

e-JUS

Revista de Direito

Setembro 2011 - Nº 00 (edição especial)

Publicação acadêmica dos cursos de bacharelado em Direito das Faculdades Ibes e Facsal.

Nesta Edição

Assédio sexual: questões conceituais;

Polícia restaurativa: propostas para o exercício da segurança pública cidadã;

A justiça penal entre dogmática e crítica: da jurisdição *una* aos mecanismos alternativos de solução de conflito;

Os processos de vitimização: um quadro sócio-jurídico a partir das falas de companheiras dos presos do Sistema de Justiça Criminal da Região Metropolitana de Salvador;

Consumismo e superendividamento;

Existe razão para que os direitos dos trabalhadores domésticos não sejam iguais aos trabalhadores regidos pela CLT?

Falas e silêncios: considerações sobre sistema penal e direito penal à luz dos princípios da dignidade humana;

Opinião: da Beligerância e da Conciliação: dois tempos do exercício do Direito.



FACSAAL

e-Jus

A Revista Jurídica e-Jus faz parte de um projeto acadêmico implementado pelo NDE dos cursos de direito das Faculdade IBES e FACSAL com o intuito de veicular reflexões acerca de temas relevantes ao Direito. Através de artigos de professores, pesquisadores e estudantes, a Revista pretende oferecer uma contribuição crítica e acadêmica à produção jurídica Baiana.

Uma publicação do NDE – Núcleo Docente Estruturante dos Cursos de Direito do Instituto Baiano de Ensino Superior - IBES e da FACSAL / ISEC – Instituto Salvador de Ensino e Cultura.

Conselho Editorial:

Prof. José Paulo Soriano de Souza
(FACSAL)

Prof. Paulo César Borges Alves
(FFCH/UFBa)

Prof^a Déa Carla Pereira Nery (IBES)

Des. Dr. Arnaldo Boson Paes (TRT/PI)

Prof^a Thais Cairo Souza Lopes
(MPE/TO)

Revisão Geral:

Profa. Renata Spinola (IBES/FACSAL)

Instituição Realizadora:

Diretor:

Prof. Daniel Branco

Coordenação Pedagógica:

Profa. Paloma Branco

Coordenadores:

Profa. Fernanda Cerqueira
(IBES/Noturno)

Prof. Márcio Gentil
(FACSAL/Matutino)

Profa. Edinéia Almeida
(FACSAL/Noturno)

Planejamento e Produção da Revista

Núcleo Docente Estruturante – NDE

Prof. Hugo Roxo

Prof. Anderson Silveira

Prof. Lucas Marques

Prof. José Francisco Santana

Projeto Gráfico

Agência Modelo P2

Diego Rodrigues

Acesso na Web:

www.ibes.edu.br

www.unilist.com.br/facsal

Endereço para correspondência:

Endereço do IBES:

R. Luis Portela da Silva, 628, Itaigara,
Salvador/Ba - CEP: 41.815-290

Endereço da FACSAL:

R. Wanderley de Pinho, 527, Itaigara,
Salvador/Ba - CEP: 41.815-270



Ficha Catalográfica

E-Jus Revista de Direito - IBES/FCSAL. – Ano 1, n. 1. (abr. 2011)
. – Salvador, 2011.

Semestral.

1. Direito. 2. Dignidade da pessoa humana. 3. Direito penal.
4. Assédio sexual. 5. Direito do consumidor. I. IBES/FACSAL. II. Título.

CDU: 340

Editorial

NDE

O NDE - Núcleo Docente Estruturante dos Cursos de Direito do Ibes e da Facsal / Isec é composto pelos seguintes membros que assinam este Editorial:

Prof. Hugo Roxo

Prof. Anderson Silveira

Prof. Lucas Marques

Prof. José Francisco Santana

Como é difícil conter a euforia ao perceber que foi possível realizar um projeto como a Revista e-Jus. O sentimento é quase infantil; como aquela criança que explode de felicidade com o novo presente. Trata-se da realização de algo especial em vários sentidos: não foi uma surpresa, não chegou pronto! Construimos coletivamente um produto a partir de um longo trabalho de amadurecimento, debates, discussões, reuniões e, sobretudo, muito suor. Construimos também laços de amizade, cooperação, parcerias. Enfim: construímos pontes, crescemos juntos e nos fortalecemos como equipe.

A Revista e-Jus pretende lançar um olhar crítico sobre diversos temas relevantes ao Direito. Seja em seu aspecto técnico, seja em termos de uma reflexão de caráter mais sociológico, histórico e/ou filosófico, a fundamentação séria e a pesquisa bibliográfica criteriosa são elementos essenciais ao desenvolvimento

dos temas propostos para nossas edições. Com base em tais pontos, o Núcleo Docente Estruturante do Instituto Baiano de Ensino Superior (IBES) e da Faculdade Salvador (FACSAL) investiram na tarefa de transformar esta publicação jurídica não somente em um importante motivo para o aperfeiçoamento de reflexões acadêmicas, como também em um relevante veículo de debates e reflexões no âmbito dos profissionais do direito da Bahia. Temos presentes as nossas limitações e dificuldades, mas isto é um sonho coletivo!

Neste primeiro número da revista, dedicamos atenção especial ao princípio constitucional da “Dignidade da Pessoa Humana”. Antes de qualquer patrimônio possível, seja histórico, econômico, jurídico, arquitetônico, cultural, constituímos-nos como um patrimônio humano. Ora, este patrimônio não se reduz a mesquinhez das desigualdades impostas sob a denominação de raças, línguas ou

religiões. Sua dinâmica subsiste no íntimo mais universalizante da humanidade. Ou seja, em uma dimensão efetivamente ecumênica da espécie humana. Por outro lado, a aceleração do ritmo das trocas globais, a padronização dos mercados internacionais, a interdependência entre estados nacionais, o desequilíbrio geopolítico e militares planetário, assim como as problemáticas relativas à sustentabilidade dos estados, das políticas afirmativas, das ações reparadoras envolvendo grupos étnicos, culminam na radical intensificação dos fluxos humanos, evidenciando assim os termos mais explícitos das suas dessemelhanças. Para muitos, as diferenças são naturais; para outros, consequências de longos processos sócio-históricos tensos, carregados de significados.

Seja em análise macrosocial, seja em análise microssocial, uma pergunta urge necessária: que significa “Dignidade da Pessoa Humana”? Será óbvio expressar as vicissitudes da singularidade da pessoa (persona) em sua dimensão universal da espécie? Será que entendemos de modo justo implicações de um individualismo? Será que compreendemos o binômio indivíduo-pessoa? Tantas são as questões; impossível sintetizar as polêmicas. Nesse sentido, propomos girar reflexões em torno da gravidade deste eixo.

O conjunto de artigos desta edição destaca as contribuições a saber: Flávia Marimpietri discute o consumismo e o superendividamento, cogitando a possibilidade da construção de uma política pública de defesa e proteção dos consumidores a fim de ajudar a prevenir tais fenômenos. Rodolfo Pamplona Filho

apresenta um interessante panorama sobre as principais teses relativas a assédio sexual, ao mesmo tempo em que procura sistematizar uma definição contemporânea para este problema. Já Déa Carla Pereira Nery discute a segurança pública à luz do que se convencionou chamar de Polícia Restaurativa, bem como as medidas associadas ao que a autora chama de “novo paradigma policial”. Emanuel Vinicius propõe a construção de um quadro sócio-jurídico de análise, a partir dos relatos de duas mulheres de companheiros condenados por crimes na Região Metropolitana de Salvador, acerca dos processos de vitimização. Elmir Duclerc empreende uma releitura crítica das relações entre processo penal e não penal na tentativa de validar a hipótese de uma jurisdição penal una. Leila Tourinho faz um cotejamento sobre as distinções jurídicas acerca dos regimes de trabalho doméstico e aqueles regidos pela CLT como forma de refletir a desigualdade no tratamento dos trabalhadores. Por fim, Hamilton Borges dos Santos propõe uma série de considerações sobre o princípio da dignidade humana cujo eixo argumentativo gira em torno do sistema penal, por um lado, e do direito penal, por outro.

Enfim, vale enfatizar que tais páginas não encerram a discussão. Cuidamos para que todos percebam o ponto de partida. Em verdade, pretendemos engendrar o debate, potencializar a crítica comprometida, responsável. Temos fé de garantir a continuidade em outro exemplar, com publicação breve, quem sabe ainda mais amadurecida.

Núcleo Docente Estruturante.

Consumismo e Superendividamento.
Flavia Marimpietri

Página
08

Assédio Sexual: questões conceituais.
Rodolfo Pamplona Filho

Página
12

Polícia restaurativa: propostas para o exercício da segurança pública cidadã.
Déa Carla Pereira Nery

Página
30

A justiça penal entre dogmática e crítica: da jurisdição una aos mecanismos alternativos de solução de conflito.
Elmir Duclerc

Página
42

Os processos de vitimização: um quadro sócio-jurídico a partir das falas de companheiras dos presos do Sistema de Justiça Criminal da Região Metropolitana de Salvador.
Emanuel Vinícius Santos Silva

Página
56

Existe razão para que os direitos dos trabalhadores domésticos não sejam iguais aos dos trabalhadores regidos pela CLT?
Leila Ornellas Tourinho

Página
72

Falas e silêncios: considerações sobre sistema penal e direito penal à luz dos princípios da dignidade humana.
Hamilton Borges dos Santos

Página
90

Opinião: da Beligerância e da Conciliação: dois tempos do exercício do Direito.
Anderson Silveira e Hugo Roxo

Página
109

Consumismo e Superendividamento

Flavia Marimpietri

*Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela
Universidad del Museo Social Argentino – UMSA.
Professora da Faculdade Salvador – FACSAL e da
Faculdade de Tecnologias e Ciências – FTC.
Advogada-Coordenadora da Diretoria de
Assuntos Especiais do Procon/Ba.*

Há muito é sabido que as necessidades humanas são finitas, mas os desejos infinitos; a necessidade é saciada com a apropriação ou consumo de algo premente e indispensável à vida humana. É mister ponderar que o indivíduo já nasce com elas, e saciá-las consiste no que há de mais intrínseco e primitivo no ser humano. Não se pode viver sem saciar a fome, o sono, a sede, etc. Como o homem é um ser social, agrega ainda necessidades outras como moradia, transporte, vestuário, etc. Já os desejos são criados e incutidos neste ser social; é algo humanamente dispensável, mas que, na contemporaneidade, ganha proporções assustadoras, pois somos, cada dia mais, forçados pelos grandes instrumentos de manipulação de massas a confundi-los com necessidades. Enquanto a necessidade morre com a aquisição do objeto, a satisfação de um desejo significa apenas o início de outro.

Desta forma, na atual sociedade capitalista e massificada, em que se produz muito para que o consumo ocorra em igual escala, buscamos cada dia mais a satisfação de desejos, sem perceber que tal movimento conduz à uma escalada infinita. Um desejo satisfeito faz nascer outro, outro e outro.... Consumir devia significar preencher necessidades, e não satisfazer desejos. Nada contra ter um ou outro desejo, pequenos deleites; mas viver para satisfazer todos os desejos, sem escaloná-los em termos de prioridades (e de valores econômicos), é deveras perigoso. Vivemos na era do consumismo, ou seja, consumir por consumir, por prazer, status, por vaidade, por ansiedade, por recompensa. Compramos a ideia de que consumir é sinônimo de felicidade.

Todo esse processo frenético de viver para consumir tem um preço que, no nosso sistema capitalista, todo indivíduo tem que pagar: o consumidor acaba por gastar muito mais do que pode a sua (muitas vezes frágil) capacidade financeira, embrenhando-se em um terreno altamente perigoso. Com dívidas cada dia maiores e nome inscrito nos cadastros de maus pagadores, o consumidor perde, paulatinamente, a capacidade de sair deste estado de inadimplência. Instala-se um ciclo vicioso. As dívidas impedem a concessão de novos créditos para pagamento das antigas dívidas, surgindo assim, um enorme problema: o acúmulo destas e o aparecimento de outras. O resultado deste processo cria uma figura bizarra: um consumidor totalmente

endividado, sem nenhum poder de compra (inclusive para satisfação de suas necessidades básicas), portador de dívidas enormes e de angústias ainda maiores.

Nos dias atuais, vê-se consolidado o fenômeno do superendividamento – pessoas que gastam muito mais que suas receitas, na busca incessante de satisfazer desejos, com a ilusão de que, com isto, conseguirão suprir seus vazios existenciais, ascender socialmente ou serem reconhecidos como cidadãos. No pensamento de uma grande massa manipulada, consumir é a única saída; daí nasce o chamado “consumismo”. Consumismo significa o consumir por consumir, consumir para satisfazer todos os desejos (como se isso fosse possível...). Sem sombra de dúvida, o consumismo é um importante e decisivo fator causador do fenômeno acima.

O consumismo vende a ideia de que é preciso consumir para ser feliz e ser “alguém”; todos os dias a sociedade é bombardeada com promessas de felicidade e status, através de propagandas de tênis de marca, de carros do ano, de roupas de grife. É preciso consumir para “incluir” ou, ao menos, sentir-se “incluído”. O problema é que nada disso pode suprir nossas questões interiores ou mudar nossa personalidade perante o outro ou perante nós mesmos. Segundo o professor Gey Espinheira (2008), o vazio existencial surgido pelas nossas dificuldades de relacionamentos sociais ou nossas questões psíquicas, não

podem ser preenchidas com bolsas, celulares e carros. Acrescenta ainda que a necessidade hoje não representa a falta de produtos (escassez dos recursos), mas sim, a incapacidade aquisitiva de certos consumidores.

Cada dia mais, confunde-se necessidade com desejo, e de uma forma tão perversa que, se não satisfeito tal desejo, o indivíduo é capaz de sentir o mesmo sentimento da não satisfação de uma necessidade fisiológica, o que é insuportável.

O resultado deste angustiante processo desemboca na violência ou no superendividamento.

A violência, basicamente, assume duas formas: a violência real (que explica o número crescente de assaltos e sequestros) e a simbólica. Na era em que o "ter" é mais importante que o "ser", tudo que se consome representa muito mais do que o simples objeto adquirido. É como se, ao poder consumir mais, alguém pudesse ser "melhor" ou "mais feliz" que outrem. Na lição do antropólogo Everardo Rocha (2008), o consumo, hoje em dia cria, "pontes" e "muros" - como consumir transformou-se em um código cultural, comprar certo produto significa ter a ilusão de pertencer àquele universo simbólico que este representa. Comprar uma TV de plasma de 42 polegadas, mesmo que não caiba na sala da casa do consumidor (tampouco no "bolso"), significa construir "pontes" entre os consumidores que

também tem o mesmo equipamento, ao tempo em que se constrói "muros" para afastar os que não têm (com os quais aquele consumidor não quer se "misturar"). Em pleno século XXI, voltamos a viver no sistema de castas medieval.

O segundo caminho, alternativo à violência, segue o consumidor que compra tudo aquilo que constrói "pontes" e "muros" para "ser/ter" alguém na vida, mesmo que isso signifique a sua ruína financeira e a sua morte sócio-econômica. Este consumidor, em breve, terá muito mais dívidas que sua capacidade econômica, e será um superendividado. O problema é que esta nova categoria de consumidor não conta, no Brasil, com ajuda nenhuma para se recuperar; a iniciativa privada fecha as portas do crédito por meio de inscrição em cadastros de proteção ao crédito (que se multiplicam em vários setores), enquanto o Estado, a despeito de legitimar a possibilidade de falência e recuperação de empresas falidas, ao cidadão, não oferece nenhum subsídio, possibilidade da decretação de falência ou mesmo educação para o consumo consciente do crédito.

Neste contexto, urge a construção de uma política pública de defesa e proteção **c o n t r a o f e n ô m e n o d o** superendividamento, cabendo às entidades governamentais de defesa do consumidor como os PROCONS, organizarem-se para ajudar a prevenir tal fenômeno. Mister ainda, oferecer aconselhamento e ajuda aos já

endividados. Neste diapasão, é mister buscar ferramentas para a difusão do uso consciente do crédito, o que ocorre em alguns estados nos chamados NÚCLEOS DE SUPERENDIVIDADOS. Tais núcleos visam dar apoio ao consumidor para recuperação do crédito, educar para o consumo sustentável e uso do crédito consciente, bem como, orientar a elaboração de orçamento doméstico.

Os efeitos do superendividamento são devastadores. Além do grave entrave na sua vida econômica gerado pelo acúmulo de dívidas e da falta de crédito, é atribuído ao consumidor devedor o estigma de fracassado. Tal situação chegou ao ponto do intolerável, através da prática comum a várias empresas que não contratam funcionários possuidores de CPF inscrito em órgãos de proteção ao crédito, mesmo que isso em nada prejudique sua futura função. O mencionado estigma arraiga-se de tal forma no consumidor que se encontra nesta situação, que gera graves abalos nas finanças e, sobretudo, na autoestima e na dignidade do cidadão.

Mister ressaltar que a ajuda estatal aos superendividados não significa a institucionalização do “calote”, como querem fazer crer alguns. O consumidor superendividado é considerado apenas aquele que, apesar da clara demonstração de sua boa-fé objetiva, traduzida em ações demonstrativas do seu animus solvendi, precisa de apoio e crédito para reorganizar sua vida financeira. Mas não é só; é preciso ensiná-lo a melhor planejar seu orçamento

doméstico, alertando-o a fugir do crédito fácil e conscientizando-o das ilusões criadas pela indústria do consumismo. É preciso agir em várias direções: orientar os ainda não superendividados para que não caiam nas “armadilhas” do mercado, orientar e ajudar a reorganizar a vida financeira dos chamados superendividados passivos (aqueles que se endividam por fatos alheios à sua vontade, como morte, desemprego, doença, etc) e ativos (aqueles que abusam do crédito pelo consumismo).

No último caso, alguns diriam que a ninguém é dado o direito de beneficiar-se da própria torpeza, logo, o consumidor que abusou do crédito por razões não alheias à sua vontade não mereceria ajuda. Ressalte-se contudo, que o cenário do nosso país tem como protagonistas uma população enorme de pessoas que vivem abaixo da linha da pobreza, onde muitos são analfabetos (fáticos ou funcionais), e onde impera uma educação pública totalmente sucateada. É justamente nessa “massa” que se despeja todos os dias a ilusão da ascensão pelo consumismo, e não pela educação, pela qualificação. É essa mesma “massa” que está a mercê da mídia, do crédito fácil, através do qual as pessoas celebram contratos de empréstimos no meio da rua, puxadas pelo braço por um vendedor que lhes ofertam todos os tipos de sonhos e “facilidades”, ao tempo em que pedem apenas para “assinar no local do X”.

Não se podem olvidar os princípios

consumeristas, em especial o da harmonização dos interesses dos partícipes da relação de consumo (consumidores e fornecedores); não por caridade, e sim, porque este importante princípio, ao lado da vulnerabilidade inerente a todo consumidor, serve para alertar sobre a interdependência entre consumidores e fornecedores. Se os consumidores precisam do crédito para consumir, é fato também que, se não há para quem produzir, o “feitiço vira contra o feiticeiro”. Se o fornecedor aniquila totalmente a capacidade de compra do consumidor, como consequência, não escoa sua produção e, em breve, terá sérios prejuízos; consumidores e fornecedores são diferentes lados de uma mesma moeda.

Ademais, deixar o consumidor desamparado e à própria sorte, no melhor estilo “o mercado se autorregula”, não condiz com as diretrizes constitucionais do Estado Social de Direito, em especial com a diretriz da dignidade da pessoa humana.

Referências:

ESPINHEIRA, Gey. Compro, logo sou feliz – artigo publicado no jornal A TARDE em 20/12/0. Salvador: 2008.

MARIMPIETRI, Flávia. Pressupostos para a revisão dos contratos de consumo. Salvador: EGBa, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ROCHA, Everardo. Compro, logo sou feliz - artigo publicado no jornal A TARDE em 20/12/08. Salvador: 2008

SANTOS, Cláudio Sinoé A. dos. Superendividamento – A fragilidade do Consumidor. Disponível em: www.tex.pro.br/wwwroot/06de2005/superendividamento_claudiosinoeardenghydosantos.htm. Acesso em: 26/01/09.

TOLEDO, Gislaine Barbosa. O superendividamento e os novos direitos dos consumidores. Disponível em: www.ultimainstancia.uol.com.br/artigos/ler_noticia.php?idNoticia=36735. Acesso em: 26/01/09.

