forma a não se ocultar as marcas de um passado recente na história brasileira. Muitos dos jogos

---

<sup>59</sup> Acrescenta-se: Com isto, pôde-se, na sequência, explorar a série de medidas que têm sido tomadas pelo Ministério Público Federal no Brasil com vistas a implementar a decisão da CteIDH no Caso Gomes Lund. Discutiu-se não só a propositura de ações penais fundadas no crime de *desaparecimento forçado* mas também com relação a outros crimes permanentes, como *ocultação de cadáver*. Houve espaço também para discutir medidas de caráter cível que pudessem redundar em responsabilizações em outras esferas jurídicas. MEYER, Emilio Peluso Neder. *A Justiça de Transição no Brasil sob os auspícios do Direito Internacional dos Direitos Humanos: A mudança de paradigma na responsabilização de agentes públicos por violações de direito humanos*. In: Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. – N.10 (jul. / dez. 2013). Brasília – Ministério da Justiça, 2014. p. 74-114.

econômicos e políticos da época ditatorial continuam em vigor, sem grandes modificações. Isto deveria ser radicalmente posto frente à sociedade.

Desta forma, enfrentar a questão das leis de autoanistia busca consolidar os valores democráticos que até hoje seguem discutidos em nossa sociedade. Resta essencial permitir que a história seja contada com transparência, para que novas violações sistemáticas aos direitos humanos sejam evitadas. Seguindo os passos dos países vizinhos, cujas realidades em muito nos equivalem, apoiar uma estrita legalidade das leis mostra-se incompatível com a atual e fortalecida proteção dos direitos fundamentais pelo Direito Internacional e com todo o resgate pela memória e verdade feito até o momento.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Trad. Maria Lúcia X. de A. Borges. São Paulo: Zahar, 2014.

BOITEUX, Luciana; CASARA, Rubens. *Autoritarismo, Democracia e poder judiciário no Brasil*. Disponível em : [http://www.clacso.org/megafon/pdf/Megafon6\\_articulo1\\_Democracia\\_Poder.pdf](http://www.clacso.org/megafon/pdf/Megafon6_articulo1_Democracia_Poder.pdf). Acesso em 17 de agosto de 2016.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor; FELIPPE, Kenarik Boujikian. *Lei de Anistia: com a palavra o STF*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v.17, n.205, p.2-4, dez. 2009.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Reintegração social e as funções da pena na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 107, p. 339-356, 2014.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Criminologia radical*. 2 ed. Rio de Janeiro: ICPC/Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 419; GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Impetus, 2011.

CUNHA, João Flores da. *Suprema corte de El Salvador considera inconstitucional Lei de Anistia*. Instituto Humanitas Unisinos, 18 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/557800-suprema-corte-de-el-salvador-considera-inconstitucional-lei-de-anistia->. Acesso em 18 de agosto de 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v.1. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *El derecho penal mínimo*. En *Prevención y teoría de la pena*. p. 25-48. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995. Disponível em: <http://ia600801.us.archive.org/18/items/Ferrajoli-1995->

- ElDerechoPenalMnimo/Ferrajoli-1995-ElDerechoPenalMnimo.pdf Acesso em: 12 ago. 2016
- GODOY, Marcelo. *A Casa da Vovó: uma biografia do DOI-CODI (1969-1991), o centro de sequestro, tortura e morte da ditadura militar*. 2. ed. São Paulo: Editora Alameda, 2014.
- HERRERA, Nicolás Ariel. *La dictadura uruguaya: 1973-1985*. Uruguai: ZonaLibro, 2014.
- IPEA. *Reincidência Criminal no Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, 2015. Disponível em: <http://cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/577d8ea3d35e53c27c2ccc265cd62b4e.pdf> Acesso em: 14 ago. 2016.
- JAKOBS, Günther. *Sobre la teoria de la pena*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998
- \_\_\_\_\_. STRUENSSE, Eberhard. *Problemas capitales de derecho penal moderno*. Buenos Aires: Hammurabi SRL, 1998.
- JOHN. Caro. *El delito de lesa humanidad: Respuestas a algunos problemas interpretativos*. Peru: Ideas, 2014.
- KARAM, Maria Lúcia. A esquerda Punitiva. *Revista discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. n. 1, ano 1, 1º semestre 1996, Relume-Dumará, Rio de Janeiro, p. 79-92. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/a-esquerda-punitiva-por-maria-lucia-karam/> Acesso em: 14 ago. 2016
- LESSA, Francesca. *¿Justicia o impunidad? Cuentas pendientes en el Uruguay post-dictadura*. Uruguai: ZonaLibro, 2014.
- MEYER, Emilio Peluso Neder. *A Justiça de Transição no Brasil sob os auspícios do Direito Internacional dos Direitos Humanos: A mudança de paradigma na responsabilização de agentes públicos por violações de direito humanos*. In: Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. – N.10 (jul. / dez. 2013). Brasília – Ministério da Justiça , 2014.
- MEZAROBBA, Glenda. *A verdade e o processo de acerto de contas do Estado brasileiro com as vítimas da ditadura e a sociedade*. In: PIOVESAN, Flavia (coord.); SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). *Direitos Humanos Atual*.1.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- MINISTERIO PUBLICO FEDERAL. *Crimes da Ditadura: Relatório preliminar de atos de persecução penal desenvolvidos pelo MPF acerca de graves violações de direitos humanos cometidas por agentes do Estado durante a ditadura*. Brasília, janeiro de 2013.
- MONTES, Rocio. *Bachelet anuncia a anulação da Lei de Anistia promulgada por Pinochet*. El País, 11 de setembro de 2014. NOVARO, Marcos; PALERMO, Vicente Silva. *A ditadura militar argentina 1976-1983 do golpe de Estado à restauração democrática*. São Paulo, Edusp, 2007.
- PALMA, Maurício. *A (não) reparação às vítimas na Comissão da Verdade nigeriana. Um caso limite da Justiça de Transição*. In: Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. – N.10 (jul. / dez. 2013). Brasília – Ministério da Justiça , 2014.

PASSARINHO, Jarbas. *Apogeu e declínio do ciclo militar*. Folha de São Paulo, 19 de dezembro de 2004.

PIOVESAN, Flavia (coord.); SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). *Direitos Humanos Atual*. 1.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

PRADO SOARES, Inês Virgínia; FECHER, Viviane. “*Empresas privadas e violações aos direitos humanos: possibilidade de responsabilização pela cumplicidade com a ditadura no brasil*”. In: Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. – N.10 (jul. / dez. 2013). Brasília – Ministério da Justiça, 2014.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

QUINALHA, Renan Honório. *Com quantos lados se faz uma verdade? Notas sobre a Comissão Nacional da Verdade e a “teoria dos dois demônios”*. Revista Jurídica da Presidência Brasília. v. 15. n. 105. Fev./Mai. 2013.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I.. Madrid: Civitas, 1997. p. 98

SAFATLE, Vladimir. *Dois demônios*. Folha de São Paulo, 11 de janeiro de 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. *Nullum crimen sine poena? Sobre as doutrinas penais de “luta contra a impunidade” e do “direito da vítima ao castigo do autor”*. In: Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. – N.10 (jul. / dez. 2013). Brasília – Ministério da Justiça, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Sociedad Anonima Editora, 2002.

# PREVENÇÃO AOS PROCESSOS DE VITIMIZAÇÃO NO CENÁRIO BÉLICO INTERNACIONAL: A IMUNIDADE DAS FORÇAS DE PAZ DAS NAÇÕES UNIDAS E O CASO DE SREBRENICA

## PREVENTION OF VICTIMIZATION IN INTERNATIONAL WAR CONTEXT: THE IMMUNITY OF THE UNITED NATIONS PEACEKEEPERS AND THE CASE OF SREBRENICA

THAÍS BIALECKI

*Bacharel pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP (FDRP/USP); foi Bolsista-IC do Programa da Pró-Reitoria de Pesquisa da USP e Bolsista Mérito Acadêmico na Eberhard Karls Universität em Tübingen, Alemanha. Advogada.*

LUIZA VERONESE LACAVA

*Bacharel pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP (FDRP/USP). Realizou intercâmbio acadêmico na Universidad de Buenos Aires - UBA, Argentina. Advogada.*

“We saw the UN troops as rescuers. Almost every day we played football with the Dutch soldiers. Completely isolated, we had no idea what was going on in the rest of Bosnia.[...]

Then in July 1995, when Mladic’s offensive started, the Dutch forgot us, left their checkpoints and fled.

We feared for our lives.”

(Relato’ de Nedzad Avdic, único sobrevivente conhecido do genocídio de Srebrenica)

**RESUMO:** O trabalho analisa a construção do conflito vitimal no cenário bélico internacional, a partir do precedente de responsabilização da Holanda pelas ações como força de paz da ONU no conflito de Srebrenica. Neste contexto, tem por objetivo determinar a importância da desconsideração da imunidade das forças de paz das Nações Unidas na prevenção aos processos de vitimização secundária no cenário internacional, principalmente no que diz respeito a refugiados de guerra, como no caso de Srebrenica.

---

<sup>1</sup> Esse excerto é um dos trechos relatados por Nedzad Avdic em entrevista ao Jornal Mirror do Reino Unido. Nedzad Avdic é o único sobrevivente conhecido do Genocídio de Srebrenica. Acesso à entrevista completa em: <http://www.mirror.co.uk/news/world-news/srebrenica-survivor-left-dead-firing-8424366>

Realiza-se uma revisão teórica sobre a intensificação dos movimentos de proteção à vítima e sobre os processos vitimização secundária nos casos de refugiados de guerra, além do estudo dos argumentos utilizados no caso de Srebrenica para a desconsideração da tradicional imunidade das forças de paz das Nações Unidas.

**Palavras-chave:** ONU; caso Srebrenica; genocídio; força de paz.

**ABSTRACT:** *The present article analyses the construction of the victim's concept in the international war context, taking into account the Netherlands' precedent of civil liability, while the Dutch army was serving as UN peacekeepers in Srebrenica's conflict. In this context, the article aims to determinate the importance of the disregard of United Nations peacekeepers' immunity on the international secondary victimization's prevention, specially when it comes to war refugees, such as the ones in Srebrenica. For this purpose it goes through a theoretical review about the intensification of victim's protection movements, and through the secondary victimization process in war refugee's context, besides of the argument use in the case to discredit the UN peacekeepers' immunity.*

**Keywords:** *United Nations; Srebrenica's genocide; UN peacekeepers.*

## 1. RESUMO DO CASO

Em 1993, em meio ao conflito bósnio-sérvio, no desmonte da ex-Iugoslávia, o Conselho de Segurança das Nações Unidas declarou Srebrenica como uma zona segura (*safe area*), transformando-a em uma zona desmilitarizada e sob proteção das forças Nações Unidas (*United Nations Protect Forces - UNPROFOR*), representadas pelo exército holandês, para a proteção da população civil muçumana Bósnia local. Em julho de 1995, após uma investida do exército Sérvio, o exército holandês da ONU cerceou a entrada do exército sérvio na cidade, sob a alegação da inferioridade bélica, que impossibilitou a proteção do local. Decisões do alto comando da ONU sobre o envio de reforços foram cruciais para culminar na fragilização do espaço. Nos dias seguintes, os membros do exército Sérvio implementaram um plano para matar homens e meninos bósnios muçumanos, acima da idade de 16 anos e expulsar mulheres, crianças e idosos da cidade. Diante das forças de proteção das Nações Unidas, mais de 7 mil homens e meninos foram mortos. Depois de completo o massacre, uma operação visando apagar vestígios foi instaurada, incluindo o reenterro coletivo de corpos em valas comuns. O caso foi julgado pelo Tribunal Penal Internacional culminando no reconhecimento do crime de genocídio, entretanto não houve menção à possível responsabilidade dos exércitos da ONU, que eram historicamente protegidos pelo princípio da imunidade. Foi somente em 2013, que a Corte dos Países Baixos responsabilizou a Holanda pela



morte de muçulmanos bósnios em Srebrenica, estabelecendo o precedente histórico que os países envolvidos em missões da ONU podem ser legalmente responsáveis por crimes.

## 2. INTRODUÇÃO

A década de 90 foi marcada por falhas da comunidade internacional na prevenção do crime de genocídio. São expressões dessa realidade, os genocídios ocorridos em Ruanda e em *Srebrenica*. Entretanto, além de paradigmáticos em relação ao tema da segurança bélica internacional, esses casos, também são paradigmáticos no que dizem respeito a um novo papel ocupado pelas vítimas e seus representantes. A partir de uma postura mais ativa, as vítimas e seus representantes, começaram a questionar a responsabilidade legal pelas falhas que levaram a cenários tão chocantes. Mais do que somente buscar responsáveis, essas batalhas judiciais reconstruíram uma verdade histórica sob uma ótica diferente.