Assédio Sexual: questões conceituais

Rodolfo Pamplona Filho

*Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela
Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP.
Professor Titular da Faculdade de Direito da
Universidade Federal da Bahia – UFBA.
Juiz do Trabalho da Quinta Região.*

01. Introdução – objetivo do trabalho.

Falar sobre assédio sexual é, em verdade, dissertar sobre uma doença social muito antiga, que é vista, porém, na sociedade contemporânea, sob uma nova roupagem. É, na expressão de Michael Rubinstein, lembrado por Pinho Pedreira, “um termo novo para descrever um velho problema”.

Na abordagem que faremos, neste trabalho, procuraremos fazer uma síntese das principais teses que professamos sobre este tão controverso tema, permitindo uma visão panorâmica e – por que não dizer? – introdutória àqueles que resolverem enfrentá-lo.

02. Conceito.

Em termos de direito positivado, a única forma de assédio sexual criminalizada no Brasil é a ocorrente nas relações de trabalho subordinado, pois inseriu no Código Penal o seguinte tipo: “Assédio sexual. Art. 216-A. 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.”

O problema do assédio, todavia, é muito mais amplo do que a forma conceituada e criminalizada no Brasil, o que poderá ser constatado durante nossa exposição.

Conceituamos, por isto, o assédio sexual como toda conduta de natureza sexual não desejada que, embora repelida pelo destinatário, é continuamente reiterada, cerceando-lhe a liberdade sexual.

Por se constituir em uma violação do princípio de livre disposição do próprio corpo, esta conduta estabelece uma situação de profundo constrangimento e, quando praticada no âmbito das relações de trabalho, pode gerar consequências ainda mais danosas.

E a expressão “quando praticada no âmbito das relações de trabalho” é aqui utilizada não como mero recurso de estilística, mas sim para destacar que este fenômeno social não se restringe aos vínculos empregatícios como tipificado no Brasil. De fato, pode o assédio sexual se dar em várias outras formas de

relação social, sendo exemplos didáticos o meio acadêmico (entre professores, alunos e servidores), o hospitalar (entre médicos, auxiliares e pacientes) e religioso (entre sacerdotes e fiéis).

03. Denominação.

Em relação à denominação hoje consagrada, ela corresponde ao termo inglês “sexual harassment”, que também traz, em si, a ideia de insistência – reiteração – nas propostas – “convites” – para a prática de ato com conotação sexual (ainda que haja resistência expressa a eles), o que – veremos – é um elemento necessário para sua caracterização.

O fenômeno, porém, é tão universal, que quase todos os idiomas mais falados no mundo trazem uma expressão própria para sua identificação.

Lembra Alice Monteiro de Barros, inclusive, que alguns “autores equiparam o assédio sexual ao uso medieval do jus primae noctis (direito à primeira noite), que obrigava as recém-casadas a passarem a noite de núpcias com o senhor do lugar, havendo decisão, de 1409, na França, declarando ilícita essa prática”.

4. O Assédio Sexual como um Ato Ilícito.

Numa reflexão dialética, poder-se-ia suscitar: “em que pese ser reprovável social e moralmente, onde está a ilicitude do assédio sexual, quando

praticado fora dos limites do tipo penal?"

Tal questionamento é muito mais profundo do que se pode conceber, a priori.

De fato, existem diversas condutas que, sob determinados prismas focais, podem chocar seus receptores - como, por exemplo, uma "grosseria" no trato social ou uma quebra de regra de etiqueta -, mas que, vistas como atos isolados (e não como parte de um conjunto de ações sistematicamente coordenadas para intimidar), não podem ser consideradas como atos ilícitos.

O assédio sexual, todavia, não se encaixa neste perfil mencionado, uma vez que constitui uma violação ao princípio maior da liberdade sexual, haja vista que importa no cerceamento do direito individual de livre disposição do seu próprio corpo, caracterizando-se como uma conduta discriminatória vedada juridicamente.

É por isto que se justifica, ainda que a lei brasileira própria somente criminalize a conduta quando ocorrida nas relações de trabalho e mediante "constrangimento", o sancionamento civil lato sensu da conduta dos assediadores, em quaisquer das formas possíveis de assédio, tendo em vista que estes ultrapassaram os limites da sua própria liberdade sexual.

Esta ideia nos parece muito importante para o desenvolvimento deste trabalho, uma vez que, se o assédio sexual for considerado um ato que não transborde os limites da licitude, não há como, em regra, imputar qualquer

responsabilidade a quem quer que seja, ou mesmo, em última análise, propugnar seriamente por qualquer medida preventiva de sua ocorrência nas meios sociais.

Desta forma, o assédio sexual, enquanto ilícito, deve ser considerado como uma violação ao postulado dogmático da liberdade sexual, não devendo ser encarado como uma rele "infração moral", até mesmo porque, no âmbito das relações sociais, os limites da juridicidade e da moralidade são muito tênues.

Na lição de Miguel Reale - aqui transcrita integralmente para preservar o conteúdo e precisão do raciocínio - "é na natureza mesma do homem, - o único ente que originariamente é enquanto deve ser, - que se deve buscar a fonte da vida ética, condicionando transcendentemente, as diversas experiências arqueológicas que compõem a tessitura da sociedade e da história. Se o homem não é concebível sem os valores que o inspiram, e se a todos os homens tem de ser assegurada a possibilidade de serem o que "moralmente devem ser", a subjetividade da pessoa e a objetividade de uma ordem social de pessoas surgem como valores distintos, mas complementares: é no conceito de "bilateralidade atributiva" que vejo concretizar-se esse nexos de distinção e complementariedade, através do processo dialético de implicação-polaridade que governa as experiências moral e jurídica.

Essa complementariedade

essencial é posta pela ideia mesma de pessoa humana como valor-fonte, da qual todos os valores sociais promanam, tornando-se compreensível o que no início deste trabalho assinaei: não somente a possibilidade, mas a necessidade de atender tanto para a universalidade como para a condicionalidade histórica das relações entre a moral e o direito. Se estes, através dos diferentes ciclos culturais, apresentam uma gama variada de soluções, tal acontece exatamente por não ser possível coexistência social, moralmente fundada em liberdade, sem a pluralidade de que decorre.

Tais relações, por outro lado, serão moral e juridicamente legítimas na medida e enquanto se diversificarem dentro dos limites resultantes do que se poderia denominar “a abertura angular axiológica da pessoa”: o valor da pessoa humana atua como fulcro irradiante de múltiplas experiências éticas, condicionando, “in concreto”, variáveis formas de moralidade e juridicidade, sem que uma possa ser reduzida à outra, muito embora, como muitas vezes acontece, a mesma ação humana possa atender, concomitantemente, a ambas as ordens de valores.

Ora, quando dois valores ou expressões da vida humana põem-se um perante o outro de tal modo que um não possa ser concebido ou ser atualizado sem se referir necessariamente ao outro, e, ao mesmo tempo, se verifica a impossibilidade de serem reduzidos um ao outro, dizemos que há entre eles uma

relação dialética de implicação-polaridade ou de complementariedade.

Esse concomitante nexo de distinção e complementariedade revela, por outro lado, que, muito embora tais valores incidam sobre distintos níveis de ação, eles reciprocamente se completam. É assim que o direito, por mais que se expanda como ordenamento objetivo, jamais logrará cobrir todo o campo do social, pois se tudo se subordinasse integralmente às regras jurídicas (a inspiração do artista e as formas de sua imaginação criadora; a vocação do sacerdote e a religiosidade dos crentes; a vocação dos cientistas e o sentido de suas pesquisas, etc.) estancar-se-iam, também integralmente, as fontes vivas da subjetividade, e a paz jurídica seria a do espírito esvaziado de liberdade, a de um mundo habitado pela figura fantasmal do “homo juridicus”. A moralidade ou o valor moral do direito consiste, como se vê, na fidelidade aos fins da heteronomia e da coercibilidade, cujos limites resultam das necessidades inerentes à coexistência garantida dos demais valores, no exercício de uma função histórica que já me levou a apontar a justiça como sendo “o valor franciscano”, cuja valia consiste em valer para que os demais valores valham”.

5. Elementos caracterizadores.

Visando a estabelecer os elementos caracterizadores do assédio sexual, encontramos sérias dificuldades na doutrina especializada e mesmo nas legislações do direito comparado, tendo

em vista a inexistência de unanimidade quanto a seus elementos definidores.

Isto ocorre, no nosso sentir, por uma evidente confusão entre as espécies de assédio sexual e seus elementos definidores ou suas agravantes, dificuldade esta que, modestamente, procuraremos superar com o conceito supra estabelecido.

De fato, conceituamos assédio sexual como "toda conduta de natureza sexual não desejada que, embora repelida pelo destinatário, é continuamente reiterada, cerceando-lhe a liberdade sexual".

Assim sendo, podemos vislumbrar como elementos caracterizadores básicos do assédio sexual:

- a) Sujeitos: agente (assediador) e destinatário (assediado);
- b) Conduta de natureza sexual;
- c) Rejeição à conduta do agente;
- d) Reiteração da conduta.

Estes são, na nossa opinião, os elementos coincidentes na comparação entre as diversas legislações no direito comparado e a correspondente casuística. Reconhecemos, porém, que eles não correspondem às classificações procedidas pelos principais doutrinadores nacionais e estrangeiros, ou mesmo pela visão comum da matéria (que sempre associa o assédio sexual a uma questão de poder).

Tal discrepância se justifica pela preocupação em obter uma sistematização científica da matéria,

separando os elementos essenciais de outros, meramente incidentais.

Declaramos reconhecer, de logo, porém, que não é possível estabelecer um padrão universal de conduta, mas sim apenas elementos universais de identificação do assédio.

Vejamos, portanto, a seguir, estes requisitos essenciais.

5.1. Sujeitos.

A caracterização do assédio sexual exige, pelo menos, a presença de dois indivíduos: o agente (assediador) e o destinatário do assédio (assediado).

A expressão "pelo menos" é utilizada, aqui, por uma questão de rigor técnico, uma vez que a doutrina especializada, bem como a legislação e a jurisprudência de alguns países, tem apresentado uma espécie de assédio sexual (como veremos em tópicos posteriores), cujo constrangimento e instigamento sexual podem ser procedidos por mais de um colega, em função do próprio meio ambiente de trabalho.

Na esmagadora maioria dos casos noticiados, o sujeito ativo do comportamento configurador do assédio sexual é o homem, e são afetadas, predominantemente, as mulheres, embora possa ser o contrário, mas em proporção muito menor.

Não se descarta, porém, a possibilidade de configuração do assédio sexual, ainda, entre pessoas do mesmo sexo. Em verdade, como já destacamos em

outro trabalho, “o caráter preconceituoso com que a conduta homossexual é encarada na sociedade é um elemento importante para a constatação da possibilidade fática de ocorrência de atos discriminatórios contra si”.

Se, comumente, há uma relação de poder entre assediante e assediado, este não é um requisito essencial para sua caracterização em sentido amplo, pois o assédio sexual trabalhista poderá ocorrer também entre colegas de serviço, entre empregado e cliente da empresa e até mesmo entre empregado e empregador, figurando este último como vítima. É necessário, contudo, saber efetivamente de quem é a autoria do assédio, para efeito de delimitação de responsabilidades.

A circunstância fática de as mulheres serem as vítimas mais comuns do assédio sexual é atribuída, por Maurice Drapeau, à estratificação vertical, consistente no fato de que, em geral, as mulheres ocupam empregos nos quais são subordinadas aos homens; e à segregação horizontal, como se designa a especialização dos empregos em função dos sexos, em consequência da qual as mulheres se encontram majoritariamente nos empregos de secretárias, recepcionistas, enfermeiras, professoras etc., em que há um linha muito tênue de diferenciação entre a função pura e simples e os favores pessoais.

De acordo com informação de Pinho Pedreira, no Brasil, “pesquisa realizada no princípio de 1995 pela Brasmarket, em doze capitais, e

publicada na revista *Veja* (ano 28, n. 7), concluiu que 52% das trabalhadoras já foram assediadas”.

5.2. Conduta de natureza sexual.

O que é uma conduta de natureza sexual?

É difícil, talvez impossível, encontrar-se um padrão universal de conduta. Basta lembrar os banhos públicos em Roma para constatar que a moral e os costumes variam de sociedade para sociedade, dependendo necessariamente de época para época,

Logo, o que é uma conduta de natureza sexual para uma determinada sociedade pode não ser para outra. O exemplo brasileiro de saudação informal (um, dois ou três beijos, a depender da região) pode ser extremamente escandaloso para determinadas sociedades ou, dentro do próprio Brasil, ser considerado ato inconveniente, a depender do local em que é praticado.

Como observa Aloysio Santos, em uma das obras pioneiras no Brasil sobre assédio sexual, o “comportamento sexual agressivo ou desviado dos objetivos de gerar a vida e satisfazer a libido, que advém de uma necessidade fisiológica natural, é uma violência física (porque fere, magoa) e, ao mesmo tempo, uma violência moral (considerando que, dentre outros males, destrutura a psique, cria medos e gera angústia), causando, portanto, uma série de danos à vítima dessa agressão,

especialmente a mulher.

C o n s i d e r a - s e comportamento sexual desviado os atos de conduta do homem ou da mulher que, para obter a satisfação do seu desejo carnal, utiliza-se de ameaça, seja ela direta ou velada, ilude a outra pessoa, objeto do seu desejo, com promessa que sabe de antemão que não será cumprida, porque não pretende mesmo fazê-lo ou porque é impossível realizá-la; ou, ainda, age de modo astucioso, destruindo a possibilidade de resistência da vítima.

Em termos de atos sexuais sadios, a outra pessoa sempre deve ter a chance de dizer não; caso contrário o sexo estará sendo praticado com violência”

A casuística sobre o assédio sexual revela que o mesmo pode se caracterizar através de diversos tipos de atos, que vão desde comentários sexuais (piadas de duplo sentido, insinuações ou gracejos) até, em ponto extremo, à ameaça – física ou verbal – direta com o intuito de obtenção de favores sexuais.

A importância no destaque deste elemento se revela pela conjugação dos dois próximos tópicos.

5.3. Rejeição à conduta do agente.

Para que o assédio sexual se configure plenamente, não basta a conduta de natureza sexual.

De fato, é essencial que esta conduta seja repelida pelo seu destinatário, expressamente ou – para efeito de prova – pela observação do que

ordinariamente acontece (as máximas da experiência).

Como é cediço internacionalmente, é importante enfatizar que o assédio sexual se vincula a condutas não desejadas e desagradáveis para o receptor, ou seja, impostas, apesar de não correspondidas. Este é o fator chave que as distingue de outras condutas, praticadas em relações perfeitamente amistosas.

O assédio supõe sempre uma conduta sexual não desejada, não se considerando como tal o simples flerte ou paquera. Por isso, muitas vezes só é possível considerar indesejada a conduta de conotação sexual quando o assediado inequivocamente manifesta oposição às propostas e insinuações do assediante.

Como já afirmamos alhures, seja “em função da longa duração diária da jornada de trabalho ou do contato frequente imposto pelo desempenho das tarefas habituais, o certo é que o ambiente de trabalho facilita sobremaneira a aproximação dos indivíduos.

Nada impede que, nesse convívio diuturno, colegas de trabalho tenham, entre si, um relacionamento amoroso, fruto de paixões espontâneas nascidas justamente pelo conhecimento do temperamento, personalidade e caráter do companheiro de labor.

Enquanto esse relacionamento afetivo somente diz respeito à vontade livre do casal, não há que se falar em nenhuma implicação jurídica para a relação de emprego, sendo,

somente, uma circunstância natural da vida privada e íntima do ser humano.

Todavia, podem ocorrer hipóteses em que a paixão despertada em um não seja correspondida pelo outro, em que pese a insistência do primeiro.

Caso esta circunstância se dê entre trabalhadores de nível hierárquico diferente e/ou entre empregador e empregado, em que uma das pessoas tem o poder de decidir sobre a permanência ou não da outra no emprego ou de influir nas promoções ou na carreira da mesma, caracterizado estará o assédio sexual, se a conduta do assediante se traduzir em pressões ou ameaças - explícitas ou implícitas - com o objetivo evidente de obter os favores sexuais do assediado”.

Assim sendo, embora não seja essencial para sua caracterização, é importante que as pessoas que acreditam estar sendo objeto de assédio sexual cientifiquem o presumido assediador que seu comportamento não é desejado. É razoável se esperar que esse aviso dê lugar ao abandono imediato da conduta indesejável, sob pena de se caracterizar/comprovar mais facilmente o assédio.

Se há uma anuência da vítima, ainda que viciada, na prática da conduta de natureza sexual, estes fatos, a priori, transbordam dos limites do assédio sexual para alcançar a questão do abuso sexual (inclusive dos tipos penais correspondentes).

5.4. Reiteração da conduta.

Como regra geral, o assédio sexual depende, para a sua configuração, de que a conduta do assediante seja reiterada.

Um ato isolado geralmente não tem o condão de caracterizar, doutrinariamente, tal doença social.

T o d a v i a , excepcionalmente, há precedentes jurisprudenciais no Direito Comparado que entendem que se a conduta de conotação sexual do assediante se revestir de uma gravidade insuperável (como, por exemplo, em casos de contatos físicos de intensa intimidade não aceitável socialmente), é possível o afastamento deste requisito

Como nos informa, com sua autoridade peculiar, Alice Monteiro de Barros, “o Tribunal do Reino Unido, no caso *Bracebridge Engineering Ltd. x Darby*, entendeu que um só incidente é suficientemente grave para se aplicar a lei contra discriminação sexual. A propósito, a legislação da Costa Rica assegura a possibilidade do assédio sexual configurar-se pela prática de uma única conduta, desde que seja grave.”

Apesar deste “desprezo jurisprudencial” por este requisito, a sua menção nos parece fundamental, uma vez que, salvo eventual divergência fundamentada em direito positivo (em que valerá o brocardo *dura lex, sede lex*), é sintomática a observação de que o afastamento deste requisito se dá sempre como exceção.

A análise conjunta com os requisitos anteriores, notadamente a interpretação do que seja, para determinada sociedade, uma conduta com conotação sexual, é que possibilitará descobrir se um simples apertão nas nádegas já caracteriza o assédio ou é apenas uma simples manifestação de falta de educação e desrespeito, quando não caracterizar algum tipo penal.

6. Espécies.

A doutrina especializada tem classificado o assédio sexual em duas espécies, com características diferenciais bem marcantes, que são o “assédio sexual por chantagem” e o “assédio sexual por intimidação”.

A primeira forma tem como pressuposto necessário o abuso de autoridade, referindo-se à exigência feita por superior hierárquico (ou qualquer outra pessoa que exerça poder sobre a vítima), da prestação de “favores sexuais”, sob a ameaça de perda de benefícios ou, no caso da relação de emprego, do próprio posto de trabalho.

Já a segunda espécie, também chamada de “assédio sexual ambiental”, é aquela que se caracteriza por incitações sexuais inoportunas, solicitações sexuais ou outras manifestações da mesma índole, verbais ou físicas, com o efeito de prejudicar a atuação de uma pessoa ou de criar uma situação ofensiva, hostil, de intimidação ou abuso no ambiente em que é tentado.

Vale destacar que esta é

uma classificação geral para todos os tipos de assédio sexual, e não exclusivamente o laboral. Todavia, como o assédio sexual ocorre com muito maior frequência no ambiente de trabalho, até mesmo pela circunstância da necessidade de convivência entre os colegas de serviço, é comum ser apresentada também uma outra classificação em dois grupos: assédio sexual laboral e assédio sexual extralaboral.

Analisemos, agora, portanto, estas duas espécies mencionadas.

6.1. Assédio sexual por chantagem (“assédio sexual *quid pro quo*”).

Esta é a espécie que, de forma mais comum, se visualiza o problema do assédio sexual, sendo a única a ser tratada de forma expressa no Direito Brasileiro, para efeito de tipificação penal, ainda que limitada às relações de trabalho.

De fato, é até mesmo sintomático que algumas legislações alienígenas somente considerem esta espécie de assédio sexual, tratando-a como uma questão de abuso de poder.

É de disso mesmo que se trata o abuso sexual por chantagem, pois, por ele, o agente exige da vítima a prática (e/ou a aceitação) de uma determinada conduta de natureza sexual, não desejada, sob a ameaça da perda de um determinado benefício.