Assim, por meio de demandas judiciais, tentou-se reconstruir a história, entender as falhas e delimitar a responsabilidade dos atores envolvidos. As demandas judiciais que eram inicialmente endereçadas a Organização das Nações Unidas (responsável nos casos em questão pela manutenção da paz – *peacekeeping*), começaram a se voltar também aos Estados responsáveis pelas tropas, e até mesmo aos comandantes que chefiavam as operações<sup>2</sup> e com isso marcaram novos cenários de responsabilidade.

Por isso, o protagonismo das vítimas e seus representantes nessas ações foi/é parte crucial no desenvolvimento das novas teorias de responsabilização. As principais inovações e desenvolvimentos no assunto foram construídos por meio de pareceres e decisões judiciais, que se tornaram precedentes. Foi por meio dos litígios promovidos perante Cortes Superiores, que as falhas da comunidade internacional se tornaram evidentes e o vácuo legal em que trabalhavam as operações de paz da ONU foi problematizado.

Diferentemente das ações em Tribunais Penais Internacionais, que trabalham pela condenação penal dos atores - o que muitas vezes só contribuía para o sentimento de ódio e injustiça por parte das vítimas -; as ações de responsabilização de Estados envolvidos - além de alertar para personagens que eram, muitas vezes, ignorados nas decisões penais - abriram um novo capítulo para a retratação às vítimas de crimes de guerra.

---

<sup>2</sup> SPRIK, Lenneke. Military Commanders as Bystanders to International Crimes: A Responsibility to Protect?. BARNES, Richard Alan; TZEVELEKOS, Vassilis P. Beyond Responsibility to Protect: Generating Change in International Law, Intersentia, 2016 pp. 393-414.. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2763602>. p.1.

O presente artigo será construído de maneira a tentar estabelecer a ligação entre a importância da ascensão da vitimologia, especificamente da vitimologia para crimes de guerra, com os avanços que esse novo papel representado pelas vítimas construiu em casos concretos, como no caso em questão trabalhado pelo artigo: o genocídio de Srebrenica.

### 3. NOÇÕES SOBRE VITIMOLOGIA E O RETORNO DA VÍTIMA ENQUANTO PROTAGONISTA DA AÇÃO PENAL

Ainda que fosse mencionada enquanto um componente integrante do fenômeno delitivo, entende-se que a vítima e os estudos sobre vitimização só ganharam real proporção e importância a partir dos trabalhos do criminólogo alemão Hans von Hentig, e do advogado criminal romeno (posteriormente radicado em Israel) Benjamin Mendelsohn.<sup>3</sup> Em 1947, durante um congresso na Romênia, Mendelsohn cunha por primeira vez o termo “vitimologia”<sup>4</sup>, ao investigar o papel desempenhado pelas vítimas na instigação de crimes violentos. O estudo da vítima enquanto componente do delito era importante, segundo ele, para fins de determinação da pena, uma vez que ela poderia ter atuado como instigadora ou provocadora do crime. Um ano depois, com a publicação do livro *The Criminal and his Victim*, que possuía um capítulo dedicado apenas ao papel da vítima, von Hentig dá prosseguimento às investigações de Mendelsohn, na medida em que se propõe a classificar as vítimas de acordo com o seu envolvimento no ato criminal.

Os estudos destes e de outros autores acabaram por estimular o fenômeno conhecido por *Reemergence of the Victim*, que ocorreu entre as décadas de 50 e 60, e que teve grande impacto não apenas para a consolidação da vitimologia enquanto disciplina autônoma, mas nas ciências criminais e nas demais ciências humanas. Esse processo foi motivado pela percepção de que aqueles que mais eram afetados pelos atos criminosos tinham pouca ou nenhuma voz no processo criminal, ou seja, as vítimas: “*victims were forgotten figures in the criminal justice process whose needs and wants had been systematically overlooked but merited attention*”.<sup>5</sup>

O interesse em se observar com mais atenção as vítimas veio, em um primeiro momento, pela constatação de que poderiam representar uma fonte subestimada e pouco explorada de informação a respeito do fenômeno delitivo

---

<sup>3</sup> DIJK, Jan J.M. van. *Introducing Victimology*. Ninth International Symposium of the World Society of Victimology, 1997, p. 1.

<sup>4</sup> Para maiores informações, consultar HOFFMAN, H. *What did Mendelsohn Really Say?* In S.B. David and G.F. Kirchhoff. *International Faces of Victimology: Papers and Essays Given at the Sixth International Symposium on Victimology in Jerusalem 1988*. Monchengladbach, GER: WSV Publishing.

<sup>5</sup> KARMEN, Andrew. *Crime Victims: An Introduction to Victimology*. Wadsworth, Cengage Learning, 2013. Em: FERGUSON, Claire; TURVEY, Brent E. *Victimology: A Brief History with an Introduction to Forensic Victimology*. Elsevier Inc, 2009, p. 10.

e de seus atores.<sup>6</sup> Em seus primeiros anos de surgimento, e ainda que as discussões em âmbito internacional a respeito dos direitos das vítimas estivessem emergindo, a vitimologia não centrava sua atenção na necessidade de reparação e nos possíveis danos físicos, patrimoniais ou psíquicos que poderiam resultar do ato criminal. Buscava-se compreender, em contrapartida, qual seria o papel da vítima no fenômeno delitivo, sua relação com o ofensor, e no que diz respeito a este último, discutir os parâmetros de sua culpabilidade.<sup>7</sup>

Com o avanço das discussões, surge em 1968 o primeiro manual de vitimologia, *The Victim and His Criminal: A Study into Functional Responsibility*, escrito pelo sociólogo e criminólogo húngaro Stephen Schafer.<sup>8</sup> Schafer apresenta a vitimologia enquanto estudo das relações entre vítima e ofensor antes, durante e após a ocorrência do crime. Mais além da possível responsabilidade da vítima na ocorrência do delito, aparece neste momento a preocupação com o dever de reparação do ofensor, que também integraria os objetos de estudo desta que começava e esboçar-se enquanto ciência autônoma. Surge a preocupação em se pensar uma vitimologia integrada: que considera a necessidade de sanção do ofensor, de reparação da vítima e de resposta à sociedade.

Os autores previamente citados, assim como inúmeros outros (notadamente o criminólogo canadense Ezzat A. Fattah, o sociólogo e criminólogo norte-americano Marvin Wolfgang e o criminólogo holandês Willem Nagel)<sup>9</sup>, integram o conjunto de pesquisadores que enxergam a vitimologia no parâmetro das ciências criminais. Para eles, a vítima aparece enquanto ator fundamental no processo que antecede e que resulta de ações delitivas, ou seja, só se é vítima (na perspectiva da vitimologia) de um ato tipificado legalmente enquanto sendo de natureza criminal. Conhecida por *Penal Victimology*, a essa corrente vitimológica interessa investigar o papel desempenhado pela vítima na relação vítima-ofensor, dentro do âmbito do procedimento criminal. Em oposição à ela, seria possível citar a chamada *General Victimology*.

*General Victimology*, assim como a *Penal Victimology*, também teve suas bases fundadas por Benjamin Mendelsohn. Para entender o surgimento desta corrente, é importante contextualizá-la enquanto fruto dos debates surgidos a

---

<sup>6</sup> FERGUSON, Claire; TURVEY, Brent E. *Victimology: A Brief History with an Introduction to Forensic Victimology*. Elsevier Inc, 2009, p. 10.

<sup>7</sup> DOERNER, W., and S. Lab. *Victimology*. Andersen Publishing, 4th ed. Cincinnati, Ohio: 2002. Em: FERGUSON, Claire; TURVEY, Brent E. *Victimology: A Brief History with an Introduction to Forensic Victimology*. Elsevier Inc, 2009, p. 10-11.

<sup>8</sup> DUSSICH, John P.J. *Victimology – Past, Present and Future*. 131<sup>st</sup> International Senior Seminar Visiting Experts' Papers, p. 116. Disponível em: <[http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS\\_No70/No70\\_12VE\\_Dussich.pdf](http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS_No70/No70_12VE_Dussich.pdf)> Último acesso: 18/08/2016

<sup>9</sup> DIJK, Jan J.M. van. *Introducing Victimology*. Ninth International Symposium of the World Society of Victimology, 1997, p. 2.

partir das violações de direitos humanos ocorridas em ocasião da Segunda Guerra Mundial, das quais o próprio Mendelsohn foi vítima.<sup>10</sup> Na tentativa de buscar uma vitimologia que não se limitasse apenas à criminalidade e a sua prevenção, o autor buscou, em um segundo momento de seus estudos, inserir na abordagem vitimológica também as vítimas de causas alheias ao crime, como os desastres naturais, acidentes e guerras. Mendelsohn procurava estruturar uma disciplina que pudesse, em conjunto com o Estado, prevenir e aliviar a vitimização de uma forma geral.<sup>11</sup>

Essa abordagem veio em conjunto com um novo movimento global e organizado de vítimas, focado não apenas na sua assistência psicológica e material, mas também na busca por mudanças legislativas que assegurem uma posição mais atuante e favorável para a vítima no processo penal.<sup>12</sup> Nesse processo, destacam-se as pesquisas no campo da psicologia e psiquiatria, que vem conquistando inúmeros progressos no tratamento e remediação de stress pós traumático, e fornecendo soluções para a assistência de pessoas que sofreram processo de vitimização. A vitimologia passa então da teoria à prática, extrapolando os limites inicialmente ditados pelas ciências criminais e abrangendo uma gama muito mais ampla e complexa de causas de vitimização.

### **3.1 O DESAFIO DA VITIMOLOGIA NO CONTEXTO DOS CRIMES INTERNACIONAIS**

Como dito anteriormente, as últimas décadas foram marcadas no estudo da vitimologia por uma maior interdisciplinaridade, com a emergência de novos atores, campos de conhecimento e uma progressiva expansão para além dos limites das ciências criminais. Entretanto, ainda que o conceito de “vítima” tenha se expandido e que os direitos humanos tenham se tornado foco central do estudo vitimológico, observa-se a existência de uma lacuna no que se refere a fenômenos de vitimização em massa, em espacial no que tange aos crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídios.<sup>13</sup>

A vitimização em zonas de guerra e em conflitos e revoltas civis tem sido majoritariamente campo de estudo de disciplinas alheias à ciência criminal, tais como a ciência política, as relações internacionais, história, psicologia, direitos

---

<sup>10</sup> DIJK, Jan J.M. van. *Introducing Victimology*. Ninth International Symposium of the World Society of Victimology, 1997, p. 4.

<sup>11</sup> Para uma abordagem mais completa do tema, consultar: MENDELSON, B. *A New Branch of Bio-Psychological Science: La Victimology*. *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*. 1956.

<sup>12</sup> KARMEN, Andrew. *Crime Victims: an Introduction to Victimology*. Wadsworth, Cengage Learning. 2013, p. 38.

<sup>13</sup> Para uma abordagem vitimológica baseada não na lei penal, mas nos direitos humanos, ver: ELIAS, Robert. *Transcending our Social Reality of Victimization: Toward a New Victimology of Human Rights*. Victimology, 1985.

humanos e jornalismo.<sup>14</sup> Apenas mais recentemente observa-se um movimento de criminólogos críticos em direção à estas áreas, bastante negligenciadas no campo da vitimologia<sup>15</sup>:

Uma primeira questão relevante a ser enfrentada se o intuito é lograr uma maior abrangência do estudo vitimológico é, provavelmente, determinar se a vitimização provocada por “crimes comuns” é similar a aquela ocasionada por crimes coletivos, guerras, genocídios etc. Esta problemática, ainda sem resposta evidente, é importante na medida em que indica quais os possíveis caminhos que o estudo da vitimologia precisará percorrer nos próximos anos para englobar os crimes de natureza coletiva. As ferramentas de análise proporcionadas pela *mainstream victimology* são suficientes para contemplar fenômenos que ultrapassam as fronteiras individuais, e muitas vezes até as fronteiras entre Estados? Ou será necessária uma abordagem nova e autônoma?