Da mesma forma, enquadra-se também nesta espécie a aplicação do raciocínio a *contrario sensu*,

ou seja, a hipótese em que o assediador pretende que a vítima pratique determinado ato de natureza sexual, não com a ameaça, mas sim com a promessa de ganho de algum benefício, cuja concessão dependa da anuência ou recomendação do agente.

Justamente em função desta “barganha” de natureza sexual, é que esta forma de instigamento é conhecida como assédio sexual *quid pro quo*, que quer dizer, literalmente, “isto por aquilo”.

O assédio sexual *quid pro quo* é, portanto, uma consequência direta de um abuso de uma posição de poder, de que o agente é detentor. Por isto mesmo, a sua verificação se dá, potencialmente, em todas as formas de relações sociais em que há uma discrepância de poder, como, por exemplo, o campo educacional (professores X discípulos), esportivo (dirigentes de clubes e treinadores X atletas), hospitalar (médicos e auxiliares X pacientes) e religioso (sacerdotes X fiéis).

O certo é que esta forma de assédio sexual potencialmente ocorre com muito maior frequência nas relações de trabalho – tanto que esta é a única forma tipificada no Brasil - em que o empregado é dependente hierárquico do empregador, motivo pelo qual este último é tradicionalmente o sujeito ativo do assédio sexual. Todavia, não se pode descartar a hipótese de que outros trabalhadores que, por delegação sua, exerçam funções de confiança na empresa também possam ser caracterizados como

assediadores.

Um dado relevante a ser destacado, porém, é que, nesta forma de assédio, nem sempre é para si que pretende o superior hierárquico os favores sexuais ou condutas afins, pois pode acontecer que o faça para clientes ou credores da empresa.

6.2. Assédio sexual por intimidação (“assédio sexual ambiental”).

O “assédio sexual ambiental” é aquele que se caracteriza por incitações sexuais inoportunas, solicitações sexuais ou outras manifestações da mesma índole, verbais ou físicas, com o efeito de prejudicar a atuação de uma pessoa ou de criar uma situação ofensiva, hostil, de intimidação ou abuso no ambiente em que é intentado.

Trata-se, em verdade, de uma forma de intimidação, muitas vezes difusa, que viola o direito a um meio ambiente de trabalho sexualmente sadio (daí, a expressão “assédio sexual ambiental”).

Nesta espécie, o elemento “poder” é irrelevante, sendo o caso típico de assédio sexual praticado por companheiro de trabalho da vítima, ambos na mesma posição hierárquica na empresa.

O aspecto fundamental, portanto, não é a existência de ameaças, mas sim a violação ao seu “direito de dizer não”, através da submissão – notadamente de mulheres - a avanços repetidos, múltiplas blagues ou gestos sexistas

(mesmo que sua recusa não seja seguida de represálias).

A casuística desta segunda modalidade de assédio sexual (também conhecida, na área laboral, como assédio sexual "clima de trabalho" ou "clima de trabalho envenenado") é a mais ampla possível. Apontam-se, como caracterizadores, os seguintes atos: abuso verbal ou comentários sexistas sobre a aparência física do empregado; frases ofensivas ou de duplo sentido e alusões grosseiras, humilhantes ou embaraçosas; perguntas indiscretas sobre a vida privada do trabalhador; separá-lo dos âmbitos próprios de trabalho para maior intimidade das conversas; condutas "sexistas" generalizadas, destacando persistentemente a sexualidade em todos os contextos; insinuações sexuais inconvenientes e ofensivas; solicitação de relações íntimas, mesmo sem exigência do coito, ou outro tipo de conduta de natureza sexual, mediante promessas de benefícios ou recompensas; exibição de material pornográfico, como revistas, fotografias ou outros objetos, assim como colocar nas paredes do local de trabalho imagens de tal natureza; apalpadelas, fricções ou beliscões deliberados e ofensivos; qualquer exercício de violência física ou verbal.

Como observa o Mestre Pinho Pedreira, no "famoso aresto Vinson, de 1986, a Suprema Corte norte-americana, através do Juiz Rhenquist, reconheceu como assédio sexual também aquele que cria 'um ambiente de trabalho ameaçador, hostil e ofensivo'. Depois de

recordar que o princípio do 'ambiente hostil' tem sido aplicado às causas de molestamento racial, Rhenquist cita o acórdão Vinson, que estabeleceu analogia com o assédio sexual nestes termos: 'O assédio sexual que cria um ambiente de trabalho hostil e ofensivo constitui um obstáculo arbitrário à igualdade dos sexos, no local de trabalho, na mesma medida em que o molestamento racial constitui um obstáculo à igualdade das raças. Certamente, forçar um homem ou uma mulher a sofrer todas as espécies de comportamentos sexuais abusivos para ter o privilégio de trabalhar e ganhar sua vida pode ser tão humilhante e desconcertante quanto lhe infligir os epítetos raciais mais duros'. No também célebre aresto Janzen, da Corte Suprema do Canadá, o Juiz Dickson salientou que o assédio 'clima de trabalho' é proibido ao mesmo título que o assédio 'chantagem no trabalho'. Lembrou em seguida que os tribunais americanos e canadenses reconhecem duas categorias de assédio sexual: tanto o 'ambiente de trabalho hostil' quanto o 'donnant-donnant'".

É importante destacar, contudo, que embora esta espécie de assédio sexual não esteja tipificada como crime no ordenamento jurídico brasileiro, sua ilicitude – enquanto forma de violação à liberdade sexual – é evidente, devendo ser combatida e reparada na esfera civil e trabalhista.

7. A questão da culpa concorrente.

Um ponto que nos

parece importante em matéria de assédio sexual - que não é tratada com frequência pela doutrina autorizada - é a questão da culpa concorrente nos atos que levaram à caracterização do assédio sexual.

De fato, a questão da culpa concorrente, embora praticamente irrelevante para o direito penal, deve ser levada em consideração pelo juiz quando estiver enfrentando um litígio de natureza civil que trate do instigamento sexual.

É certo que ninguém pode ser forçado a praticar ato que viole a liberdade sexual de qualquer um. Todavia, a provocação da "vítima" será, no mínimo, uma atenuante ou uma explicação para o comportamento do "ofensor", ainda que não o justifique.

Nas palavras de Maria Helena Diniz, se "lesado e lesante concorreram com uma parcela de culpa, produzindo um mesmo prejuízo, porém por atos independentes, cada um responderá pelo dano na proporção em que concorreu para o evento danoso. Não desaparece, portanto, o liame de causalidade; haverá tão-somente uma atenuação da responsabilidade, hipótese em que a indenização é, em regra, devida por metade (RT, 221:220, 226:181, 216:308, 222:187, 156:163, 163:669, 439:112; RF, 109:672, 102:575) ou diminuída proporcionalmente (RT, 231:513). Haverá uma bipartição de prejuízos, e a vítima, sob uma forma negativa, deixará de receber a indenização na parte relativa à sua responsabilidade. Logo, a culpa concorrente existe quando ambas as partes agem com qualquer das

três clássicas modalidades culposas".

7.1. Culpa Concorrente stricto sensu.

Existem certos ambientes que exigem um determinado tipo de conduta social, que deve ser observada, inclusive, como uma cláusula contratual, em alguns tipos de atividade. Ao termo "conduta" se aplica até mesmo a vestimenta com que se vai ao trabalho, o que pode soar como extremamente razoável.

De fato, ambientes como hospitais, universidades e santuários religiosos exigem determinadas indumentárias que não seriam exigíveis, por exemplo, em academias de ginástica ou em trabalhos ao ar livre.

Assim sendo, se a vítima tem o hábito de se vestir de forma provocadora ou se pactua livremente com certas intimidades em público, não há como deixar de reconhecer que, de certa forma, está assumindo algum risco de receber propostas de natureza sexual.

Não estamos aqui, de maneira alguma, defendendo a conduta de assediadores, mas consideramos importante "tocar nesta ferida" para mostrar que, muitas vezes, um ato que se taxa de agressivo sexualmente (ressalte-se, novamente, que não estamos falando de violência sexual direta), muitas vezes é apenas uma resposta a um "aparente convite" da suposta vítima.

Em conclusão, destacamos, por isso, que o comportamento da alegada vítima, no

ambiente de trabalho, bem como sua "vida pregressa", devem ser levados em consideração na hora de se avaliar se um ato pode ser enquadrado ou não como assédio sexual.

Sobre o tema, vale a pena destacar a informação, noticiada nos principais jornais do mundo, de que enfermeiras inglesas foram proibidas de usar tangas debaixo de suas roupas brancas, no local de trabalho, em função de distúrbios comportamentais que estavam gerando nos pacientes.

7.2. O conluio entre vítima e assediante.

A questão do assédio sexual tem sido motivo para profundas reflexões sobre o tema da litigância de má fé.

Muitas vezes, por causa das vultuosas indenizações que se tem notícia no direito comparado, é fato que, ainda que jocosamente, tem-se falado em supostas "armações" entre a alegada vítima e o suposto assediador com o fito de lesionar terceiros (notadamente os responsáveis legais pelos atos do acusado lesionante).

Na área trabalhista, isto se mostra ainda mais "tentador", uma vez que o direito positivo brasileiro estabelece a responsabilidade civil objetiva do empregador por ato de seus prepostos, conforme se verifica do art. 932, III, do vigente Código Civil brasileiro, em linha já preconizada pela antiga Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal.

Esta prática, obviamente, deve ser duramente rechaçada pelo Poder Judiciário brasileiro, seja buscando evitar, quando possível, a estipulação de quantias milionárias a título de indenização por dano moral (por não ser essa a essência do instituto), seja condenando duramente em litigância de má-fé, como medida repressiva e didática de combate a esta patologia jurídica.

8. Poder e assédio sexual.

Como já se deve ter percebido, defendemos expressamente um ponto que diverge do "senso comum" sobre o assédio sexual, que é o fato do elemento "abuso de poder" não ser essencial para caracterizá-lo, do ponto de vista doutrinário (ainda que reconheçamos a sua imprescindibilidade para a persecução criminal).

De fato, o poder atua, sim, apenas como um elemento acidental para a caracterização do assédio sexual, que permite facilmente, quando presente, a sua configuração.

É possível, inclusive, fazer um paralelo, na espécie, com os elementos acidentais da relação de emprego, como, por exemplo, a continuidade e a exclusividade na prestação laboral.

Com efeito, para a caracterização de uma relação de emprego, não há necessidade que a prestação de serviços seja feita de forma exclusiva, podendo o empregado, caso tenha condições fáticas, manter mais de

um vínculo contratual com diferentes empregadores.

Todavia, quando presente o elemento exclusividade, fica mais fácil caracterizar a presença de outros elementos essenciais da relação de emprego, como, por exemplo, a pessoalidade e a subordinação jurídica.

Da mesma forma, o trabalho não precisa ser prestado de forma contínua para caracterizar uma relação de emprego, bastando que existia a habitualidade (ou permanência) na prestação, esta sim um elemento essencial. Contudo, presente a continuidade, provada facilmente estará a não-eventualidade na prestação de trabalho.

A relação de poder, todavia, é sim um elemento essencial para a caracterização da espécie "assédio sexual por chantagem" – criminalizada no ordenamento jurídico brasileiro - uma vez que, nesta forma de assédio sexual, é imprescindível uma subordinação hierárquica que justifique o temor da vítima pela eventual retaliação, no caso de recusar a proposta de prática de conduta com natureza sexual.

Logo, se comumente há uma relação de poder entre assediante e assediado, esta relação não é um requisito essencial para sua configuração, pois o assédio sexual trabalhista poderá ocorrer também entre colegas de serviço, entre empregado e cliente da empresa e até mesmo entre empregado e empregador, figurando este último como vítima.

Como já afirmamos e

aqui reiteramos, o assédio sexual deve ser encarado cientificamente como um efetivo problema de discriminação e de cerceio da liberdade sexual, e não simplesmente como uma mera questão de abuso de poder.

Não obstante a legislação brasileira (Art. 216-A do Código Penal) somente considerar crime o assédio sexual laboral por chantagem, a tutela civil (incluindo a trabalhista) pode ser invocada para as outras formas com, por exemplo, a responsabilidade patrimonial dos culpados, a despedida por justa causa do assediador, entre outras consequências.

8.1. Notoriedade pública e assédio sexual.

Não se sabe se por uma infeliz coincidência, o fato é que a notoriedade pública parece atrair acusações de assédio sexual

Assim é que o presidente norte-americano Bill Clinton foi acusado, duplamente, de assédio sexual, primeiro por Paula Jones, depois por Mônica Lewinsky. Da mesma forma, Wanderley Luxemburgo, quando ainda era técnico do time do Palmeiras, foi acusado por uma manicure de assediá-la sexualmente. Até mesmo o magistrado Clarence Thomas, quando indicado para juiz da Suprema Corte norte-americana, foi acusado por uma advogada, Anita Hill, de tê-la assediado.

O que há de tão especial com os exercentes de cargos públicos ou funções que dão uma notoriedade para

que sejam objeto tantas denúncias?

Para nós, a questão é que a notoriedade pública é, indubitavelmente, uma "faca de dois gumes".

Isto porque a busca da preservação da imagem de "pessoas públicas" pode se constituir em uma "tentação" para aqueles que, de má-fé, pretendem deturpar a reputação alheia ou apenas chantagear tais ilustres cidadãos, numa espécie de assédio às avessas.

Por outro lado, não se pode negar que o exercício de funções com um "aparente poder" pode despertar prepotência até então desconhecida no indivíduo, causando-lhe efetivas tendências assediadoras, como se as demais pessoas – em especial as que lhe servissem - fossem apenas mais alguns instrumentos da efetivação de seu poder.

Por tais circunstâncias, processos judiciais envolvendo figuras públicas devem exigir do julgador redobrada atenção, evitando-se julgamentos prévios e, principalmente, influências da chamada " imprensa marrom ", que parece se deliciar com este tipo de escândalo.

9. Assédio sexual e abuso sexual.

U m a q u e s t ã o importante é saber se a consumação do ato sexual descaracteriza o assédio.

Isto porque o assédio sexual, caracterizando-se por uma conduta de cerco insistente e indesejado para a prática de ato de natureza sexual, revela-

se, em verdade, muito mais nos chamados atos "preparatórios" do intento obsessivamente perseguido pelo assediante.

Assim sendo, nas palavras de Manoel Jorge e Silva Neto, "compreende-se a existência de duas realidades, diametralmente distintas: os atos de "cerco", de propostas e o ato sexual em si. Os primeiros identificam-se ao assédio sexual, mas o outro não.

Uma vez atingido o objetivo do assediante, com a consumação do ato sexual com a empregada, o fato abandona os domínios do assédio para tipificar o abuso sexual. Abuso sexual, por seu turno, que continua integrado à esfera de responsabilização do empregador.

E, aqui, pouco importa tenha a vítima mencionado, na petição inicial, de forma equivocada, ter sido sujeito passivo de assédio porque, se a condenação está autorizada pelo sistema do direito positivo por força de ocorrência de conduta assediante, motivo bem mais consistente impõe a reparação do dano moral ocasionado à trabalhadora, no caso da relação sexual em si".

Tal entendimento nos parece bastante razoável, uma vez que o ato sexual consumado pode caracterizar um dos tipos penais já previstos no nosso ordenamento jurídico, caso a consumação tenha ocorrido pelo uso de violência ou grave ameaça.

Todavia, seja assédio sexual ou abuso sexual, a responsabilidade civil do agente - ou de quem seja responsável por ele - permanece existente,

podendo ser invocada judicialmente.

10. Tentativa de assédio sexual.

É possível a tentativa de assédio sexual?

Esta questão nos parece das mais relevantes, tendo em vista, inclusive, a criminalização desta conduta, por força da Lei n. 10.224, de 15/05/2001.

T e c n i c a m e n t e , a tentativa é a realização incompleta do tipo penal, ou seja, do modelo descrito na lei, em que há o início da execução de um crime, mas não ocorre a sua consumação por circunstâncias alheias à vontade do criminoso. Este conceito é extraído do art. 14, II, do vigente Código Penal, ao determinar que o crime se diz tentado, “quando, iniciada a execução, não se consuma, por circunstâncias alheias à vontade do agente”.

Ora, se o assédio sexual tem, do ponto de vista doutrinário, como elemento caracterizador, a ocorrência de uma conduta de natureza sexual, rejeitada pelo destinatário, mas reiterada, em regra, pelo agente, não há como se imaginar uma prática parcial desta conduta.

Ou a conduta de natureza sexual é praticada ou não! Não há possibilidade de meio termo neste tipo de ato, pois praticado um único ato que seja, estar-se-á verificando não se houve tentativa, mas sim se houve enquadramento ou não no conceito legal.

Neste sentido, também conclui Aloysio Santos, em sua interessante obra, para quem “a hipótese

de tentativa de assédio sexual é inviável porque os seus atos de realização (a *conatus proximus*) por si sós violam a dignidade do trabalhador. Se for criminalizado, como pretende a Comissão do Ministério da Justiça encarregada de reformar o Código Penal, a tentativa deverá ser uma das questões a serem dirimidas pelo legislador”.

Sobre a matéria, vale transcrever a sempre abalizada opinião de Luiz Flávio Gomes:

“Na terminologia e classificação clássicas (ultrapassadas) estaríamos diante de um crime de mera conduta (o tipo não descreve nem exige nenhum resultado naturalístico). Nessa perspectiva tradicional, formalista, o crime se consumaria com a simples conduta e não admitiria tentativa.

Segundo o Direito penal da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*) dá-se consumação quando os bens jurídicos são concretamente afetados (lesionados). Não basta a realização da conduta (*constranger*). É preciso que os bens jurídicos entrem no raio de ação da periculosidade (*ex ante*) da conduta. Não basta o simples desvalor da ação (segundo os finalistas). É imprescindível o desvalor do resultado (jurídico), que consiste na ofensa aos bens jurídicos. Se o agente praticar ato de constrangimento (exigência) e isso não abalar em absolutamente nada a vítima, se a vítima não se importunar, não há que se falar em crime. Nenhum bem jurídico resultou afetado. Nessa perspectiva material, é possível tentativa: se o agente realiza o ato

do constrangimento, com capacidade ofensiva (ex ante) e a vítima não chega a tomar conhecimento disso há tentativa. Constrangimento por escrito (sério) que não chega ao conhecimento da vítima.”⁵¹

Há espaço, contudo, para elucubração acerca da possibilidade de tentativa, caso o ordenamento jurídico venha a consagrar realmente a regra da imprescindibilidade da reiteração da conduta de natureza sexual. Neste caso, poder-se-ia, talvez, incidir a previsão legal de tentativa quando o agente, após a manifestação inequívoca do destinatário de que repele aquela conduta, cessa imediatamente a prática dos atos de natureza sexual pela intervenção de terceiros ou outra forma que independa de sua vontade.

11. Considerações Finais.

Estas são algumas rápidas considerações que consideramos conveniente trazer à baila, tendo em vista as atuais discussões doutrinárias sobre o problema do assédio sexual.

Sem qualquer pretensão de que sejam encaradas como verdade absoluta, colocamo-nos à inteira disposição de todos aqueles que se propuserem a enfrentar (e combater) o assédio sexual na sociedade brasileira.

Para um eventual aprofundamento no estudo do tema, elencamos, ao final, uma pequena bibliografia, no qual nos permitimos indicar o nosso modesto trabalho *O Assédio Sexual na Relação de Emprego* (São Paulo, LTr, 2001), onde o leitor poderá encontrar outros subsídios para o debate.

Referências:

- AEBERHARD-HODGES, Jane, “Womem Workers and the Courts” in “International Labour Review”, v. 135, nº 5, 1996.
- BARROS, Alice Monteiro de, “O assédio sexual no Direito do Trabalho Comparado” in “Genesis – Revista de Direito do Trabalho”, vol. 70, Curitiba, Genesis Editora, outubro/98.
- DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil, vol. 7, 10ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1996.
- DRAPEAU, Maurice, *Le Harcèlement Sexuel au Travail*, Québec, Les Éditions Yvon Blais Inc., janvier/1991.
- GOMES, Luiz Flávio, Lei do assédio sexual (10.224/01): Primeiras notas interpretativas, in www.direitocriminal.com.br, 06.06.2001
- GRENZ, Stanley J. & BELL, Roy O., *Traição da Confiança – Abuso Sexual na Igreja*, São Paulo, Editora United Press Ltda., 1997.
- HUSBANDS, Robert, “Análisis internacional de las leyes que sancionam el acoso sexual” in “Revista Internacional del Trabajo”, v. 112, nº 1, 1993.
- NORONHA, E. Magalhães, Direito Penal, vol. 1, 32ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1997.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo, “Orientação Sexual e Discriminação no Emprego” in “Discriminação” (coordenação de Márcio Túlio Viana e Luiz Otávio Linhares Renault), São Paulo, LTr Editora, 2000.
- _____, *O Assédio Sexual na Relação de Emprego*, São Paulo, LTr, 2001.
- _____, *O Dano Moral na Relação de Emprego*, 2ª ed., São Paulo, LTr Editora, 1999.
- REALE, Miguel, *O Direito como Experiência*, 2ª ed. fac-similar, São Paulo, Saraiva, 1992.
- RUBINSTEIN, Michael, “Dealing with harassment at work: the experience of industrialized countries” in “Conditions of Work Digest – Combating Sexual Harassment at Work”, vol. 11, n. 1, Geneva, International Labour Office, 1992.
- SANTOS, Aloysio, *Assédio Sexual nas Relações Trabalhistas e Estatutárias*, Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e, *Questões Controvertidas sobre o Assédio Sexual* in “Revista do Curso de Direito da UNIFACS”, vol. I, Coleção Acadêmica de Direito (nº 22), Porto Alegre, Síntese, 2001.
- SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da, *Ensaio de Direito do Trabalho*, São Paulo, LTr Editora, 1998, p.93.
- VIVOT, Julio J. Martinez, *Acoso sexual en las relaciones laborales*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995.

Notas:

1. Rubinstein, Michael, "Dealing with harassment at work: the experience of industrialized countries" in "Conditions of Work Digest – Combating Sexual Harassment at Work", vol. 11, n. 1, Geneva, International Labour Office, 1992 apud SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da, "O Assédio Sexual em Face do Direito do Trabalho" in "Ensaios de Direito do Trabalho", São Paulo, LTr, 1998, p.89.
2. Sobre este último meio, confira-se a obra *Traição da Confiança – Abuso Sexual na Igreja*, de Grenz, Stanley J. & Bell, Roy O. (São Paulo, Editora United Press Ltda., 1997), além da matéria de capa da edição n. 1611, de 16 de agosto de 2000, da Revista "Istoé", intitulada "Sexo na Igreja".
3. Assédio sexual, em português, Acoso sexual, em espanhol, harcèlement sexuel, em francês, sexual harassment, em inglês, seksu hara, em japonês e molestie sessuale, em italiano, apesar de serem expressões relativamente recentes, referem-se a este fenômeno antigo e generalizado, apontado como um dos fatores responsáveis pela discriminação de que são vítimas as mulheres no mercado de trabalho.
4. Barros, Alice Monteiro de, "O assédio sexual no Direito do Trabalho Comparado" in "Genesis – Revista de Direito do Trabalho", vol. 70, Curitiba, Genesis Editora, outubro/98, p.493. Verifique-se, ainda, o Semanário Francês *Le Point Paris*, n.º 1.010, 25/ene/1992, pp. 63-69 apud Husbands, Robert, "Analysis internacional de las leyes que sancionam el acoso sexual" in "Revista Internacional del Trabajo", v. 112, n.º 1, 1993, p. 133. Sobre esta prática (e a revolta que ela gerava), vale conferir o filme "Braveheart" (Coração Valente), vencedor de vários prêmios Oscar, cujo protagonista escocês, na sequência inicial, vive as angústias pela eminência de ver sua amada entregue aos prazeres do Lord inglês.
5. Reale, Miguel, O Direito como Experiência, 2.ª ed. fac-similar, São Paulo, Saraiva, 1992, p.270/271.
6. Maiores detalhes sobre a questão das legislações estrangeiras sobre o assédio sexual no trabalho podem ser encontradas no nosso estudo *O Assédio Sexual na Relação de Emprego* (São Paulo, LTr, 2001).
7. Julio J. Martínez Vivot, por exemplo, em lúcida monografia sobre o tema, elenca diversos elementos tipificantes do assédio sexual laboral, de forma a precisá-lo mais profundamente, qualquer que seja sua extensão ou consequências, a saber: a) Que se trata de um comportamento de carácter o connotación sexual. b) Que no es deseado y, por el contrario, es rechazado por la persona a quien se dirige. c) Que tiene incidencia negativa en la situación laboral del afectado, ya sea presente o futura. d) Que la conducta puede ser verbal o física, siempre de naturaleza sexual. e) Que el autor sabe o debería saber que es ofensiva o humillante para el afectado. f) Que, en principio, comporta una discriminación en razón del sexo. g) Que, conforme a una de las acepciones del concepto, debe ser efectuado por el propio empleador o sus dependientes jerárquicos. h) Que si bien la destinataria habitual del acoso sexual es una mujer, también lo puede ser un hombre en tales circunstancias. i) Que si normalmente el acosador es un varón también podría serlo una mujer, con relación a un varón o a una persona de su propio sexo, o viceversa. j) Que también puede ser beneficiario del acoso sexual un tercero, cliente o acreedor. k) Que el acoso sexual es un concepto subjetivo, ya que cada afectado debe saber qué actitudes lo afectan o no. l) Que resulta prácticamente imposible, por sus características, componer una lista de actitudes o situaciones que comportan un acoso sexual." (VIVOT, Julio J. Martínez, *Acoso sexual en las relaciones laborales*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, p. 19.)
8. Ao assédio sexual praticado por companheiro de trabalho da vítima, intitula-se assédio sexual ambiental. Aqui o assediador está, em regra, na mesma posição hierárquica da vítima.
9. Vale recordar do filme "Assédio Sexual" (Disclosure), onde a conduta caracterizadora foi praticada por uma mulher (Demi Moore), superior hierárquica do homem assediado (Michael Douglas).
10. Pamplona Filho, Rodolfo, "Orientação Sexual e Discriminação no Emprego" in "Discriminação" (coordenação de Márcio Túlio Viana e Luiz Otávio Linhares Renault), São Paulo, LTr Editora, 2000, p.382.
11. Vale lembrar que, neste estudo, não estamos nos limitando ao tipo penal de assédio sexual no Brasil, em que, ai sim, em que o preavalecimento da condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de cargo, emprego ou função é elemento indispensável para a imputação criminal.
12. Drapeau, Maurice, *Le Harcèlement Sexuel au Travail*, Québec, Les Éditions Yvon Blais Inc., janvier/1991, p.23 (tradução livre do autor). Ainda sobre o papel das mulheres em um visão sistemática do assédio sexual, escreve, *ipsis litteris*, o mesmo autor: "Les femmes constituent un groupe-cible du harcèlement sexuel: non seulement elles sont quatre fois plus nombreuses que les hommes à déclarer en être l'objet (15% contre 4%), mais encore elles y sont exposées plus fréquemment et avec plus de persistance." (ob. cit., p. 22)
13. Silva, Luiz de Pinho Pedreira da, *Ensaios de Direito do Trabalho*, São Paulo, LTr Editora, 1998, p.93.
14. Santos, Aloysio, *Assédio Sexual nas Relações Trabalhistas e Estatutárias*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p.21.
15. Pamplona Filho, Rodolfo, *O Dano Moral na Relação de Emprego*, 2.ª ed., São Paulo, LTr Editora, 1999, p.88.
16. Barros, Alice Monteiro de, "O assédio sexual no Direito do Trabalho Comparado" in "Genesis – Revista de Direito do Trabalho", vol. 70, Curitiba, Genesis Editora, outubro/98, p.503. Maiores informações podem ser obtidas no minucioso artigo de Jane Aeberhard-Hodges ("Womem Workers and the Courts" in "International Labour Review", v. 135, n.º 5, 1996).
17. Erika Paula de Campos, entretanto, em interessante dissertação de Mestrado apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob o título "Assédio sexual na vigência do contrato de trabalho", no primeiro semestre de 2000, apresenta várias classificações diferentes do assédio sexual, classificações estas que entendemos ser englobadas nesta mais genérica.
18. Silva, Luiz de Pinho Pedreira da, *Ensaios de Direito do Trabalho*, São Paulo, LTr Editora, 1998, p.93.
19. "Ao inverso do que sucede no direito privado, não admite o penal a compensação de culpas. O proceder culposo do ofendido não elide o do agente. Em face de nossa lei, que consagra a teoria da equivalência dos antecedentes causais, seria absurdo advogar-se a compensação de culpas. Só se isentará de pena alguém quando o resultado for atribuído exclusivamente à culpa da vítima. (...) Compreende-se a compensação de culpas no direito privado, dada sua orientação econômica. O direito penal, entretanto, tem outra finalidade em vista: é a ordem pública, são os interesses sociais que o norteiam e que não se podem sujeitar à compensação dos fatos culposos." (Noronha, E. Magalhães, *Direito Penal*, vol. 1, 32ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1997, p. 145/146).
20. Como mais uma "referência cinematográfica", desta vez especificamente sobre o "direito de dizer não", ainda que haja provocação da vítima, vale lembrar do filme "Acusados". O roteiro desta película gira justamente sobre um caso concreto em tribunais, onde se reconheceu que, apesar de encorajar seus galanteadores até certo ponto, em dado momento, a destinatária poderia inflitir seu comportamento, pelo que, dali para a frente, estar-se-ia diante de um ato ilícito.
21. Dimiz, Maria Helena, *Curso de Direito Civil*, vol. 7, 10.ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1996, p.79
22. "ENFERMEIRAS PROIBIDAS DE USAR TANGA NA CARDIOLOGIA. Londres – As enfermeiras do setor de cardiologia do hospital Dorset County de Dorchester, no centro da Inglaterra, não poderão usar tangas como peças íntimas porque, segundo a direção, ao vê-las sob os uniformes brancos, a frequência cardíaca dos pacientes se acelera, prejudicando a saúde deles. A direção do hospital pediu as enfermeiras que usem roupas íntimas menos insinuantes. "A integridade física dos enfermos é às vezes uma questão de apenas alguns centímetros", advertiu a direção do hospital. O pedido não foi bem recebido, levando à mobilização de toda a categoria das enfermeiras, que de imediato o qualificou de "sexista" e "desrespeitoso". Em desabafo ao semanário *News of the World*, elas disseram que "a tanga é a roupa íntima mais cômoda que existe, portanto não pode ser dispensada nos dias mais quentes do verão". Além disso, não admitimos que os homens se metam a nos dar ordens sobre o que devemos ou não usar por baixo do uniforme". A polêmica começou com uma queixa de um dos dois médicos – ambos homens – do setor de cardiologia. Na mensagem de um mês atrás, ele dizia ter notado que, cada vez que passava uma enfermeira com tanga sob o uniforme branco, os pacientes tinham estranhas reações. A direção da clínica levou o assunto a sério e advertiu às enfermeiras. Junto a considerações genéricas sobre a quantidade de anéis e colares que podem ser usados, uma porta-voz da diretoria alertou que, "sob o uniforme algumas peças íntimas são mais visíveis do que outras e podem criar problemas entre os pacientes." ("Tribuna da Bahia", seção Cotidiano, edição de 15 de agosto de 2000, p.5).
23. A Súmula 341 do STF dispõe: "É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto".
24. Silva Neto, Manoel Jorge e, *Questões Controvertidas sobre o Assédio Sexual* in "Revista do Curso de Direito da UNIFACS", vol. I, Coleção Acadêmica de Direito (n.º 22), Porto Alegre, Síntese, 2001, p. 38.
25. Santos, Aloysio, *Assédio Sexual nas Relações Trabalhistas e Estatutárias*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p.46.
26. 1 GOMES, Luiz Flávio. Lei do assédio sexual (10.224/01): Primeiras notas interpretativas, in www.direitocriminal.com.br, 06.06.2001

Polícia Restaurativa:

propostas para o
exército da segurança
pública cidadã

Déa Carla Pereira Nery

*Doutoranda em Direito Penal pela Pontifícia
Universidade Católica – PUC/SP e em “Problemas
Actuales del Derecho Penal y de la Criminología”
pela Universidade Pablo de Olavide – UPO.
Professora da Faculdade Salvador – FACSAL e do
Instituto Baiano de Ensino Superior – IBES.
Delegada de Polícia do Estado da Bahia.*

01. Introdução – breve histórico.

O delito deve ser analisado não somente como um fato individual, mas também como um fato social, pois associado ao fato individual, deve-se considerar outros fatores sociais, culturais, econômicos. Neste diapasão, menciona Muñoz Conde: “La criminalidad y la conducta desviada son manifestaciones del comportamiento humano que sólo pueden ser entendidas, valoradas y explicadas en relación con un determinado sistema social de convivencia”.²⁶

Tendo em vista esta análise preliminar, constata-se que o problema da violência e da criminalidade está aumentando, em virtude de uma multiplicidade de fatores, tais como desigualdade social e insuficiência do Estado (ausência de controle da natalidade, educação, saúde etc).

Diante de tais fatores que resultam no crescimento da criminalidade, a resposta do Estado está baseada no Direito Penal. Segundo Carbonell Mateu, o Direito Penal é um instrumento de controle formalizado, reunindo uma série de garantias que proporcionam a segurança de algumas respostas previstas, objetivas e iguais. Argumenta este autor que:

*En el Derecho moderno, como hemos visto y dado que existe una reserva del uso legítimo de la violencia en los poderes públicos, la amenaza y la sanción, es decir, el Derecho Penal, queda en manos del Estado. Su utilización constituye el mecanismo de control social legítimo mas duro posible. Se trata de evitar que los ciudadanos superen los límites del sistema atentando contra los valores más queridos por el grupo.*²⁷

Entretanto, hodiernamente, o sistema penal convencional não demonstra ser suficiente para resolver tais demandas. Portanto, é preciso buscar alternativas. Diante de tais demandas, foi publicado no ano de 1976, a obra de Christie, que em seu artigo "Conflicts as Property", argumenta a necessidade de estabelecer uma alternativa ao sistema penal tradicional que permita uma solução diferente em relação aos conflitos. Este trabalho teve consequências importantes que motivaram reformas legais na Noruega, país onde foi lançada a obra, bem como nos demais países do mundo, com o aparecimento do movimento de Justiça Restaurativa.

Christie defendia em sua obra a ideia de uma alternativa, na qual as partes em

Polícia Restaurativa: propostas para o exército da segurança pública cidadã.

conflito, por elas mesmas, pudessem participar ativamente no processo, encontrando uma solução para os seus problemas. Ainda fortalecia a ideia de revitalizar a comunidade como instrumento de pacificação e participação cidadã nos conflitos comunitários.²⁸

Em seguida, surgiram outros trabalhos, como "Retributive Justice, Restorative Justice, alternative justice paradigm" (1985), escrito por Zehr, onde é apresentado o modelo de Justiça Restaurativa como paradigma alternativo de Justiça, apresentando os benefícios para as vítimas, e para os delinquentes, pressupondo a admissão da responsabilidade do fato e a reparação do dano causado.

A verdade é que o crime significa muito mais do que a vulneração à lei, ou seja, seu sentido abarca outras questões, tais como as lesões e prejuízos das vítimas, dos autores e da comunidade. Neste sentido, afirma Van Ness, acerca da Justiça Restaurativa:

· La Justicia requiere que su energía se enfoque en la curación de las víctimas, los victimarios y la comunidad tras la lesión causada por la comisión del crimen.

· Las víctimas, los victimarios y la comunidad deberían darse una oportunidad para involucrarse activamente en el proceso de justicia tan pronto como fuera posible.

· Debemos repensar los relativos roles y responsabilidades de los gobiernos y la comunidad. Los gobiernos deben de ser responsables de preservar el justo

orden y la comunidad de establecer la paz.

· Encuentro, reparación, reintegración y participación.²⁹

Fazendo uma breve retrospectiva histórica, podemos perceber há muitos séculos, em povos de diferentes culturas, tais como da América do Norte, Austrália, Nova Zelândia, traços que refletem os princípios da Justiça Restaurativa. Atualmente, encontramos práticas restaurativas mais estruturadas, como o exemplo desenvolvido no Canadá em 1974, titulado Programa de Reconciliação entre vítima e infrator (projeto independente das agências de justiça penal); bem como na Nova Zelândia, com as práticas restaurativas aplicadas à Justiça Juvenil.

Os críticos argumentam que a Justiça Restaurativa representaria um retorno ao período da vingança privada, num retrocesso histórico. Argumenta Renato Sócrates Gomes Pinto que:

A esse argumento responde-se que é equivocado imaginar que antes do advento do período da vingança divina e pública só havia uma justiça privada bestial. Zehr procura demonstrar que haviam práticas comunitárias de justiça, com mediação e características restaurativas (Rolim, 2003) – tanto é que a Justiça Restaurativa é um resgate de algumas dessas práticas, sobretudo indígenas e aborígenes, consolidadas por séculos. Não há, pois retorno, mas avanço com recuperação de valores culturais perdidos, abandonados e negligenciados pelos historiadores.³⁰

A Justiça Restaurativa é um procedimento complementar do sistema, que busca

Polícia Restaurativa: propostas para o exército da segurança pública cidadã.

recompôr a ordem jurídica com outra metodologia, objetivando resultados melhores para a vítima e o infrator. Consiste não em privatização do Direito Penal, pois não consiste em exercício privado, mas exercício comunitário, portanto, também público, em que o procedimento adotado combina técnicas de mediação, conciliação e transação previstas na legislação.

02. Algumas considerações, princípios e fundamentos da justiça restaurativa.

Toda nova ideologia traz em seu bojo as dificuldades de definição, aplicabilidade e aceitação. A conceituação da Justiça Restaurativa não é tarefa fácil. Conforme menciona, muito apropriadamente, Renato Sócrates Gomes Pinto:

Como é um paradigma novo, o conceito de justiça restaurativa ainda é algo inconcluso, que só pode ser captado em seu movimento de construção. Trata-se de um conceito intrinsecamente complexo e aberto. Mas podemos avançar com um conceito preliminar, dizendo que ela, a justiça restaurativa, pode ser definida como um procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletivamente e ativamente na construção de soluções para a restauração dos traumas e perdas causados pelo crime.³¹

Por se tratar de um novo paradigma, com práticas análogas no passado, conforme referimos anteriormente, o conceito de

Justiça Restaurativa somente pode ser captado em seu movimento ainda emergente.³²

A Justiça Restaurativa propõe uma nova maneira de considerar a Justiça Penal. Consiste no processo que envolve ativamente, e de forma colaborativa, a vítima, o agressor e a comunidade, para que sejam mencionados os danos causados e o modo como estes serão reparados. Enfim, é uma nova filosofia para atender o conflito penal.

Portanto, explicando de modo simplificado, à Justiça Restaurativa, aplicam-se três princípios: a) o crime causa dano às pessoas e às comunidades; b) causar um dano acarreta uma obrigação; c) a obrigação principal é reparar o dano.

Neste diapasão, menciona Paul Maccold e Ted Wachtel que a proposta de uma teoria conceitual da Justiça Restaurativa parte de três questões chaves. São elas: a) quem foi prejudicado, b) quais as suas necessidades, c) como atender essas necessidades. Desta forma, tais autores sustentam que crimes causam danos a pessoas e relacionamentos, e que a justiça restaurativa deve ser realizada porque é necessária, através de um processo cooperativo que envolve todas as principais partes interessadas na determinação da melhor solução para reparar o dano causado pela transgressão. Afirmam ainda que a justiça restaurativa é um processo colaborativo que envolve aqueles afetados mais diretamente por um crime, chamados de “partes interessadas principais”, para determinar qual a melhor forma de reparar o dano causado pela

Polícia Restaurativa: propostas para o exército da segurança pública cidadã.

transgressão (McCold, Paul e Wachtel, 2003).³³

Desta forma, em primeiro lugar, a Justiça Restaurativa requer que trabalhemos para o fim de que se ajude a voltarem aos seus estados originais àquelas pessoas que se viram prejudicadas. Em segundo, o desejo de que aqueles que estão mais diretamente envolvidos ou afetados pelo delito devem ter a oportunidade de participar na resposta. Em terceiro, o rol do Governo consiste em preservar a justa ordem pública e, por sua vez, a comunidade deve construir e manter uma justa paz social.