Estudos conduzidos neste sentido, em especial no que se refere a vítimas de terrorismo<sup>16</sup>, indicam que a vitimização por “crimes comuns” apresenta, em um primeiro momento, efeitos similares à vitimização coletiva. Os crimes de guerra, violações em massa de direitos humanos, genocídios entre outros, atingem, antes de mais nada, o indivíduo.<sup>17</sup> E este, como as vítimas de crimes comuns, também está sujeito a enfrentar consequências de diversas naturezas, como trauma, raiva, depressão, culpa, medo etc. O que se percebe em relação à vitimização coletiva, entretanto, é que apresenta uma gama mais extensa de possíveis efeitos colaterais, que tendem a se prolongar por maior período de tempo e serem mais abrangentes.

É preciso considerar que muitas vezes crimes de natureza internacional atingem comunidades específicas de pessoas, que partilham entre si mais que uma localidade física, mas valores identitários e culturais. A preocupação das vítimas então extrapola a sua segurança individual e engloba o bem estar de familiares, amigos e outros membros da comunidade. A complexidade deste tipo de vitimização surge principalmente nos anos posteriores à ocorrência dos

---

<sup>14</sup> Large scale victimizations – in modern societies unprecedented – waves of organized and collective violence have long been neglected by traditional Victimology and criminology. Although there have been attempts to develop concepts of collective victimization, mainstream Victimology is still focused on the individual victim, the individual perpetrator and mediation or victim-offender reconciliation as the leading models of analysis, explanation and policy. (ALBRECHT, H.J. Preliminary Remarks. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2002, p. 87-89.)

<sup>15</sup> LETSCHERT, Rianne. *Protecting and Empowering Victims of International Crimes through the Human Security Concept – A New Challenge for Victimologists?* Key-note address at the 13<sup>th</sup> WSV Symposium in Japan, 2009, p. 2.

<sup>16</sup> Para um estudo mais aprofundado, recomenda-se: ALBRECHT, H.J; KILCHLING, M. Victims of terrorism policies: Should victims of terrorism be treated differently? *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 13, 2007.

<sup>17</sup> LETSCHERT, Rianne. *Protecting and Empowering Victims of International Crimes through the Human Security Concept – A New Challenge for Victimologists?* Key-note address at the 13<sup>th</sup> WSV Symposium in Japan, 2009, p. 6.

crimes, quando as vítimas muitas vezes se encontram obrigadas a conviver com seus agressores ou indivíduos que partilham dos mesmos valores que desencadearam o conflito.

Além do caso Srebrenica, pode-se citar como exemplo o genocídio ocorrido em Ruanda entre 6 de abril e 4 de julho de 1994, desencadeado pela rivalidade entre dois grupos étnicos tradicionais, Hutus (majoritários) e Tutsis (minoritários), e que acabou por ocasionar o genocídio brutal de aproximadamente 500 mil Tutsis. As perseguições que se seguiram nos meses posteriores levaram a um deslocamento maciço de pessoas, que se dirigiram principalmente aos campos de refugiados situados nas áreas de fronteira, em especial para o Zaire (atual República Democrática do Congo) e Uganda. Em agosto de 1995, tropas do Zaire tentaram forçar o retorno de parte dos refugiados à Ruanda, ocasionando a volta de aproximadamente 14 mil pessoas. O país sofre, até os dias atuais, com profundas marcas deixadas pelo genocídio, conflitos de natureza étnica, religiosa e severa crise econômica.<sup>18</sup>

Outro fator que diferencia o processo de vitimização dos “crimes comuns” em relação aos crimes contra uma coletividade é a sua maior probabilidade de perpetuação de uma geração para a outra. Estudos<sup>19</sup> indicam que não apenas os sobreviventes do Holocausto viveram em torno de 5 anos a menos que a média da população e apresentaram maior propensão à doenças, como estes fatores também foram observados em seus descendentes.

É necessário considerar, por fim, que a vitimização decorrente de crimes contra uma coletividade raramente é um fenômeno isolado, sendo composto em realidade de múltiplas vitimizações, sendo estas diretas e indiretas. Não é incomum que o refugiado vítima de um crime contra os direitos humanos se depare com uma série de outras violações seja no processo de chegada ao campo ou mesmo já no campo de refugiados (tal qual ocorreu no caso Srebrenica). Essa vitimização secundária pode se dar, por exemplo pelo contágio de doenças, difundidas durante o período de conflito ou mesmo intencionalmente propagadas como arma biológica. Calcula-se que no genocídio de Ruanda, aproximadamente 70% das mulheres que sobreviveram aos múltiplos estupros contraíram HIV, que foi depois transmitido aos seus descendentes.<sup>20</sup> O

---

<sup>18</sup> Para um estudo mais aprofundado do caso Ruanda, consultar: PRUNIER, Gérard. *The Rwanda Crisis: History of a Genocide*. Fountain Publishers Limited, 2<sup>nd</sup> ed, 1999.

<sup>19</sup> BARANKOWSKY, A.; YOUNG, S.; JOHNSON-DOUGLAS, S.; WILLIAMS-KEELER, L. MCCARREY, M. *PTSD Transmission: A Review of Secondary Traumatization in Holocaust Survivor Families*. Canadian Psychology, 1998. Em: LETSCHERT, Rianne. *Protecting and Empowering Victims of International Crimes through the Human Security Concept – A New Challenge for Victimologists?* Key-note address at the 13<sup>th</sup> WSV Symposium in Japan, 2009, p. 6.

<sup>20</sup> MULLINS, C. *He Would Kill Me With His Penis: Genocidal Rape in Rwanda as a State Crime*. Critical Criminology, Vol. 17, 2009. Em: LETSCHERT, Rianne. *Protecting and Empowering Victims of International Crimes through the Human Security Concept – A New Challenge for Victimologists?* Key-note address at the 13<sup>th</sup> WSV Symposium in Japan, 2009, p. 7.

impacto da múltipla vitimização nos casos de crimes de guerra tem, como resultado, efeitos colaterais cumulativos e muitas vezes diversos dos ocasionados pelos “crimes comuns”.