Os programas restaurativos se caracterizam por determinados valores fundamentais, tais como: encontro, reparação, reintegração e inclusão. No “encontro”, criam-se oportunidades com o propósito de que as vítimas, os delinquentes e os membros da comunidade se reúnam para conversar sobre o delito e suas consequências. Na “reparação”, espera-se que os delinquentes tomem medidas objetivando a reparação do dano que tenham causado. Na “reintegração”, tenta-se devolver às vítimas e delinquentes à sociedade, como membros completos desta, capazes de contribuir. Na “inclusão”, oferece-se a possibilidade de que as partes interessadas em um delito específico participem em sua resolução.³⁴

Portanto, restaurar, solucionar, restituir, compensar são as novas dimensões que devem ser priorizadas no procedimento penal, respeitando sempre as regras que garantem um procedimento justo. No

conceito unificador de Justiça Restaurativa, acolhido por diversos autores: “se trata de um proceso por el cual todas las partes que tienen un interés en una determinada ofensa se juntan para resolverla colectivamente y para tratar sus implicaciones de futuro”.³⁵

03. Justiça Restaurativa X Justiça Retributiva.

A Justiça Retributiva é um modelo baseado em uma série de valores que definem a prática judicial de castigo que rege as sociedades ocidentais. Ou seja, a principal atividade da Justiça Retributiva é fixar a pena e aplicar o dano em cada crime concreto. Segundo Gordillo Santana: “Cuando algo malo ha pasado el propósito es establecer el castigo individual al autor del crimen. Este modelo está obsesionado con una cuestión: ¿Cómo podemos responsabilizar a alguien por el crimen?”³⁶ Na visão de Renato Sócrates Gomes Pinto, a Justiça Retributiva tem valores tais como:

- Conceito jurídico normativo de crime – ato contra a sociedade representada pelo Estado – unidisciplinariedade.
- Primado do interesse público (sociedade, representada pelo Estado, o centro) – Monopólio estatal da Justiça Criminal
- Culpabilidade individual voltada para o passado – Estigmatização.
- Uso dogmático do Direito Penal Positivo.
- Indiferença do Estado quanto às necessidades do infrator, vítima e

Polícia Restaurativa: propostas para o exército da segurança pública cidadã.

- comunidades afetados – desconexão.
- Monocultural e excludente.
- Dissuasão

Por seu turno, para este autor, “a ideia da Justiça Restaurativa é se voltar para o futuro e para a restauração dos relacionamentos, ao invés de simplesmente concentrar-se no passado e na culpa. A Justiça Convencional diz você fez isso e tem que ser castigado! A Justiça Restaurativa pergunta: o que você pode fazer agora para restaurar isso?”

Desta forma, a Justiça Restaurativa apresenta outros valores, que são os seguintes:

- Conceito realístico de Crime – Ato que traumatiza a vítima, causando-lhe danos – Multidisciplinariedade.
- Primado do interesse das pessoas envolvidas e comunidade – Justiça Criminal participativa.
- Responsabilidade, pela restauração numa dimensão social, compartilhada coletivamente e voltada para o futuro.
- Uso crítico e alternativo do Direito.
- Comprometimento com a inclusão e Justiça Social gerando conexões.
- Culturalmente flexível (respeito à diferença, tolerância).
Persuasão.

04. Polícia Restaurativa. Abordagem Conceitual. Desafios na Construção de uma Polícia Cidadã.

Diante dos fundamentos da Justiça Restaurativa, bem como sua diferenciação

da Justiça Retributiva, passamos a analisar a conceituação da Polícia Restaurativa, que não pode afastar-se dos ideais preventivos, que buscam a resolução dos conflitos, minando o crime na sua origem, ou ainda, possibilitando a reparação do dano, caso o delito já tenha sido consumado.

A Justiça Retributiva demonstra ser suficiente? Por que a Justiça Restaurativa e a Justiça Retributiva não poderiam se complementar? Como aplicar os fundamentos da Justiça Restaurativa na esfera da Segurança Pública? Estas são algumas das questões que surgem no desiderato de construir um novo conceito de segurança pública (Polícia Restaurativa), fundamentado na Justiça Restaurativa.

Como afirma Hoffman: “Cambiar cuesta...da miedo...es peligroso, cambiar es crecer...pero cada uno es libre de elegir la talla que le resulte cómoda para vivir.”³⁷ E qual a “talla”³⁸ da Segurança Pública no Brasil de hoje? Tal “talla” apresenta resultados suficientes no combate ao aumento da criminalidade?

Segundo Nancy Flemming Tello:

Justiça Restaurativa não é um programa específico, é um conjunto de princípios que servem de guia aos distintos programas que existem em escolas, em centros de trabalho, instituições religiosas, em comunidades indígenas e no sistema de justiça penal. São os princípios que regem a Justiça Restaurativa os que marcam a pauta para lograr processos restaurativos, representando um enfoque distinto do

Polícia Restaurativa: propostas para o exército da segurança pública cidadã.

*crime, da vítima e do agressor.*³⁹

Portanto, a Justiça Restaurativa tem princípios que podem ser aplicados em várias searas, objetivando processos restaurativos. E por que não aplicar tal conjunto de princípios na esfera da segurança pública? Parece que tal construção acarretaria resultados positivos na diminuição de conflitos que resultam em violências futuras, crimes que neste momento anterior apenas existem internamente na mente dos seus autores. Ou mesmo, se tais delitos foram consumados, em alguns casos, devidamente amparados pela lei, poderia ser aplicada a ideologia da Polícia Restaurativa.

A Polícia Restaurativa está fundamentada no Direito Penal Mínimo, que defende a necessidade de inserir a despenalização em fatos de pouca transcendência social, substituindo o castigo penal por formas mais eficazes, menos custosas e de menores efeitos dessocializadores.

A aplicabilidade da Polícia Restaurativa seria realizada através de órgãos policiais, respaldados na lei, e continuamente fiscalizados. Portanto, seria uma atividade pública, fulcrada na lei, prestada pela Polícia, através de órgãos policiais designados para tal mister. O modo de aplicabilidade estaria baseado na mediação penal.

Vale mencionar a concepção de mediação, na visão de Elena I. Highton:

Los conceptos de reconciliación y mediación víctima-victimario son producto

de tres movimientos contemporáneos en el ámbito del sistema de justicia criminal:

a) una creciente preocupación por las víctimas y el papel que juegan en el procedimiento penal;

b) la falta de satisfacción con las maneras establecidas de tratar y castigar al ofensor;

c) la conciencia de que existen nuevas alternativas a los métodos pautados de manejo y resolución del conflicto.⁴⁰

Os profissionais da Segurança Pública, geralmente, são os primeiros agentes que possuem contato direto com as situações de conflito. Tais servidores podem apresentar diversas posturas. No paradigma da Polícia Restaurativa, cabe a tais funcionários a tarefa de mediar a situação de conflito, apaziguando os ânimos e evitando a violência, ou ainda, restaurando, caso o dano tenha ocorrido. Portanto, o policial mediador deve ser imparcial e conduzir o procedimento educativo, dando oportunidade às partes de resolver seu próprio problema.

A proposta da Polícia Restaurativa seria a criação de órgãos competentes, nas diversas esferas (municipais, estaduais e federais), compostos por policiais, com formação em psicologia, direito, sociologia etc. Seriam mediadores, atuando como representantes do Estado, e continuamente fiscalizados por este.

Neste sentido, as práticas restaurativas desenvolvidas no âmbito da segurança pública devem ser modalidades que complementam os serviços existentes, podendo se revelar mais adequadas e eficazes em determinadas situações.

Polícia Restaurativa: propostas para o exército da segurança pública cidadã.

Melhor ainda, pode ser uma “talla” que contribua, de modo mais eficiente, na diminuição da violência e da criminalidade.

Portanto, a proposta da Polícia Restaurativa sintetiza-se na prática legalizada das Polícias, que devem ser continuamente capacitadas e fiscalizadas, no desiderato de implementar os princípios e fundamentos da Justiça Restaurativa, aplicáveis, sobretudo, através do instituto da mediação. Consistiria na criação de programas de polícia restaurativa, implementados por órgãos policiais competentes e qualificados para este mister. Tal tarefa requer coragem, sedimentada pela pesquisa, capacitação dos aplicadores e observação de experiências adotadas em outros países, para se chegar a um modelo adequado e eficiente da Polícia Restaurativa Brasileira. E neste desiderato, vale lembrar Roxin: “La utopia de hoy puede ser la realidad del mañana; y una sociedad moderna sólo podrá a la carga vencer sus problemas sociales si está dispuesta a una reforma permanente”.

Para ilustrar tal fato, vale ressaltar que está previsto em algumas legislações, a exemplo da Lei 13.866/04, que regula as atribuições da Guarda Civil Metropolitana de São Paulo. Aduz o artigo 1º, inciso I, acerca da promoção de mediação de conflitos como uma das funções da corporação.⁴¹ Vejamos:

Art. 1º - A Guarda Civil Metropolitana de São Paulo, principal órgão de execução da política municipal de segurança urbana, de

natureza permanente, uniformizada, armada, baseada na hierarquia e disciplina, tem as seguintes atribuições:

I – exercer, no âmbito do Município de São Paulo, o policiamento preventivo e comunitário, promovendo a mediação de conflitos e o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Tal dispositivo legal prevê ainda a possibilidade de existência de comissões e mecanismo de ações, junto à sociedade civil. Dispõe:

V – promover, em parceria com as comissões civis comunitárias, mecanismos de interação com a sociedade civil, a fim de identificar soluções para problemas e implementar projetos locais voltados à melhoria das condições de segurança nas comunidades.

Menciona ainda acerca da criação de um setor na Guarda Civil Metropolitana, para ações mediadoras. Dispõe:

Art. 3º - A Superintendência de Fiscalização do Comércio Ambulante e atividades afins, Mediação de Conflitos e Gerenciamento de Crises tem a seguinte estrutura:

[...]

II – Inspeção de Mediação de Conflitos e Gerenciamento de Crises.

Estes dispositivos legais refletem o espírito da “Polícia Restaurativa”, que busca reintegrar situações, mediando conflitos entre vítimas e transgressores, de modo imparcial. Desta forma, a Polícia

Polícia Restaurativa: propostas para o exército da segurança pública cidadã.

Restaurativa, que deve ser composta de mediadores capacitados, cumpre o papel de ajudar no fortalecimento da comunidade, estreitando vínculos e, sobretudo, adquirindo confiança e respeito da comunidade. Na verdade, não existe um modelo pronto; este terá que ser construído observando exemplos de outros países, mas sempre atentos para a nossa realidade brasileira.

Mister ressaltar no Brasil, na Polícia Civil de Minas Gerais, o brilhante “Projeto Mediar”, iniciativa da 4ª Regional Leste da Polícia Civil de Minas Gerais, que foi implementado em setembro de 2006, com o objetivo de prevenção criminal. Este projeto, pautado na filosofia da Justiça Restaurativa e na metodologia de mediação de conflitos, está obtendo resultados extremamente positivos, diminuindo as situações de violência naquela localidade.

Ainda vale salientar o Projeto de lei 5.117/09, que altera a redação dos artigos 60, 69, 73 e 74, da Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais), possibilitando a composição preliminar dos conflitos decorrentes dos crimes de menor potencial ofensivo pelos delegados de polícia. Tal dispositivo legal representaria um grande avanço para a implementação do paradigma da Polícia Restaurativa, pois significaria a mediação legal realizada no âmbito das polícias, pacificando e solucionando conflitos, bem como desburocratizando a máquina judiciária. Como afirma Nancy Flemming Tello, em seu artigo “A justiça restaurativa – um

programa integral de atenção e prevenção do delito”:

O ponto inicial é que nosso sistema de procuração e administração de justiça, baseado em uma idéia do delito como uma ofensa ao Estado e uma violação a lei, não é satisfatório para nada, nada ganha e todos perdem, perde a vítima, porque depois de haver sido lesionada, geralmente volta a ser vítima do sistema, perde o agressor porque entra em um sistema que o estigmatiza, que não o ajuda, só o afasta de todos e dele mesmo, perde o Estado, porque investe grandes somas de dinheiro em um sistema ineficiente e com isso a comunidade se enche de ressentimento pela inevitável sensação de injustiça e insegurança.⁴²

A proposta restaurativa, inclusive na esfera policial, possibilitaria programas de desjudicialização, proporcionando “encontros” entre vítima e agressor, mediados por policiais criteriosamente capacitados, resultando em um maior grau de satisfação das vítimas no momento em que conseguem obter a reparação, bem como dos agressores, que recebem a oportunidade de serem tratados como seres humanos, reconhecendo suas faltas, reparando-as e tendo a oportunidade de apresentar outra postura no futuro. Certamente, uma oportunidade muito mais positiva, fulcrada no ideal ressocializador, que é amplamente ferido quando este indivíduo é encarcerado.

A proposta da Lei da Guarda Civil Metropolitana de São Paulo e o “Projeto

Polícia Restaurativa: propostas para o exército da segurança pública cidadã.

Mediar” da Polícia Civil de Minas Gerais apresentam esta possibilidade, podendo ser um modelo a ser seguido pelas estruturas policiais federais, estaduais e municipais.

No Congresso das Nações Unidas sobre prevenção do delito, realizado em abril de 2005, na cidade de Bangkok (Tailândia), os Estados Membros recomendaram: “Desenvolver a utilização de processo e princípios de justiça restaurativa de conformidade com os princípios básicos sobre utilização de programas de justiça restaurativa em matéria penal e recorrer as melhores práticas internacionais”.

Vale enunciar algumas das propostas deste Congresso:

- Os sistemas formais de justiça penal não marginalizado as vítimas do delito e fracassado em seu intento de obrigar os infratores a reconhecer o dano causado por suas ações. O princípio básico da justiça restaurativa é a determinação de restaurar o balanço entre a vítima, ela/ele e o infrator/a e a comunidade no processo, com o fim de não desatender a necessidade de reparação da vítima, a correção da conduta delitiva e a reparação da vítima, a correção da conduta delitiva e a prevenção de sua repetição.

- Em casos apropriados, deve-se adotar a justiça restaurativa como método de preferência do processo de justiça criminal, já que ajuda a fortalecer o tecido social e provavelmente resulte em uma redução da privação da liberdade.

- A justiça restaurativa deve promover-se como parte legítima do processo de justiça penal em cada país.

- Deve-se estabelecer um programa para aumentar o conhecimento público dos benefícios da justiça restaurativa.

- Devem-se estabelecer projetos para promover a justiça restaurativa em cada país.

Devem-se ensinar os princípios da justiça restaurativa nas faculdades de direito e em outras instituições acadêmicas. Profissionais do sistema de justiça penal também devem receber capacitação neste sentido.

Pensar no futuro restaurativo no universo da Segurança Pública é uma tentativa de olhar o crime e a justiça através de novas lentes, conforme menciona Zehr⁴³, construindo processos que apresentam qualidades construtivas e terapêuticas (potenciais) e a ênfase em reparar o dano. Para analisar a aplicabilidade do paradigma da Polícia Restaurativa devemos observar o que existe de restaurativo em seus processos. Como menciona Bazemore e Walgrave, a forma para atingir a restauração é uma questão composta por duas subquestões: quais processos devem ser utilizados e quais são os resultados desses processos. Tais autores apontam ao potencial de que “uma grande variedade de processos pode ser utilizada para obter resultados restaurativos”.⁴⁴

E como construir estes novos processos? Estudar outras experiências com resultados positivos, moldando-as à realidade brasileira, almejando sempre promover a maior autodeterminação da comunidade, a inclusão em lugar da

Polícia Restaurativa: propostas para o exército da segurança pública cidadã.

exclusão, a busca de um futuro melhor em lugar da culpa e retribuição, e da sensação de que a justiça foi feita.

05. Conclusão.

O novo paradigma da Justiça Restaurativa busca a desjudicialização, fundamentando-se no Direito Penal Mínimo. Tem a nobre missão de convencer a todos que o sistema carcerário deve ser reservado para os indivíduos que verdadeiramente representam um perigo social. Desta forma, objetiva potencializar o desenvolvimento de técnicas alternativas de resolução de conflitos, utilizando a mediação comunitária e processos restaurativos, e, por conseguinte, demonstrando uma excelente estratégia de prevenção do delito, além de minorar o problema da falência carcerária no Brasil.

Na realidade, a melhor administração de justiça será aquela que integre os fins e os princípios do paradigma retributivo e do restaurador. Ou seja, onde os objetivos próprios do paradigma restaurador (reintegração, legitimação das vítimas, redução da criminalidade, construção de comunidades sociais mais coesas e em paz) sejam perseguidos, respeitando ao mesmo tempo os limites que supõem as garantias de um processo justo (proporcionalidade, equidade etc.).

Neste diapasão, a proposta da Polícia Restaurativa, baseada nos princípios e objetivos da Justiça Restaurativa, almeja a construção da possibilidade concreta e legal de aproximar policiais mediadores à

Polícia Restaurativa: propostas para o exército da segurança pública cidadã.

comunidade, no desiderato de apresentar outras opções de respostas ao crime, tendo em vista que o sistema judicial convencional retributivo não demonstra ser a única e suficiente forma de atender a demanda da criminalidade.

A Polícia Restaurativa, amparada na lei, continua e devidamente capacitada, está próxima da comunidade, buscando ressarcir os prejuízos da vítima, oportunizando ao delinquente a possibilidade do arrependimento, reconhecimento do seu erro e restauração do dano, ao invés de isolá-lo, estigmatizando-o e conduzindo-o a uma subcultura da criminalidade.

Enfim, a Justiça Restaurativa que pode ser construída em todas as esferas, inclusive na policial, constitui um processo alternativo que deve ser desenvolvido para atender a vítimas, agressores e comunidades, almejando comunidades pacíficas, e, por conseguinte, a paz social.

Logo, é necessário buscar outros caminhos para combater a criminalidade. Construir uma Polícia Restaurativa no Brasil pode ser uma eficiente estratégia complementar de atenção e prevenção do delito. Como foi dito alhures: “cambiar cuesta...da miedo...es peligroso, cambiar es crecer...”

Referências:

- ANTÓN BARBERÁ, FRANCISCO/ DE LUIS Y TURÉGANO, JUAN VICENTE. Policia Científica. Volumen I. 2ª edición. Valencia: Tirant lo blanch. 1993.
- DE SOUZA, Paulo Rogério. A guarda civil Metropolitana praticando a Justiça Restaurativa em busca da cultura da paz. São Paulo, 2007.
- FUENTES I GASÓ, Josep Ramon. Alemania, un modelo de policia y seguridad para Europa. Barcelona: Cedecs Editorial S.L., 2002.
- GORDILLO SANTANA, Luis F. La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal. Madrid: Iustel, 2007.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Para uma Filosofia da Filosofia. Conceitos de Filosofia. Ceará: Universidade Federal do Ceará. 1999.
- HERRERO HERRERO, César. Política Criminal Integradora. Madrid: Dykinson, S.L., 2007.
- HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys S.; GREGORIO, Carlos G.; Resolución Alternativa de Conflictos y Sistema Penal. Buenos Aires: Ad-hoc S.R.L., 1998.
- HULSMAN, Louk. Sistema penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una alternativa. Ed. Ariel, Barcelona, 1984.
- KAFKA, Franz. Um médico rural (pequenas normativas). O Guardião da lei. Trad. De Modesto Carone. São Paulo: Companhia das letras, 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. Introducción a la Criminología. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- PAREJO ALFONSO, Luciano; DROMI, Roberto. Seguridad Pública y Derecho Administrativo. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional. 6a ed. São Paulo: Max Limonad. 2004.
- SLAKMON, C., R. DE VITTO, e R. GOMES PINTO, org., 2005. Justiça Restaurativa (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD).
- TELLO, Nancy Fleming. A Justiça Restaurativa – um programa integral de atenção e prevenção do delito.

Notas:

26. MUNOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. Introducción a la Criminología. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 397.
27. CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Derecho Penal: concepto y principios constitucionales. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 65.
28. SANTANA, Luis F. Gordillo. La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal. Iustel: Madrid, 2007, p. 40.
29. SANTANA, Luis F. Gordillo. La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal. Iustel: Madrid, 2007, p. 41.
30. Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. Justiça Restaurativa (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD).
31. Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. Justiça Restaurativa (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD).
32. Aduz Gomes Pinto, que: “para compreender o conceito de Justiça Restaurativa é preciso usar outras lentes – aliás, denomina-se Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice a obra de Howard Zehr (1990), uma das mais consagradas referências bibliográficas sobre a Justiça Restaurativa. Segundo Zehr, o crime é uma violação nas relações entre o infrator, a vítima e a comunidade, cumprindo, por isso, à Justiça identificar as necessidades e obrigações oriundas dessa violação e do trauma causado e que deve ser restaurado. Incumbe, assim, à Justiça oportunizar e encorajar as pessoas envolvidas a dialogarem e a chegarem a um acordo, como sujeitos centrais do processo, sendo ela, a Justiça, avaliada segundo sua capacidade de fazer com que as responsabilidades pelo cometimento do delito sejam assumidas, as necessidades oriundas da ofensa sejam satisfatoriamente atendidas e a cura, ou seja, um resultado individual e socialmente terapêutico seja alcançado.
33. Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. Justiça Restaurativa (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD).
34. www.justiciarestaurativa.org, em 28/12/2008.
35. SANTANA, Luis F. Gordillo. La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal. Iustel: Madrid, 2007, p. 60.
36. SANTANA, Luis F. Gordillo. La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal. Iustel: Madrid, 2007, p. 43.
37. Mudar custa... dá medo... é perigoso... mas cada um é livre para eleger o tamanho que lhe resulte cómodo para viver.
38. Tamanho.
39. TELLO, Nancy Flemming. A Justiça Restaurativa – um programa integral de atenção e prevenção do delito. Artigo originalmente publicado na Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, ano IX, n. 52, Out./Nov. 2008, p.p. 199-207.
40. HIGHTON, Elena I.; ALVAREZ, Gladys S.; GREGÓRIO, Carlos G.; Resolución Alternativa de Conflictos y Sistema Penal. Buenos Aires: Ad-hoc S.R.L., 1998.
41. DE SOUZA, Paulo Rogério. Guarda civil Metropolitana praticando a Justiça Restaurativa em busca da cultura da paz. São Paulo: 2007 p.86.
42. TELLO, Nancy Flemming. A Justiça Restaurativa – um programa integral de atenção e prevenção do delito.
43. Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. Justiça Restaurativa (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD), p.79.
44. Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. Justiça Restaurativa (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD), p. 80.

A Justiça Penal entre Dogmática e Crítica:

Da jurisdição una aos
mecanismos alternativos
de solução de conflitos

Elmir Duclerc

*Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá – RJ.
Professor da Universidade Federal da Bahia – UFBA e
da Universidade Salvador - UNIFACS.
Promotor de Justiça Criminal – Ministério Público do
Estado da Bahia.*

01. Introdução.

Desde alguns anos, ganhou força no Brasil a ideia de uma Teoria Geral do Processo, capaz de dar conta de conceitos e problemas comuns ao processo penal e não penal (civil e trabalhista). Isso se reflete, como se sabe, em títulos de livros e disciplinas de grades curriculares, até mesmo de cursos de pós-graduação *stricto sensu*.

Não resta dúvida de que, num primeiro momento, a ideia de uma teoria geral nesses termos parece contribuir para uma melhor compreensão das várias espécies de direito processual, sobretudo em face da simplificação que o estudo sistemático de determinadas categorias conceituais pode proporcionar.

Uma abordagem crítica do direito processual penal, entretanto, permite desnudar o que existe de artificial e ideológico por trás dessa ideia, ao tempo em que sugere, muito ao contrário, a necessidade de construir e consolidar, de vez por todas, uma teoria geral do processo penal, muito mais próxima - do ponto de vista sistemático - do direito penal material do que do direito processual civil, ainda que compartilhe com este último algumas categorias conceituais.

O presente trabalho, portanto, pretende demonstrar a verdade dessa hipótese, empreendendo uma releitura dogmático-crítica das relações e limites entre processo penal e não penal, utilizando como fio condutor o conceito de jurisdição penal, no momento de crise por ele vivido como instrumento de solução de conflitos.

02. O enlace histórico entre direito penal e processo.

Antes de mais nada, é preciso compreender como surge, historicamente, o enlace entre direito penal e processo. A hipótese com a qual trabalhamos, no particular, é que existe uma relação de complementariedade entre a teoria do delito, de um lado, e a teoria geral do processo, do outro (ambas são produto da modernidade), para além da velha dicotomia (artificial e questionável) entre direito substantivo e direito adjetivo. Por trás disso, na verdade, o que temos é a construção, desde a segunda metade do século XIX até as primeiras décadas do

século XX, de uma tecnologia surgida originariamente no âmbito do direito privado, que terminou sendo simplesmente acoplada ao direito penal (e à preexistente teoria do delito), dando ensejo, assim, ao surgimento de um direito processual-penal como aplicação específica de um direito processual tecnicista, que eclipsou as questões de fundo, como, por exemplo, o debate em torno dos princípios.

Isso fica claro, note-se bem, quando nos damos conta de que, embora os antecedentes mais remotos da teoria do delito (como teoria do tipo) apareçam ainda no renascimento, com Tiberius Decianus, suas primeiras formulações com pretensões modernamente científicas surgirão, mesmo, com a construção do sistema Liszt-Beling, na passagem do século XIX para o século XX.⁴⁵

Por outro lado, conforme Niceto Alcalá-Zamora y Castilho⁴⁶, a história do pensamento jurídico processual, no ocidente, embora possa ser dividida esquematicamente em quatro fases, a começar no século XI da era cristã, assume pretensões científicas somente com Bülow, com a publicação de sua "Teoria das Exceções Processuais e dos Pressupostos Processuais," em 1868 - doze anos mais tarde da polêmica entre Windscheid e Muther (1856).

De fato, deve-se a Bülow o primeiro esforço no sentido de uma explicação publicista da natureza do processo (como relação jurídica), que provocou, como se sabe, um movimento científico sem precedentes na Europa em torno do tema,

resultando daí importantíssimas transformações, tais como: a) independência do direito processual em face do material; b) criação dos conceitos e questões fundamentais (jurisdição, ação e processo); c) superação do método expositivo para substituí-lo por uma exegese do sistema. Daí porque somente a partir dele seria correto falar de um processualismo científico.⁴⁷

Ainda no âmbito do processualismo alemão, não há como deixar de citar as figuras de Adolf Wach e James Goldschmidt, professor em Berlim que por conta de sua origem judaica morreu exilado no Uruguai, em 1941, não sem antes deixar, como importantíssima contribuição, a teoria da situação jurídica, que abalou para sempre a noção de relação jurídica já assentada desde Bülow. O processualismo italiano, por seu turno, viria a surgir somente a partir de Chiovenda, e sob forte influência do processualismo alemão (que se mantém hegemônico até 1914, quando começa a sofrer os efeitos da 1ª Grande Guerra). Morto Chiovenda, em 1937, surge o nome de seu discípulo predileto, Piero Calamandrei e, a seu lado, Enrico Tullio Liebman, que mais tarde viria se radicar no Brasil. Por fim, não se pode deixar de referir o nome de Carnelutti que, embora não tivesse as mesmas qualidades agregadoras de mestres como Calamandrei, era um genial revolucionário, responsável, em 1924, pela fundação e pela direção de um importante periódico de direito processual, a *Rivista di Diritto Processuale Civile*.⁴⁸ Dentre suas

obras, ademais, as Lezioni e o Sistema seriam paradigmáticas de uma atitude dogmática e científicante, totalmente contaminada pelo método matemático.⁴⁹

O direito processual científico que chega às Américas, foi trazido por inúmeros professores espanhóis que se viram obrigados a deixar seu país durante a Guerra Civil, e muito fortemente influenciados pelo processualismo alemão. Cumpre registrar, entretanto, a influência do processualismo italiano no Brasil pelas mãos de Liebman que, como se sabe, ensinou durante muitos anos na Universidade de São Paulo⁵⁰ e foi responsável pela formação de diversos dos nossos processualistas, como a própria professora Ada Pellegrini Grinover.⁵¹

Por esse viés histórico é que surge, no âmbito da escola paulista de processo, a ideia de uma teoria geral do processo da qual o processo penal seria apenas uma subespécie.

O resultado é que, sob o argumento da racionalização e da compreensão sistemática do ordenamento jurídico, o que se obteve foi uma contaminação do processo penal com a própria lógica do processo civil - de cunho individualista e utilitarista - totalmente incompatível com a gravidade das questões em torno da liberdade humana.⁵² Parece claro, portanto, que a captura do processo penal por uma técnica criada para otimizar o processo decisório de processos não penais, e preponderantemente patrimoniais, acaba sendo mais um passo na direção da tecnicização dos mecanismos de resolução de conflitos

penais, em total harmonia com o discurso criminológico do século XIX, sob forte influência da ciência positivista.

O mais grave é que a redução do processo penal a um sub-ramo da teoria geral do processo significa, sem dúvida, abdicar de compreender uma parte vital do direito penal (num sentido mais abrangente) a partir de um ponto de vista crítico, ou seja, de percebê-lo como um instrumento desenvolvido pelas sociedades - supostamente civilizadas - para, muito mais que restituir as coisas ao seu status quo ante, legitimar a imposição de um sofrimento adicional a pessoas que praticam certos e determinados atos com a finalidade de controlar politicamente o seu comportamento. De igual modo, essa espécie de fetichização dos conceitos operativos herdados do direito privado acaba contribuindo para eclipsar aqueles princípios construídos ainda no século XVIII, alçados à condição de Direitos Humanos por inúmeros documentos internacionais, e consagrados como direitos fundamentais do indivíduo em todas as constituições democráticas ocidentais contemporâneas.

O mais grave é que a redução do processo penal a um sub-ramo da teoria geral do processo significa, sem dúvida, abdicar de compreender uma parte vital do direito penal (num sentido mais abrangente) a partir de um ponto de vista crítico, ou seja, de percebê-lo como um instrumento desenvolvido pelas sociedades - supostamente civilizadas - para, muito mais que restituir as coisas ao seu status quo ante, legitimar a imposição de um

sofrimento adicional a pessoas que praticam certos e determinados atos com a finalidade de controlar politicamente o seu comportamento. De igual modo, essa espécie de fetichização dos conceitos operativos herdados do direito privado acaba contribuindo para eclipsar aqueles princípios construídos ainda no século XVIII, alçados à condição de Direitos Humanos por inúmeros documentos internacionais, e consagrados como direitos fundamentais do indivíduo em todas as constituições democráticas ocidentais contemporâneas.

03. A jurisdição e o processo penal numa perspectiva crítica.

A tecnologia jurídica moderna de solução de conflitos (a jurisdição e o processo), contudo, demonstra toda a sua fragilidade quando submetida a uma abordagem crítica e transdisciplinar.

Veja-se, por exemplo, que boa parte dos cursos e manuais de processo (e não apenas de processo penal)⁵³ dedicam uma considerável quantidade de páginas a contar ao leitor como surge a jurisdição como forma racional e civilizada de resolução dos conflitos, de promoção da pacificação da sociedade em prol do bem comum, deixando para trás sistemas primitivos, irracionais e, portanto, indesejáveis.

O problema é que, conquanto repetidos em profusão, discursos como esses não resistem à crítica mais pueril, pois, convenhamos, falar da jurisdição como forma eficaz e desejável de solução de

conflitos, hoje, no Brasil, soa realmente como pilhéria, pelo menos para a grande maioria excluída da população. Ademais, através deles, o que sempre se busca é reforçar a ingênua crença de que o Estado moderno realmente persegue o bem comum, quando, na verdade, em qualquer lugar do mundo e em qualquer momento da história, as sociedades humanas estão divididas em classes ou estratos, e o Estado estará sempre controlado e à disposição das camadas hegemônicas para defender prioritariamente os seus interesses, sobretudo no que se refere à política criminal.⁵⁴

A fragilidade desses discursos, aliás, fica totalmente desnuda quando nos damos conta de que todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam o poder selecionam um número pequeno de pessoas às quais submetem a um tipo específico de coação chamada pena. Trata-se do fenômeno (já amplamente estudado) da criminalização de algumas pessoas, imposta por determinadas agências (estatais e para-estatais) que atuam conforme uma mesma lógica e que compõem, juntas, o que se convencionou chamar de sistema penal.⁵⁵

O processo de criminalização, ademais, dá-se em duas etapas diferentes, conhecidas como criminalização primária e secundária, conforme tenham em mente: a programação geral e abstrata, elaborada pelas agências políticas das ações que podem vir a ser punidas (legislação penal); ou a ação das agências policiais e judiciais que atuam para identificar os casos em que pessoas concretas teriam ou não praticado

tais ações, para submetê-las à coação exercida pelas agências penitenciárias.

Ocorre que o programa estabelecido no âmbito da criminalização primária é tão vasto que, sabidamente, jamais foi e jamais será realizado em sua plenitude, e acaba efetivamente dirigido a um número muito reduzido de casos e de pessoas, a ponto de fazer surgir o conceito de cifra oculta da criminalidade, em referência à imensa quantidade de fatos potencialmente delituosos que ocorrem diariamente em sociedade sem sequer por em marcha a ação das agências de criminalização secundária. Estas últimas, mesmo com recursos limitados, veem-se obrigadas a agir (para não desaparecerem por inutilidade), e o fazem de forma necessariamente seletiva, dirigindo sua ação aos indivíduos provenientes dos grupos mais vulneráveis, isto é, aqueles que estão mais à mão da burocracia punitiva. Normalmente, são pessoas pobres e feias (conforme o padrão estético dominante) e, justo por isso, muito facilmente enquadráveis num determinado estereótipo criminal (criminalização conforme o estereótipo). Além disso, a etiquetagem acaba suscitando nessas pessoas um comportamento correspondente ao estereótipo, numa espécie de círculo vicioso que tende a não ter fim.⁵⁶

O que mais interessa, entretanto, é o papel dos juristas nesse processo, quase sempre vinculado às agências judiciais e de reprodução ideológica. Isso porque, em face do escasso poder direto que lhes sobra, depois da filtragem policial inicial,

exercem um papel preponderante de legitimação discursiva, através do seu saber específico. O direito penal, assim, é construído como um discurso de programação da criminalização secundária, totalmente indiferente à seletividade natural do próprio sistema, recusando-se, por um lado, à incorporação de dados sociais ou de aspectos valorativos nas decisões dos conflitos penais, mas, paradoxalmente, invocando dados sociais falsos, arbitrariamente manipulados conforme uma ética moralista, racista, sexista e elitista.⁵⁷

04. A punição como forma de solucionar conflitos.

Como ensina Zaffaroni, a pena criminal constitui uma das formas através das quais a sociedade (como regra, através do estado) intervém nos conflitos, sempre conforme alguns modelos conhecidos historicamente, e com características bem específicas: a) o modelo reparador; b) o modelo conciliador; c) o modelo corretivo; d) o modelo terapêutico; e) o modelo punitivo.

O confronto do modelo punitivo com os outros deixa a descoberto a sua pouca aptidão para de fato solucionar os conflitos. A sua vocação, na verdade, consiste em simplesmente suspendê-los, isto é, proporcionar-lhes uma resolução meramente simbólica que exclui a vítima e acaba delegando ao tempo a função real de dissipá-lo, e dificilmente poderia ser combinado com outros modelos para tomar por empréstimo suas

potencialidades pacificadoras.

Além disso, partindo da premissa de que todo o poder do Estado, numa perspectiva republicana, precisa estar fundamentado em alguma utilidade, é fácil perceber que as normas e instituições estatais podem desempenhar funções manifestas, latentes e eventuais. A descoberta dessas três categorias permite surpreender o irrecusável conteúdo político do direito penal, e sua identificação, mais ou menos intensa, com modelos autoritários ou democráticos de Estado, vale dizer, com o modelo do estado de polícia ou do estado de direito. Por outro lado, permite também chegar a uma compreensão mais abrangente sobre o que seja de fato uma lei penal, na medida em que propicia um verdadeiro desvelamento da natureza punitiva de leis que não assumem declaradamente essa função. A própria pena, como manifestação de um determinado modelo de intervenção estatal para a solução de conflitos, passa a ser vista com olhos críticos e, por assim dizer, agnósticos, que a par de identificarem as suas funções latentes, nem por isso lhe conferem qualquer legitimação a priori. Trata-se, pois, de reconhecer a existência não de um jus puniendi que precisa ser legitimado, mas de uma potencia puniendi que precisa ser contida.

Criam-se as condições para um conceito de pena obtido negativamente, isto é, que atribui esse caráter a toda e qualquer medida estatal de coerção que não tenha o caráter reparador (ou restitutivo)⁵⁸, e tampouco o caráter de coerção direta.⁵⁹

Tem-se, pois, que a pena seria uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes.⁶⁰

05. A jurisdição penal numa perspectiva dogmático-crítica.

A abordagem crítica põe em cheque a própria jurisdição - e a jurisdição penal, especialmente - como forma eficaz e democrática de solução de conflitos. Não se pode extrair daí, contudo, uma postura nihilista de simplesmente virar as costas para a tecnologia processual. Antes, é preciso desconfiar, certamente, de conceitos como jurisdição, ação e processo, mas extrair deles aquilo que pode ser útil para assegurar o cumprimento dos princípios de garantia construídos pela cultura penalista do século XVIII, para reduzir gradativamente a violência punitiva do Estado, até a sua total eliminação, numa perspectiva utópica.

Assim é que interessa ter bem delineado o conceito de jurisdição⁶¹, distingui-lo dos demais poderes, atividades ou funções estatais⁶², para reclamar a aplicação dos princípios garantistas que devem orientar a sua atuação. Veja-se, por exemplo, que só será possível falar de coisa julgada, e dos efeitos que ela acarreta, se estivermos diante de um ato decisório de caráter jurisdicional. De igual modo, a própria garantia do devido processo legal exige que qualquer espécie de sanção de natureza penal seja aplicada somente por um órgão com poderes jurisdicionais e

através do processo.

A partir dessas premissas, a perspectiva de construção de uma teoria geral do processo penal encontra, hoje, uma série de desafios, dentre os quais destacamos: o delineamento de novos e mais claros limites entre jurisdição penal e não penal; e entre jurisdição penal e mecanismos alternativos de solução de conflitos penais. Vejamos, pois.

06. A jurisdição e o princípio da unidade.

A doutrina processual penal costuma estudar a Jurisdição a partir da enunciação dos seus princípios.

É preciso ter em mente, contudo, que, se estamos estudando um tema específico do subsistema jurídico chamado Direito Processual Penal, faz todo sentido que as regras que vão incidir sobre ele guardem relação necessária com os princípios que norteiam a disciplina. O que se percebe, porém, é que a temática não tem sido sempre tratada dessa forma, e o resultado é que: alguns dos postulados propostos simplesmente não se encaixam na base principiológica do Direito Processual Penal; alguns são repetições desnecessárias ou evidentes desdobramentos dela; e outros não parecem ter qualquer utilidade prática.

É assim, por exemplo, que muito se tem falado de um princípio da investidura, conforme o qual só exerce a jurisdição quem foi legalmente investido da função. Antes de ser um princípio da jurisdição, a exigência de investidura legal é uma regra básica para o exercício de qualquer cargo

público. Assim como o juiz, o legislador e o administrador público precisam estar legalmente investidos para realizar as suas funções. Observe-se, aliás, que é exatamente no exercício do poder jurisdicional que existem exceções mais evidentes a essa regra, como ocorre, por exemplo, no procedimento do Tribunal do Júri, em que pessoas do povo participam do julgamento - embora não estejam investidas profissionalmente das funções jurisdicionais. De igual modo, fala-se de um princípio da aderência ao território, que reza que o juiz só exerce a jurisdição dentro de determinados limites territoriais estabelecidos por lei. Aqui, também, estamos diante de um princípio totalmente ocioso, visto que aderir ao território também é uma característica própria do poder estatal em geral, ou seja, também as funções legislativa e administrativa do Estado estão limitadas territorialmente.

O que nos interessa estudar mais de perto, entretanto, é o conhecido princípio da unidade de jurisdição, do qual se extrai que a jurisdição é una, embora haja órgãos e conjuntos de órgãos com competências distintas. E a tese que sustentamos, no particular, é a de que, também aqui, estamos diante de um dogma que cumpre uma função ideológica importante (consolidar o poder da corporação dos juízes), mas causa enorme prejuízo a qualquer projeto de justiça penal que esteja efetivamente comprometido com uma concepção garantista de direito e processo penal. Senão vejamos.

A cultura jurídica ocidental, por uma série

de injunções, construiu a ideia conforme a qual a função precípua do ordenamento, diante da lesão a um direito, é recolocar as coisas no seu estado original. Assim, se alguém não paga um débito, existe a ação de cobrança; se alguém não reconhece um filho, existe a ação de investigação de paternidade; se alguém causa um prejuízo com a prática de um ato ilícito, existe a ação de indenização correspondente. E veja-se que esse raciocínio é válido mesmo para danos irreversíveis, como ocorre, por exemplo, com a morte de alguém provocada por um terceiro. Se alguém mata outrem dolosa ou culposamente, certamente não poderá trazê-lo de volta, mas pode ser condenado ao pagamento de uma indenização à família da vítima para compensar, da maneira que é possível, o prejuízo material e moral que provocou.