No caso Srebrenica, fica evidente a múltipla vitimização a qual estão submetidas as pessoas envolvidas em crimes de guerra, crimes contra os direitos humanos e genocídios. A perda de boa parte dos vínculos familiares e a consequente desestruturação da comunidade são os fatores que mais dificultam a reconstrução da vida no pós conflito, bem como a redução de danos e traumas causados pela guerra. No livro *Surviving the Bosnian Genocide: The Woman of Srebrenica Speak* (2011), Selma Leydesdorff reúne testemunhos coletados de mulheres sobreviventes ao genocídio. A severidade das perdas e a natureza dos crimes coloca em evidência a complexidade do processo de vitimização:

My name is Sabaheta. When Srebrenica fell in July 1995, my son, my only child, was taken prisoner by the Chetniks right in front of the Dutch soldiers. And my husband, who went through the woods, did not reach the safe area... My whole life up till then, my life since I was born, is ruined. Everything good is gone. All the happiness and joy were replaced with pain and grief for my son and my husband.<sup>21</sup>

[relato de Ramiza] I am dying of loneliness. I sit within these four walls, day and night, I have no one to take care of – no brother, no sister, no father, no mother, no spouse, nothing, nothing. I have no one who can fetch something for me [her sister-in-law is too weak]. If I can't cook, then no one does it for me. I can't work. I own a good bit of land farther up in the village, but I have no one to work it for me.<sup>22</sup>

Os desafios de adaptação da *mainstream victimology* para uma abordagem dos crimes contra uma coletividade são, como visto, latentes. Somam-se a estas dificuldades já relatadas ainda outros fatores, como o fato da vitimologia tradicional apoiar-se nas definições legais nacionais para determinar o conceito de vítima (a ação que provocou a vitimização precisa constar nos ordenamentos penais dos Estados), e os crimes contra os direitos humanos estarem regidos por critérios internacionais e geralmente vinculados à política externa.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> LEYDESDORFF, Selma. *Surviving the Bosnian Genocide: The Woman of Srebrenica Speak*. Indiana University Press, 2011, p. 1.

<sup>22</sup> LEYDESDORFF, Selma. *Surviving the Bosnian Genocide: The Woman of Srebrenica Speak*. Indiana University Press, 2011, p. 15.

<sup>23</sup> LETSCHERT, Rianne. *Protecting and Empowering Victims of International Crimes through the Human Security Concept – A New Challenge for Victimologists?* Key-note address at the 13<sup>th</sup> WSV Symposium in Japan, 2009, p. 13.

#### 4. O LÍTIPIO NA CORTE DOS PAÍSES BAIXOS

O genocídio<sup>24</sup> de Srebrenica foi motivo para várias ações envolvendo responsabilização civil de atores na Holanda<sup>25</sup>. Em um primeiro plano haviam os litígios promovidos contra a Organização Nações Unidas (ONU) pela Fundação das Mães de Srebrenica e Outros<sup>26</sup>. Essas ações pretendiam um julgamento declaratório, que reconhecesse que a ONU havia agido de maneira errônea, ao falhar em cumprir os compromissos assumidos antes da queda do enclave de Srebrenica, falhando também em cumprir outras obrigações reconhecidas em tratados aos quais ela era sujeita. Entretanto a Corte de Apelação (*Court of Appeal*) do país considerou diante da imunidade de jurisdição tida pela ONU, que ela não era competente para julgar essas ações. Os litigantes recorreram, porém, a ação ainda está pendente perante a Suprema Corte (*Supreme Court*).<sup>27</sup>

Em paralelo, corriam também dois casos contra o Estado holandês: (1) o de Hasan Nuhanović - que era intérprete da ONU para as tropas holandesas e teve seu pai, mãe e irmão mortos depois de entregues pelo exército o holandês às tropas inimigas - e (2) o de Mehida Mustafić-Mujić, Damir Mustafić, e Alma Mustafić - respectivos familiares de Rizo Mustafić, que era eletricitista das tropas holandesas e foi morto após ser entregue as tropas inimigas.

Estes dois casos contavam com três peculiaridades que os diferiam de maneira crucial. Em primeiro lugar, as três vítimas em questão - mesmo se tratando de bósnios-muçumanos - tinham um liame jurídico de prestação de serviços/com prestadores de serviço para o exército holandês. Em segundo lugar, eles não foram vítimas diretas da queda do enclave de Srebrenica, mas sim entregues pelo exército holandês ao exército Bósnio-Sérvio durante a retirada das tropas da ONU, após a queda do enclave. Em terceiro lugar, figurou no polo passivo do processo, o Estado Holandês, ao invés da ONU. Essa última diferença ao mesmo tempo em que tornou a prova do nexos causal mais difícil,

---

<sup>24</sup> Apesar de o termo já ser utilizado anteriormente para menção ao caso, o *status* de genocídio só foi adquirido com o julgamento da ação pelo Tribunal Internacional Penal, que condenou Radislav Krstić pelo crime de genocídio. Mais detalhes em: <http://www.icty.org/specials/srebrenica20/?q=srebrenica20/>

<sup>25</sup> In 2002, Prime Minister Wim Kok and his cabinet resigned after an inquiry concluded that the government was partly to blame for the failure to offer Srebrenica refugees protection. In his resignation speech, Kok said that he accepted political but not legal responsibility. (VAN DAM, Cees. *The Netherlands Found Liable for Srebrenica Deaths. America Society of International Law Insights*, 2011. Volume 15, Issue 27)

<sup>26</sup> Como relatado na decisão: Supreme Court (HR) 13 April 2012, LJN: BW1999, RvdW 2012/579

<sup>27</sup>(...) while the claim against the UN is currently pending before the Dutch Supreme Court, after the Court of Appeal decided that it does not have jurisdiction to deal with the claim against the UN in view of the immunity of the UN, see *Gerechthof 's Gravenhage* (Court of Appeal), *Mothers of Srebrenica v. the Netherlands and the United Nations*, Appeal judgment, LJN: BL8979, 30 March 2010; (NOLLKAEMPER, Andre. *Dual Attribution: Liability of the Netherlands for Conduct of Dutchbat in Srebrenica* (September 26, 2011). Amsterdam Law School Research Paper No. 2011-29. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1933719> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1933719> p. 5)



impossibilitou a Corte de se declarar incompetente para o caso, fazendo com que ela tivesse que proferir uma decisão de mérito.

O pleito foi inicialmente negado pela Corte Distrital de Haia (*the District Court of The Hague*), com a afirmação de que o governo holandês não poderia ser responsabilizado uma vez que os *peacekeepers* estavam operando na Bósnia sobre o mandato da ONU. Mesmo assim os advogados de Nuhanovic e da família Mustafic alegavam que o Estado holandês tinha cometido crimes de guerra e estava envolvido no genocídio e na violação de direitos fundamentais, por ter entregado os parentes de ambos ao inimigo (Bósnios-Sérvios). Enquanto isso o conselho de defesa do governo holandês, permanecia com as afirmações que era a ONU que estava em comando das tropas holandesas, fato que esse que deveria eximir a Holanda de qualquer responsabilidade.