Casos há, contudo, em que mais que recolocar as coisas no seu estado original, é preciso impor ao agressor um sofrimento adicional, com a privação da sua liberdade ambulatoria, dando ensejo a que um mesmo fato da vida faça surgir duas espécies de pretensão dirigidas contra a mesma pessoa. Quem, por exemplo, ultrapassa um sinal de trânsito e acaba atropelando um terceiro pode ser chamado a responder criminalmente por esse fato, sem prejuízo de ter que pagar uma multa por infringir uma lei de trânsito de natureza administrativa e ainda pagar uma indenização à vítima ou a seus familiares, em função do dano civil que vier a ser apurado (essas últimas, sanções não-penais ou civis em sentido amplo).

O fato é que, independentemente da san-

ção civil, a sanção penal existe, e ao longo da história do mundo ocidental, foram construídos modelos teóricos e normativos distintos para viabilizar tecnicamente e justificar ideologicamente a convivência entre elas. Assim, se em alguns países como o nosso, há distinção entre órgãos jurisdicionais penais e não-penais, é porque o legislador, atento à existência de duas espécies de respostas tão diferenciadas, optou por atribuí-las a órgãos ou grupos de órgãos jurisdicionais distintos.

Veja-se todavia que, a partir do reconhecimento dessas divisões, estará sempre posto em questão o já mencionado dogma da unidade da jurisdição. Isto é, seja jurisdição penal, seja jurisdição não-penal, o que atua é o poder do Estado de dirimir conflitos, de atuar ou não nas pretensões, aplicando ou negando a aplicação do direito objetivo, em caráter definitivo, e agindo de forma substitutiva, definitiva e imparcial.

É compreensível, portanto, que, dentro de certos limites, para manter a credibilidade do Estado no exercício dessa importantíssima função, a própria Lei procure garantir alguma coerência entre as decisões que emanam de juízes criminais e juízes cíveis - o que se procura estabelecer, fundamentalmente, com a criação de mecanismos que, no plano do direito material⁶³ ou no plano processual⁶⁴, reconheçam e façam interagir institutos penais e não penais. Dentre esses mecanismos, destacamos aqueles dispositivos que preveem influências recíprocas entre as duas jurisdições, ou seja, questões decididas no cível que se tornam inquestionáveis no crime e vice-versa.

É preciso ter em mente, contudo, que mesmo no âmbito da jurisdição penal, a aspiração da não-contradição entre as decisões penais não é absoluta, mas cede em alguns casos. Veja-se, por exemplo, que apesar de determinar a reunião de processos nos casos de crimes conexos (art. 79 do CPP), o CPP abre exceção em alguns casos, e permite até a separação posterior, a critério do juiz, ainda que isso represente um risco de decisões contraditórias no âmbito da mesma justiça criminal.

Com muito mais razão, note-se bem, o anseio de coerência total entre decisões jurisdicionais deve ceder quando estiverem em jogo princípios do Direito Processual. Assim, as normas que estabelecem efeitos civis para a sentença criminal, pelo menos no que excluem a possibilidade de ajuizamento da ação civil de indenização, devem ser tidas como inconstitucionais, por violação, em face da vítima, do princípio do devido processo legal. Esse efeito, na verdade, só poderá ser cogitado se a vítima estava habilitada, desde o início, como assistente de acusação, pois, caso contrário, estará sofrendo as repercussões de uma sentença exarada num processo do qual não fez parte.

Ao fim e ao cabo, o que se percebe é que o princípio da unidade, embora já não se sustente nem mesmo no argumento da coerência das decisões jurisdicionais, acaba produzindo uma permanente confusão entre os diversos sistemas de solução de conflitos (o reparador, o da coação direta e o punitivo), legitimando a solução punitiva e criando enormes dificuldades para qualquer perspectiva

abolicionista, mesmo a longo prazo.

07. A jurisdição penal e a justiça restaurativa.

Nessa linha de pensamento, importa observar como a falta de uma discussão mais aprofundada sobre a eficácia do modelo punitivo tem militado contra a implementação, no Brasil, de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos oriundos de um delito.

Para os limites desse trabalho, infelizmente, não há como fazer um estudo mais aprofundado de tais mecanismos, mas não podemos deixar de lado alguns aspectos que nos parecem indispensáveis, sobretudo porque refletem a própria forma como as sociedades modernas podem e pretendem de fato lidar com o fenômeno do crime, e, particularmente, da violência criminalizada. Assim, nas linhas que se seguem, buscaremos uma breve aproximação que nos permita ter uma visão panorâmica do que se convencionou chamar de justiça restaurativa, como representante de um paradigma alternativo ou complementar de solução de conflitos penais, seus benefícios de ordem político-criminal, e suas possibilidades em face do nosso sistema legal vigente.

Neste sentido, o primeiro dado que nos parece fundamental vem da lição de Sica,⁶⁵ para quem

A justiça restaurativa seria uma prática ou, mais precisamente, um conjunto de práticas em busca de uma teoria [...], qualquer ação que objetive fazer justiça por meio da reparação do dano causado pelo crime

pode ser considerada como “prática restaurativa”.

É preciso ter em mente, ademais, que a reparação que se pretende não está limitada ao aspecto do prejuízo material - tão característico do direito privado, mas deve ser compreendida como algo muito mais abrangente, que pretende oferecer restauração para os aspectos morais e simbólicos da violência sofrida.

É assim, por exemplo, que sinaliza o art. 1º da Declaração da Costa Rica sobre Justiça restaurativa na América Latina, ao dispor que

Art. 1º[...]

§ 1. processo restaurativo é aquele que permite vítimas, ofensores e quaisquer outros membros da comunidade, com a assistência de colaboradores, participar em conjunto, quando adequado, na busca da paz social.

§ 2. Arrependimento, perdão, restituição, accountability, reabilitação e integração social, entre outros, podem ser incluídos dentre as metas restaurativas.

O que existe de mais profundo na proposta da justiça restaurativa, segundo pensamos, é a perspectiva de substituição de um modelo tradicional de resolução de conflitos que pretende cindir os aspectos civis e penais dos conflitos travados em sociedade da pior forma possível: de um lado, o juiz cível que só pode, no máximo, condenar o acusado ao pagamento de uma indenização (o que pode levar anos para acontecer); do outro, o juiz criminal que, no máximo, pode aplicar ao agressor um castigo que não trará para a vítima nada além de um mórbido consolo: o seu sofrimento

foi pago com o sofrimento do acusado; e a coletividade, supostamente ferida nos seus valores mais caros, na verdade não dá a mínima para o que acontece nas salas de audiência e nos salões de julgamento.

O modelo que se propõe com a justiça restaurativa, ao contrário, busca resgatar a figura da vítima, não, certamente, como protagonista da pretensão de punição - pois isso seria o mesmo que retornar à vingança privada -, mas como um ator que precisa ter voz ativa na resolução do conflito, e a atenção do Estado no que se refere à cura efetiva das suas dores e traumas, o que não raro dispensará a punição do agressor.

Justo por isso, e como bem adverte Sica, *embora a justiça restaurativa tenha origens nas reivindicações dos movimentos pró-vítima, no seu estágio atual não permite a sobreposição dos interesses e direitos da vítima aos do ofensor, nem deve instrumentalizar-se como meio de canalizar sentimentos de vingança ou retaliação.*⁶⁶

Não é à toa, assim, que ao identificar as correntes de pensamento que mais influenciaram a ideia de justiça restaurativa na Europa e nos Estados Unidos, o professor paulista se refere expressamente ao abolicionismo penal, e ao movimento pela intervenção mínima, que veem no modelo proposto uma espécie de abolicionismo intermediário.

O contato com a proposta da justiça restaurativa, entretanto, trata de denunciar que mesmo a fundamentação garantista da pena e do processo apresenta problemas, sobretudo a partir de sua confrontação com a realidade prática: concretamente, o que se tem é que, por mais pesada

que seja a punição do agressor, parece realmente que a vítima nunca fica plenamente satisfeita e dissuadida de um ato privado de vingança; e talvez isso aconteça exatamente por conta da ineficácia de qualquer solução de conflitos penais que não promova uma efetiva restauração dos danos nos níveis material, moral e simbólico (não necessariamente os três, e não necessariamente nessa ordem).

Embora pareça algo totalmente inovador no Brasil, os esforços iniciais para construir mecanismos de justiça restaurativa podem ser localizados historicamente ainda na década de 70 do século passado, na América do Norte. Desde então, tais mecanismos têm sido cada vez mais estudados e postos em prática (com muitas variantes, é óbvio) em países como Canadá, Alemanha, Nova Zelândia, França, Austrália, África do Sul, e até em alguns países da América Latina, através das chamadas RAC (resolución alternativa de conflictos penales). Dentre os seus muitos defensores, aliás, figuram nomes respeitadíssimos das Ciências Criminais, como Julio Maier e Claus Roxin,⁶⁷ a quem citamos por todos. Para Maier, por exemplo,

*la restitución al status quo ante (reparación) para el portador del bien jurídico agredido por el autor y la composición autor-victima, como método o procedimiento para cumplir acabadamente ese propósito, son los más claros exponentes de la pretensión renovada por humanizar el sistema penal, pretensión que, en sí, es tan antigua como la aparición en el mundo de la pena estatal.*⁶⁸

Importa deixar claro, porém, que qualquer

movimento no sentido de implementar mecanismos de justiça restaurativa no Brasil encontra algumas dificuldades, a começar pela estrutura nitidamente inquisitorial do nosso processo - pelo menos da forma como está regulado no CPP e em boa parte dos diplomas legais recentemente produzidos no país -, mas, acima de tudo, pela mentalidade esquizofrenicamente inquisitorial dos nossos operadores do Direito. Graças a essa reunião de fatores, a tendência natural é que sejam repelidas quaisquer tentativas no sentido de evitar a punição por meio de acordos entre vítimas e acusados.

Na verdade, o único espaço onde algo assim é admitido é o dos Juizados Especiais Criminais, por obra e graça do art. 98, da CF, que pela primeira vez no Brasil instituiu um modelo para solução de conflitos penais que, embora muito timidamente, permite a aplicação de alguns princípios da justiça restaurativa. O que vemos, todavia, a partir da promulgação da Lei, é um movimento de contínuo esvaziamento desse espaço, através de leis especiais que vão excluindo paulatinamente algumas categorias de delito do âmbito da competência dos Juizados.

Some-se a isso, ainda, que a introdução de mecanismos alternativos de solução de conflitos penais encontrará, sempre, muita resistência por parte de juízes e promotores, eis que boa parte do trabalho seria realizado não exatamente por eles, mas por profissionais de outras áreas, numa perspectiva transdisciplinar. Assiste razão a Sica, mais uma vez, quando pondera que o ideal punitivo sempre acaba se impondo,

seja pela força natural de seus mecanismos, pela sua carga emocional impactante ou, principalmente, porque viabiliza a concentração de poder e autoridade distante das deliberações dos cidadãos.⁶⁹

Como exemplo disso, isto é, das pedras que são postas no caminho de qualquer movimento de humanização e redução da violência penal, podemos citar, sem dúvida, a recente Lei nº 11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha, que, a pretexto de proteger de forma mais efetiva as mulheres sujeitas a situações de violência doméstica, claramente fez uma opção por um modelo de resolução de conflitos penais francamente contrário à ideia de pacificação através do diálogo.

É preciso ter em mente, contudo, que mesmo contra toda resistência das grandes corporações judiciais, e mesmo dentro de espaços normativos relativamente reduzidos, é possível lançar mão de alguns instrumentos que guardam semelhança com as técnicas de justiça restaurativa, sem necessariamente abrir mão das garantias processuais do acusado. Não se perde de vista, note-se bem, que a justiça restaurativa, sem dúvida, abre portas para a resolução de conflitos penais passando ao largo da jurisdição penal. Mas isso acontece justamente para evitar a solução punitiva, e não há porque temer, pois, qualquer possibilidade de violação à garantia do devido processo legal.

Por último, não resta dúvida de que a justiça restaurativa, enquanto modelo de "abolicionismo intermediário", pode parecer bastante utópica num primeiro momento, mas, como conclui Roxin, versando exata-

mente sobre esse tema, la utopia de hoy puede ser la realidad del mañana; y una sociedad moderna podría vencer sus problemas duraderos unicamente si está dispuesta desde ya a asumir la reforma.⁷⁰

08. Conclusão.

A pretensão de construir uma teoria geral do processo decorre, fundamentalmente, do envolvimento do direito penal com uma concepção tecnicista do processo e do próprio direito, que é a marca do século XIX.

Esse fenômeno, por outro lado, resultou num empobrecimento filosófico do processo penal, no seu afastamento dos princípios de garantia construídos durante o século XVIII, e na indiferenciação entre os vários mecanismos de solução de conflitos desenvolvidos pelo Estado Moderno.

É tarefa de um direito processual penal dogmático-crítico denunciar esse estado de coisas, e apontar para a necessidade de

construir uma teoria geral do processo penal.

Como tema central dessa teoria geral, insta proceder a uma releitura dogmática do conceito de jurisdição penal, rompendo com a ideia de unidade da jurisdição, e abrindo espaço à atuação de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos penais.

Referências:

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.
- BORGES, Maria Clara Roman. Jurisdição e amizade, um resgate do pensamento de Etienne la Boétie, In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). Crítica à teoria geral do direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 8 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CARVALHO, Salo de. Antimanual de criminologia. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 13a ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá, 1989.
- JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MAIER, Julio B. J. Prólogo. In: FERNÁNDEZ, Gabriela Rodríguez (comp.). Resolución alternativa de conflictos penales. Buenos Aires: Puerto, 2000.
- ROXIN, Claus. Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.
- SICA, Leonardo. Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SILVA, Ovidio A. Baptista da. Processo e ideologia: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- TAVARES, Juarez. Teorias do delito: (variações e tendências). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- ZAFFARONI, E. Raúl et al. Direito penal brasileiro I: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Notas:

45. Nesse sentido, TAVARES, Juarez. Teorias do delito: (variações e tendências). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 11-16. Para Zaffaroni e outros, o penalismo de Liszt, em fins de século XIX, pode ser considerado um positivismo com tendência ao pensamento, na medida em que concebe (com absoluta originalidade) a dogmática penal como tendo uma função limitadora do poder punitivo, que precisa ser resgatada. Nas suas palavras, a dogmática penal seria, pois, como a Carta Magna do delinquente. ZAFFARONI et al., *Direito penal brasileiro...*, p. 582-583.
46. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p. 295.
47. ALCALA-ZAMORA y CASTILLO, Estudios de teoría general..., p. 308.
48. ALCALA-ZAMORA y CASTILLO, Estudios de teoría general..., p. 316.
49. Nesse sentido, a lição de Ovidio Batista, lembrando que o estilo radicalmente dogmático dessas duas obras, nas quais Carnelutti não teve sequer a preocupação de discorrer sobre a história dos institutos, ou de fazer referência a qualquer outro autor. (SILVA, Ovidio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 37).
50. ALCALA-ZAMORA y CASTILLO, op. cit., p. 320-325.
51. O nosso processualismo, portanto, nasce com a marca do dogmatismo e do cientificismo, o que explica, de certa forma, que "Na literatura brasileira, o prestígio das obras institucionais de processo civil é diretamente proporcional ao estilo abstrato, more geométrico, utilizado por seus autores." (SILVA, op. cit., p. 37).
52. Nesse sentido, também, a crítica de Jacinto Nelson Miranda Coutinho, para quem "teoria geral do processo é engodo, teoria geral do processo é a do processo civil e, a partir dela, as demais" (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A Lide e o Conteúdo do Processo Penal. Curitiba: Juruá, 1989, p. 118-119). Também Salo de Carvalho, ao denunciar que "A pretensão científica totalizadora da teoria geral do processo capacita seu conteúdo desde o processo civil, inferiorizando as diversidades das esferas processuais". (CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 27).
53. Dentre os processualistas pátrios: CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil, v.1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 63-66; CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. Teoria Geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 20-24; SILVA JARDIM, Afrânio. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 1-9; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 191.
54. Ver o excelente trabalho de BORGES, Maria Clara Roman. *Jurisdição e amizade, um resgate do pensamento de Etienne la Boétie*, in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à teoria geral do Direito Processual Penal*, p. 73-108, em que a autora destaca a relação entre os discursos sobre a jurisdição e o poder disciplinar de FOUCAULT.
55. Teríamos, assim, as agências: a) políticas (parlamentos, ministérios, partidos políticos, etc.); b) judiciais (juízes, ministério público, serventários, etc.); c) policiais (todas as entidades públicas ou privadas responsáveis pela polícia de segurança); d) penitenciárias (órgãos ligados ao sistema prisional); e) de comunicação (imprensa); f) de reprodução ideológica (universidade, institutos de pesquisa, etc.); e g) as internacionais (organismos de âmbito internacional vinculados à ONU, OEA, etc.). (ZAFFARONI et al., *Direito penal brasileiro...*, p. 60-61).
56. Fala-se, ainda, na criminalização devida à falta de cobertura, em referência às pessoas que, excepcionalmente, colocam-se em posição de vulnerabilidade como consequência desfavorável de algum embate político estabelecido com o poder hegemônico (ZAFFARONI et al., *Direito penal brasileiro...*, p. 49).
57. Vejamos, por exemplos, certas verdades prontas do discurso jurídico-penal, destituídas de qualquer base empírica: 'A intervenção punitiva tem efeito preventivo.' 'A prisão preventiva não é uma pena.' 'A pena estabiliza do direito.'
58. O modelo reparador, prevalente no direito privado, não deixa de ter, evidentemente, um componente utópico diretamente ligado aos níveis de inefetividade (marcadamente nos países periféricos), mas, como ponderam os autores estudados, seria sempre uma utopia a ser perseguida, na medida em que descortina um horizonte de efetiva melhoria da vida em sociedade, muito ao contrário do que ocorre com a utopia negativa, de integral cumprimento da programação criminalizante primária, que tornaria a vida social insuportável.
59. Como esclarecem Zaffaroni e outros (ZAFFARONI et al., *Direito penal brasileiro...*, p. 102), "toda administração demanda um poder coercivo que lhe permita executar suas decisões. Tal poder é exercido de diversas maneiras. As mais comuns são as que se fazem através de: a) execução subsidiária do ato omitido pelo particular (efetiva-se sobre o seu patrimônio); b) multas coercivas; c) coerção direta". Esta última forma seria a que mais se aproxima (e mais facilmente se confunde) com a pena, sobretudo na perspectiva de suas funções declaradas e latentes.
60. *Ibid.*, p. 99.
61. O poder-dever que cabe ao Estado de, substituindo-se às partes, resolver o conflito de interesses que lhe é apresentado a fim de que, tutelando o ordenamento jurídico, dê a cada um o que efetivamente é seu. SILVA JARDIM, Afrânio. *Op. cit.*, p. 6.
62. Teoria da divisão de poderes de Montesquieu que, apesar de muitas vezes criticada, acabou por se tornar um dos mais fortes lugares-comuns da Teoria Geral do Estado e do Direito Constitucional, e de lá para as disciplinas jurídicas que estudam o processo.
63. Vejamos, por exemplo, os dispositivos da legislação penal que reconhecem a reparação do dano, ora como causa de diminuição de pena (art. 16 do CP), ora como causa de extinção da punibilidade (art. 34 da Lei nº 9.249/95). Assim também, o dispositivo do CC que exclui da herança os herdeiros que tenham cometido crime contra o de cujus (art. 1.814, II, do CC).
64. Vejamos, por exemplo, o procedimento de restituição de coisas apreendidas, previsto no art. 120 do CPP, e as chamadas medidas assecuratórias, previstas e reguladas nos arts. 125 a 143 do CPP, que são da competência do juiz penal e tendem a garantir o pagamento de indenização à vítima.
65. SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, p. 10-11.
66. *Op. cit.*, p. 15.
67. *Pasado, presente y futuro del Derecho procesal penal*, *passim*.
68. MAIER, J. *Prologo In Resolución alternativa de conflictos penales: mediación de conflicto, pena y consenso*, p. III.
69. *Op. cit.*, p. 36.
70. *Pasado, presente y futuro del Derecho procesal penal*, p. 86.