A questão foi então levada em instância recursal para Corte de Apelação (Court of Appeal). Nessa parte do processo, duas eram as principais perguntas: (1) se as ações da tropa holandesa poderiam ser atribuídas ao Estado holandês; (2) se a tropa holandesa havia agido de maneira ilícita, tanto devido à entrega das vítimas do caso ao exército, quanto com seus deveres de proteção ao enclave de Srebrenica.

#### **4.1 QUANTO À QUESTÃO DA POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DA HOLANDA.**

Essa questão figurou como um dos pontos centrais dos debates da Corte. As controvérsias versaram sobre o significado do termo “controle efetivo” que era parte crucial para a atribuição da responsabilidade. A Corte recusou o critério utilizado no julgamento de primeira instância e se aliou ao critério formulado pela Comissão Internacional de Direito (*International Law Commission (ILC)*), no artigo 7º do Rascunho de Artigos da ILC sobre Organizações Internacionais. Assim decidiu que tanto o Estado, quanto as Nações Unidas poderiam ser responsabilizados, se pudessem ter tomado medidas para prevenir a conduta, diante da ausência de determinação específica<sup>28</sup>. Por meio desse raciocínio, a remoção de Nuhanović e a família Mustafic poderia ser atribuída à Holanda se ela fosse *apta a prevenir essa remoção*.

A Suprema Corte decidiu, então, afirmativamente, explicando que o direito público internacional permite que uma conduta seja atribuída não somente a ONU (que estava diretamente no comando da missão de paz), mas também

---

<sup>28</sup> “ [...] but also to the question whether, if there was no such specific instruction, the UN or the State had the power to prevent the conduct concerned” *Gerechthof 's Gravenhage* (Court of Appeal) *Hasan Nuhanović v. Netherlands*, Appeal judgment, LJN: BR5388, 5 July 2011, at 5.9.

para o Estado, pois ele também mantinha o controle efetivo da tropa holandesa sobre a conduta em questão<sup>29</sup>.

#### **4.2 QUANTO À QUESTÃO SOBRE A ILCITUDE DAS CONDUTAS DAS TROPAS HOLANDESAS.**

Os fatos praticados pelas tropas holandesas foram alvo de complexas análises, que versaram grande parte do tempo sobre aspectos formais da legislação internacional, mas que também possibilitaram a construção de uma base legal de responsabilização ainda inédita nas cortes em todo o mundo.

Preliminarmente, se discutiu sob qual legislação o caso deveria ser julgado, se sob a perspectiva holandesa (culminando com o uso do direito internacional privado), ou sob a perspectiva do direito internacional. A principal diferença é que se o caso fosse encarado a partir perspectiva do direito privado internacional holandês, a lei a ser aplicada para análise das condutas deveria ser a lei da Bósnia e não as regras gerais do direito internacional.

A Corte julgou que como o caso envolvia dois sujeitos de direito internacional, e a questão sobre quem tinha o comando efetivo das tropas (a ONU ou a Holanda), ela deveria ser resolvida sob o viés do direito internacional. Isso pois a questão versava sobre o fato que as tropas haviam sido postas à disposição da ONU, e qual era exatamente o conteúdo e as consequências de acordo (inclusive na responsabilidade civil arguida). A Corte, todavia, adicionou à sua decisão, que mesmo que tivesse usado a lei da Bósnia como base para o julgamento, o resultado teria sido o mesmo, uma vez que a lei bósnia não tratava sob essas questões específicas de responsabilidade e o direito internacional teria que ser usado para preencher essa lacuna.<sup>30</sup>

A partir desse raciocínio a corte se pronunciou somente no relativo entrega das vítimas do caso em questão, dando provimento ao pedido dos litigantes e considerando a atitude das tropas holandesas passível de responsabilização. Uma vez que a corte reconheceu esse ponto, ela pode se abster quanto à matéria mais controversa do caso: a possível falha das tropas holandesas em proteger o enclave, como um todo<sup>31</sup>.

### **5. CONCLUSÕES**

A partir do estudo do caso em questão, foi possível perceber a importância do papel pós-conflitual protagonizado pelas vítimas de crimes de guerra nas últimas décadas. A judicialização ocorrida no caso de Srebrenica é só um dos

---

<sup>29</sup> Informação baseado no portal virtual da Base de Dados Sobre Crimes Internacionais (*International Crimes Database (ICD)*) <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/1005/The-Netherlands-v-Nuhanovi%C4%87/>. Acesso em: 12/08/2016.

<sup>30</sup> NOLLKAEMPER, Andre. Dual Attribution: Liability of the Netherlands for Conduct of Dutchbat in Srebrenica (September 26, 2011). Amsterdam Law School Research Paper No. 2011-29. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1933719> .p.6,7.

<sup>31</sup> NOLLKAEMPER, Andre. Dual Attribution...*op cit.* p. 6).

exemplos de como a vitimologia pode exercer um papel incentivador nos cenários bélicos, não somente para reestruturação das vítimas, mas também como de reestruturação da memória, e estratégias de paz no cenário internacional.

Assim, se inferiu algumas iniciativas possíveis, no aprimoramento do papel da vitimologia no contexto de crimes de guerra. Uma primeira iniciativa viável seria incentivar uma maior interdisciplinaridade entre as ciências que se ocupam do estudo da vitimologia, em especial aquelas que já estão há mais tempo buscando soluções para conflitos coletivos. Isso significa garantir um maior intercâmbio de conhecimentos entre as ciências criminais, até então mais focadas na vítima individual, e a psicologia, a traumatologia, a ciência política, história, o direito internacional etc.

Um segundo caminho, complementar ao primeiro, seria pensar a vitimologia dos crimes contra uma coletividade não enquanto ferramenta reativa, ou seja, o estudo do pós-conflito, mas sim proativa, enquanto instrumento que busque impedir a sua ocorrência. Tem contribuído significativamente para estes debates os chamados “Estudos para a Paz”, que se ocupam não apenas de garantir a não ocorrência de guerras, mas também investigar e buscar extirpar as suas causas.<sup>32</sup>

Por fim, surge uma via que há muito já vem sendo apontada como imprescindível para o avanço dos estudos vitimológicos e para a garantia de uma melhora material da situação da vítima no caso concreto, qual seja, o seu empoderamento, a criação de instituições e organizações de vítimas e as mudanças legislativas que busquem o seu maior protagonismo no processo criminal. São muitos os exemplos de organizações de vítimas que alcançaram grande destaque e influência (social e política) no contexto pós-conflito, sendo determinantes para lograr mudanças legislativas, pressionar políticas públicas e sedimentar um processo de resgate histórico e de memória e em seus países.

No caso da Bósnia, percebe-se a importância da existência da Associação “Movement of Mothers of Srebrenica and Žepa Enclaves<sup>33</sup>” estabelecida em 1996. A missão da Associação é reunir os sobreviventes e parentes das vítimas que desapareceram ou foram mortas em Srebrenica e Žepa durante a queda da “Zona Segura” da ONU em 1995. O grupo surgiu devido ao desejo e necessidade da participação direta das mães na descoberta do que realmente havia

---

<sup>32</sup> Remete-se ao conceito de “Paz positiva” e “Paz negativa”, formulado pelo sociólogo, matemático e estudioso da Paz Norueguês Johan Galtung. Enquanto a “Paz negativa” se caracterizaria pela ausência de conflito, a “Paz positiva” seria a ausência de motivos para conflito. Sobre o tema, recomenda-se GALTUNG, Johan. *Violencia Cultural*. Bizkaia: Centro de Investigación por la Paz Fundación Gernika Gogoratuz, 2003, e GALTUNG, Johan. *Violencia, guerra y su impacto sobre los efectos visibles e invisibles de la violencia*. Bizkaia: Centro de Investigación por la Paz Fundación Gernika Gogoratuz, 2003.

<sup>33</sup> Mais informações em : <<http://enclave-srebrenica-zepa.org/english.onama.php>> . Acesso em : 30/08/2016

acontecido com os desaparecidos da época. Além da participação na exumação e identificação dos corpos, a associação, com o tempo, passou a lidar com problemas econômicos, sociais e de saúde, envolvendo também a educação das crianças e dos seus membros. O grupo, inclusive, é parte atuante no maior litígio de responsabilidade civil contra o Estado Holandês, que pode contribuir para reescrever a história das famílias e sua reestruturação mesmo que mais de 20 anos depois do genocídio.

Em um contexto no qual as guerras civis e os conflitos bélicos de proporção internacional subsistem apesar da existência de organizações internacionais e dos esforços para manutenção da paz, é imprescindível que os estudos voltados para a vítima se adaptem também a estas realidades, complexas e urgentes. Nesse sentido, o resgate histórico e a responsabilização dos agentes envolvidos nos conflitos é essencial para a superação, por parte das vítimas, dos traumas sofridos, e para os países ou comunidades afetadas, para que se possa dar prosseguimento à vida e prosperar no futuro que se seguir.

#### **BIBLIOGRAFIA:**

ABUELAS DE PLAZA DE MAYO. Disponível em: <<https://www.abuelas.org.ar/>> Acesso em: 22/08/2016.

ALBRECHT, H.J. *Preliminary Remarks*. European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 2002.

COURT OF APPEAL. *Gerechtshof 's Gravenhage, Hasan Nuhanović v. Netherlands*, Appeal judgment, LJN: BR5388, 5 July 2011, at 5.9

DIJK, Jan J.M. van. *Introducing Victimology*. Ninth International Symposium of the World Society of Victimology, 1997.

DRUMBL, Mark A. *Collective Violence and Individual Punishment: The Criminality of Mass Atrocity*. Northwestern University Law Review, 2005.

DUSSICH, John P.J. *Victimology – Past, Present and Future*. 131<sup>st</sup> International Senior Seminar Visiting Experts' Papers, p. 116. Disponível em: <[http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS\\_No70/No70\\_12VE\\_Dussich.pdf](http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS_No70/No70_12VE_Dussich.pdf)> Último acesso: 18/08/2016.

FERGUSON, Claire; TURVEY, Brent E. *Victimology: A Brief History with an Introduction to Forensic Victimology*. Elsevier Inc, 2009.

GALTUNG, Johan. *Violencia Cultural*. Bizkaia: Centro de Investigación por la Paz Fundación Gernika Gogoratz, 2003.

GALTUNG, Johan. *Violencia, guerra y su impacto sobre los efectos visibles e invisibles de la violencia*. Bizkaia: Centro de Investigación por la Paz Fundación Gernika Gogoratz, 2003.

INTERNATIONAL CRIMES DATABASE (ICD.) <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/1005/The-Netherlands-v-Nuhanovi%C4%87/>. Acesso em: 12/08/2016.

- KARMEN, Andrew. *Crime Victims: An Introduction to Victimology*. Wadsworth, Cengage Learning. 2013.
- LETSCHERT, Rianne. *Protecting and Empowering Victims of International Crimes through the Human Security Concept – A New Challenge for Victimologists?* Key-note address at the 13<sup>th</sup> WSV Symposium in Japan, 2009.
- LEYDESDORFF, Selma. *Surviving the Bosnian Genocide: The Woman of Srebrenica Speak*. Indiana University Press, 2011.
- MOVEMENT MOTHERS OF SREBRENICA. Disponível em: << <http://enklave-srebrenica-zepa.org/english.onama.php>>>. Acesso em: 30/08/2016.
- MULLINS, C. *He Would Kill Me With His Penis: Genocidal Rape in Rwanda as a State Crime*. *Critical Criminology*, Vol. 17, 2009.
- NOLLKAEMPER, Andre. Dual Attribution: Liability of the Netherlands for Conduct of Dutchbat in Srebrenica (September 26, 2011). *Amsterdam Law School Research Paper No.* 2011-29. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1933719> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1933719>. Acesso: 20/08/2016.
- SPRIK, Lenneke. Military Commanders as Bystanders to International Crimes: A Responsibility to Protect?. BARNES, Richard Alan; TZEVELEKOS, Vassilis P. Beyond Responsibility to Protect: Generating Change in International Law, *Intersentia*, 2016 pp. 393-414.. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2763602>
- PRUNIER, Gérard. *The Rwanda Crisis: History of a Genocide*. Fountain Publishers Limited, 2<sup>nd</sup> ed, 1999.
- VAN DAM, Cees. The Netherlands Found Liable for Srebrenica Deaths. *America Society of International Law Insights*, Vol 15, Issue 27, 2011.