Os Precessos de Vitimização

Um quadro sócio-jurídico a partir das falas de companheiras dos presos do Sistema de Justiça Criminal da Região Metropolitana de Salvador

Emanuel Vinícius S. Silva

Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador – UCSAL e Especialista em Direito do Estado pela Associação Educacional Unyahna. Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal e de Medicina Legal na Faculdade Salvador - FACSAL e no Instituto Baiano de Ensino Superior - IBES.

01. Introdução.

A complexidade dos fenômenos sócio-jurídicos apontam cada vez mais fortemente para uma análise transdisciplinar. Os aportes teóricos da filosofia, psicologia, história, sociologia, antropologia, assim como das ciências políticas e ciências médicas, em muito contribuem para a construção de uma interface de compreensão das diversas práticas jurídicas. O foco de tais interfaces se constitui em algo sempre muito complexo e multifacetado, cujas dimensões analíticas apresentam cargas de sutilezas e pormenores impossíveis de serem apreendidas em sua totalidade.

Ao que importa a presente reflexão, o conjunto de questões relativas à criminalidade, bem como a extensão sócio-jurídica dos seus efeitos compõe uma supracitada interface de discussões e de atravessamento que guardam polêmicas de todas as ordens.

Seja no âmbito acadêmico ou na constelação das políticas públicas, a organização da sociedade e o fortalecimento do ordenamento jurídico através dos meios políticos adequados costumam ser tratados em (re)cortes ou “reduções” analíticas mais ou menos inevitáveis. Afinal, trata-se 1) de uma estratégia possível de produzir resultados que se acumulam a cada passo do desenvolvimento da pesquisa e do amadurecimento da análise, assim como 2) da necessidade de se cumprir o tempo indispensável para o devido planejamento e implantação das intervenções sociais supostamente inexoráveis.

Por seu mérito, os desdobramentos teóricos e/ou práticos dos pontos críticos destes (re)cortes promovem a construção de cenários ou quadros de análise a partir dos quais é possível elaborar novas hipóteses. Tais cenários se constituem como mapas para uma geografia de problemas e roteiro para novas trilhas. Nesse sentido, a construção de um quadro de análise sócio-jurídico é um dos pontos principais deste artigo. Ora, partida e chegada desta reflexão: partida, porque parte do desenho metodológico, e chegada, pois objetiva a construção de novas perguntas para a exploração de temáticas afins.

Em termos de procedimento, pretende-se aplicar a noção de processo de vitimização, oportunamente definido, haja vista sua articulação com as ideias de ruptura e cotidiano, por um lado, e discussões acerca da construção social da realidade, por outro. A aproximação de conceitos

oriundos das teorias sociais com aqueles costumeiramente vinculados ao universo jurídico será feita também a título de uma crítica à dogmática associada às políticas penais em geral, e carcerárias, em particular.

Quanto ao objeto propriamente dito, o presente trabalho tem ainda por finalidade analisar a existência de processos de vitimização aos quais seriam submetidas as companheiras de homens custodiados em estabelecimentos prisionais localizados na Região Metropolitana de Salvador, por meio de entrevistas realizadas com aquelas. A escolha das mulheres não faz parte de uma amostra estatística. Os critérios para a escolha e seleção das entrevistadas foram aleatórios, a partir das possibilidades de acesso e disponibilidade por parte dos sujeitos envolvidos. Por motivos óbvios, alguns cuidados foram definidos no intuito de proteger a privacidade dos entrevistados – como detalhado adiante. As entrevistas foram transcritas integralmente. Entretanto, apenas alguns trechos foram destacados aos efeitos deste artigo. Ademais, foram inseridas citações bibliográficas *pari passu* ao fragmento do relato das mulheres a fim de compor o quadro de análise.

Entende-se por estabelecimento carcerário, de acordo com a abordagem realizada, as carceragens de delegacias, os estabelecimentos de detenção provisória e os de cumprimento de pena. Conforme já exposto anteriormente, identifica-se por companheira a esposa, pessoa com quem o apenado viva em união estável, seja

noiva ou namorada. Para tanto, foram ouvidas duas mulheres, as quais foram submetidas à entrevista. Ambas possuem idade entre 25 e 29 anos e ensino superior incompleto. Apesar de estarem desempregadas, consideram-se responsáveis pelo “sustento” familiar e qualificam como “estável” a união com o companheiro. A primeira possui um filho com o companheiro. A segunda possui três filhos: nenhum deles com o referido companheiro. Para evitar a identificação das entrevistadas, serão utilizados pseudônimos. A primeira será identificada por Jasmim. A segunda, por sua vez, será identificada pelo pseudônimo de Violeta.

O companheiro de Jasmim foi processado e condenado pela prática de crimes contra o patrimônio, especificamente crimes de roubo praticados no município de Salvador. Já o companheiro de Violeta foi condenado pela prática de homicídio qualificado em concurso material (provavelmente) com o crime de destruição de cadáver, cometido em um município da região metropolitana de Salvador (o município será aqui omitido, haja vista a notoriedade do crime e a possibilidade de identificação da entrevistada). Essas pessoas foram selecionadas em virtude de contato prévio com um membro da ASFAPE (Associação de Familiares e Amigos de Presos), da qual as entrevistadas também participam.

Aspectos teórico-metodológicos

A reflexão acerca da noção de processos de vitimização pressupõe uma articulação

teórica e metodológica baseada em alguns autores da teoria social, especialmente Berger e Luckmann, cujo interesse temático discute ideias como: vida cotidiana, história de vida e rupturas/mudanças.

Para Berger e Luckmann (1985), a vida cotidiana apresenta uma estrutura temporal que fornece historicidade e é constituída por objetos e padrões anteriores (preexistentes) ao próprio sujeito. Em outras palavras, os indivíduos aprendem e se posicionam no mundo a partir do cotidiano. Suas “realidades” são construídas coletivamente em função da assimilação e/ou atribuição de significados à teia que compõe o que se chama “mundo da vida”. Assim, o mundo é uma cadeia de significados que se impõem aos sujeitos como enigma e descoberta. O cotidiano, por sua vez, é um fluxo mais ou menos regular e estável a partir do qual “escorregam” os significados do mundo. Nesse sentido, os indivíduos estão permanentemente (re)significando o mundo a partir das suas vicissitudes.

A historicidade fornecida pela vida cotidiana permite tematizar diversos aspectos da biografia das pessoas. Isto significa que os indivíduos são capazes de produzir significados sobre os significados vividos anteriormente em uma sobreposição sem fim. Este processo de construção de significados também experimenta novas significações ao se consolidar os laços sociais, visto que novas conexões de sentido são formuladas. Enfim, a história de vida é a narrativa tematizada sobre os significados das

experiências direta ou indiretamente vividas.

Como o cotidiano é um fluxo mais ou menos regular, a ruptura é a quebra ou alteração desta regularidade. A ruptura é experimentada pelos sujeitos com um problema a ser resolvido. A qualidade deste problema está diretamente relacionada tanto ao grau da ruptura promovida no cotidiano quanto ao nível dos valores sociais envolvidos.

Como o mundo da vida é construído num cotidiano regular, os sujeitos não vivem permanentemente em estado de ruptura. Vários mecanismos, psicológicos e sociais, entram em ação para promover o (re)ajustamento à “normalidade” do fluxo diário. A mudança decorre desses mecanismos de ajuste, especialmente em função das novas demandas de resignificação de valores e papéis sociais.

Tais processos de ruptura e mudança ocorrem a todo o momento nas vidas humanas. Por esse motivo, os indivíduos estão em permanente reelaboração dos seus papéis sociais face à transformação dos significados presentes no cotidiano. Didaticamente, temos o seguinte:

- 1) vida cotidiana como fluxo contínuo;
- 2) mundo da vida como teia de significados;
- 3) rupturas e mudanças com tensões e/ou quebra de significados;
- 4) papéis sociais com representações dos significados coletivos;

A resignificação dos papéis sociais promovida por uma ruptura no cotidiano dos sujeitos pode evidenciar valores sociais positivos ou negativos: o indivíduo

que enriquece pelo trabalho é visto de forma diferente daquele que enriquece por subtrair dos outros. Positivo ou negativo, os processos de rotulação ou tipificação social se desdobram de forma semelhante em muitos aspectos: como atores sociais, representamos papéis conforme a expectativa social. Óbvio que todos estes pontos mereceriam um desenvolvimento mais detalhado. Entretanto, tal empreendimento escapa ao escopo deste artigo.

Por outro lado, aos efeitos desta reflexão, daremos ênfase aos rebatimentos sócio-jurídicos dos aspectos negativos da rotulação/tipificação, ao mesmo tempo em que os chamaremos especificamente de processos de vitimização. Isto se deve às características mais gerais do objeto de análise aqui apresentado, qual seja:

- a) ruptura e mudança no cotidiano das mulheres companheiras de apenados, a partir dos relatos colhidos nas entrevistas;
- b) história de vida e cotidiano com o intuito de compreender a intensidade da ruptura;
- c) tentativa de restauração da normalidade como “novo” cotidiano face às “novas” demandas sociais;
- d) processos de vitimização relacionados às mulheres de companheiros que cometeram crimes, bem como resignificação de papéis sociais em termos jurídicos e sociais.

Síntese metodológica ilustrativa.



A figura acima pretende sintetizar o esquema metodológico para dar maior integração e visibilidade aos elementos da análise.

A situação carcerária.

O Brasil possui uma das maiores populações carcerárias do mundo. De acordo com dados consolidados do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), órgão vinculado ao Ministério da Justiça, havia, ao final do ano de 2009, um total de 473.626 pessoas encarceradas em 1.806 unidades prisionais. O estado da Bahia, por sua vez, possui 14.289 indivíduos presos, o que corresponde a aproximadamente três por cento do total, distribuídos em 26 estabelecimentos penais.

No que se refere à criminalidade feminina, estudos sobre a mesma, ainda que timidamente, começam a ser produzidos, muito em virtude do seu significativo crescimento, notadamente em relação a determinados tipos penais.

De acordo com dados consolidados presentes no Sistema Nacional de Informação Penitenciária, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional, já mencionado, a população prisional nacional feminina em 2009 foi de 31.401

mulheres.

Ainda de acordo com as informações colhidas pelo DEPEN, o tráfico ilícito de entorpecentes correspondeu a aproximadamente 59% dos crimes praticados pelas mulheres, seguido de roubo (11%), furto (9%) e homicídio (7%).

Não obstante os indicadores sobre a criminalidade feminina, ainda são relativamente escassos os trabalhos que abordam os processos de vitimização relacionados com companheiras de homens que cumprem pena em estabelecimentos prisionais.

Análise dos relatos das mulheres.

Com base nos ensinamentos de Caldeira (2000), assim como ocorre com vítimas de crimes violentos, para as companheiras de presos haveria o estabelecimento prévio de uma distinção entre a 1) prática criminal, responsável pela provocação de desestruturação de "realidades", e 2) as narrativas sobre o delito, visto a reorganização do que foi desnaturado pela prática delituosa, mas que também conduzem ao estabelecimento de muros, de limites, de proibições, de "normas" de exclusão e segregação.

Desse modo, são perquiridas respostas a uma série de formulações, dentre elas, as situações de violência sofrida por essas mulheres e quais seriam essas circunstâncias.

a) Família, trabalho e vizinhança.

A análise dos relatos dessas mulheres se

apresenta de extrema importância, na medida em que pode apontar para os estigmas resultantes, seja em relação à família, revolta dos filhos, amigos, local de trabalho e vizinhança.

Consideramos estigma o atributo depreciativo que torna uma pessoa diferente de outras que se encontram numa categoria incluída. Esta pessoa deixa de ser considerada uma criatura comum e é colocada numa posição de diferente, desacreditada, portadora de uma anomalia. (GOFFMAN apud GUIMARÃES, 2006).

A mulher é submetida a uma cruel jornada, o que já aponta para um processo de vitimização: o cuidado dos filhos, da casa e a responsabilidade muitas vezes solitária pelo sustento da família. De acordo com dados do IBGE, em 2007, 33% das famílias brasileiras eram mantidas por mulheres. Assim sendo, através das entrevistas, constata-se que as mulheres de presos sustentam o lar e o próprio apenado. É o que ocorre nas famílias de ambas as entrevistadas.

Observa-se dos relatos que a sensação do preconceito influencia o convívio social e que a condição de companheira de apenado conduz a um processo de omissão ou negação da condição penal do companheiro pela própria mulher junto à comunidade, família, vizinhos e local de trabalho.

Meus amigos nem todos sabem (...) porque é discriminação, a sociedade em si ela discrimina, não tem pra onde você correr, não. Por exemplo, você tem dez amigos, vai ter um ou dois que vai dizer assim 'siga em

frente, corra atrás mesmo', mas o resto vai se sair de você sem você até perceber. (...) Onde eu moro ninguém sabe (...).

Não é nem segredo. É uma coisa assim, que se você escancara, a sociedade vai te meter mais mal do que você já é, né. Porque assim, a sociedade te vê assim, se você mora com vagabundo, vagabunda você é. Se você mora com advogado, ótimo, beleza, é da sociedade, é gente boa. Se você mora com médico, ô, até com professor pé-rapado, beleza; mas se disser assim, eu visito a PLB, eu visito a Lafaiete, eu visito a cadeia pública, você é vagabundo. (VIOLETA)

E ratifica todo o exposto supra o relato de Jasmim:

Muito preconceito. De todos que sabem. De todos. Se você pega um táxi e se me deixa na porta da delegacia você já é olhado diferente. Se você pega um ônibus e solta na porta do presídio você já é olhado de forma diferente.

Na comunidade, ninguém sabe. Eu não permito que ninguém saiba.

Apenas a título de arremate, segue imprescindível:

A maioria das mulheres de presos no seu bairro evita que seus vizinhos saibam; no seu trabalho não quer que suas patroas saibam. Tanto que se acontecer algum evento, alguma eventualidade de rebelião no presídio e as mulheres estiverem ali e a imprensa chegar, as mulheres vão embora pra não ser filmada pra que outras pessoas não vejam que elas estavam lá no presídio (VIOLETA).

Apesar do exposto, um fato perverso perambula pelo cotidiano dessas

mulheres: a influência da condição dos seus companheiros sobre a sua realidade profissional, o que joga por terra o princípio jurídico constitucional da impessoalidade da pena, em razão da mesma refletir além da pessoa do condenado. Senão vejamos o elucidativo relato de Violeta:

Eles estão chamando realmente pra vir trabalhar, mas será que isso irá ocorrer mesmo na realidade? Porque com mulher de preso é assim. Se descobrir, há discriminação, não tem pra onde correr. Procura um pezinho pra colocar pra fora. (...) Eu ia começar a trabalhar, foi quando a carteira caiu e por isso que eu não saio nem mais com ela, o cara crachá. A carteirinha pra entrar no presídio... Eu já tava ajeitada, tudo direitinho, ela caiu. Aí o empregador viu. Perdi meu emprego.

b) Processo penal, atores da justiça criminal e “justiça”.

Outra atribuição da mulher do apenado é o acompanhamento do inquérito policial e posterior processo penal, assim como toda a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios, etc. Ambas as entrevistadas afirmaram terem acompanhado de forma efetiva todo o inquérito policial e posterior processo penal dos companheiros.

O relato sobre toda a sequência da persecução penal, a análise da atuação dos diversos atores dessa sequência (delegado de polícia, agentes de polícia, autoridade judiciária, membro do Ministério Público, Juiz da Vara de Execuções Penais etc) são

também importantes.

No que se refere à atuação da defesa, Jasmim afirma que seu companheiro foi assistido pela defensoria pública. Segundo a mesma, a precariedade deste atendimento melhorou em algum momento do processo. Relata ainda que não teve acesso ao processo para “opinar” sobre a “qualidade” da defesa. Ainda assim, avalia com “ruim” o desempenho do profissional.

Violeta, por sua vez, teve o companheiro defendido por procurador constituído (ao menos no plenário do júri), e revela ter aprovado a atuação do advogado, o qual, apesar de não ter tido tempo para preparar a defesa, segundo seu relato, se comprometeu com o caso.

Indagada sobre sua avaliação acerca da atuação da autoridade judiciária no processo de seu companheiro, Jasmim comenta aspectos relativos ao posicionamento do juiz. O companheiro respondeu a todo o primeiro processo pela prática do crime de roubo preso (cerca de dois anos até a decisão de primeira instância). Foi punido ao regime prisional semi-aberto em cinco anos e quatro meses. Nesse momento, a entrevistada cometeu dois atos falhos. O primeiro ao afirmar que o juiz foi “imparcial”. O segundo, ao ser indagada se a autoridade judicial teve uma atuação correta, afirmou ter sido correta, mas aparentemente “querendo” afirmar que foi incorreta e parcial. Ademais,

Tinham outras pessoas no processo, né, que inclusive ele soltou outras pessoas porque tinham advogados, né. E ele, que

não teve, não tinha condições de bancar as custas de um advogado, foi defendido pela defensoria pública, ele não teve a mesma oportunidade que os outros tiveram. (JASMIM).

Violeta também apontou para a parcialidade da atuação da autoridade judiciária (confundindo, a exemplo de Jasmim, as categorias “juiz” e “justiça”), em virtude da visível diferença de tratamento concedido aos réus que foram assistidos pela Defensoria Pública e por procurador constituído.

Foi assim, ó. Pra ele ser sentenciado, ele foi sentenciado depois de 4 anos e 8 meses, e eu achei muita deficiência. Por quê? Porque teve casos que chegou lá com menos tempo e ele deu a sentença, ele fez o Júri. Por exemplo, um dos caras que entregou (...) ganhou a promoção do Ministério Público, né, a chamada promoção. Você me conta tudo e ganha, você responde em liberdade. Eu acho que hoje não tá mais acontecendo, mas até 2005, o que foi que o cara fez, contou a versão dele, o Ministério Público automaticamente, por ter dado já a palavra, liberou ele, né, com a ordem, é claro, do juiz, e o cara ficou em liberdade. E o meu, preso, e o outro, que tava junto, preso. Na verdade foram sete pessoas que participaram dessa morte, sendo que só ficaram dois presos.

Ambos os que ficaram presos foram os únicos assistidos pela Defensoria Pública. Em relação à atuação do membro do Ministério Público, Jasmim considera positiva. Violeta, por sua vez, revela descontentamento com o desempenho do

promotor. Para a mesma, o membro do Parquet dirigia-se aos jurados de forma muito incisiva. Acha que os pressionou e que deveria ter usado outra linguagem.

Indagadas sobre se acreditam na justiça, ambas são categóricas em afirmar descrédito. Para Jasmim, não houve justiça na condenação do seu companheiro. Segundo a mesma, a lei não foi cumprida e houve excesso de prazo no processo – acusa aqui tempo da prisão provisória até a sentença. Diz, enfim, não acreditar na justiça e acrescenta: “A justiça nunca chega pra todos de forma igual. Só chega para quem tem mais condições”. “Eu acho assim, justiça é pra quem tem, pra quem não tem, não tem justiça” (VIOLETA).

Nesse sentido, Guimarães (2006), responsável por pesquisas acerca do tema em comento, aduz: “As mulheres mostraram as dificuldades na relação com a burocracia estatal que envolve o processo penal e manifestaram descrédito na justiça”.

Essa Vara de Execuções (...) é o fim, acha que é uma baderna, acha que a gente não trabalha, ontem mesmo eu disse que saí do trabalho agora, não tenho como eu vir pela manhã, e ela perguntou, 'você trabalha, é?!' Quer dizer, mulher de bandido não pode trabalhar, porque se trabalhar é o que? Então é assim, o erro é da própria justiça. (VIOLETA).

c) Visitas e revista íntima.

As visitas aos apenados podem configurar, mais uma vez, um elemento de vitimização, na medida em que as

companheiras enfrentam, nesse particular, o confronto com o dever do Estado de realizar a segurança pública; nesse caso, o de impedir a entrada de entorpecentes, celulares, armas ou qualquer outro instrumento proibido. Tal medida pode vir acompanhada de uma série de arbitrariedades levadas a cabo por agentes prisionais, polícia militar, população etc.

Entende-se, preliminarmente, apesar do desgaste do processo, pela inequívoca importância das visitas periódicas realizadas por familiares e companheiras, até mesmo para promover os laços de afetividade e de manutenção de certo vínculo do preso com o mundo externo. Desse modo, imprescindível se fez a abordagem de tal aspecto durante as entrevistas.

A família costuma estar presente durante a execução penal e exerce um papel importante na construção de estratégias de sobrevivência e exercício da cidadania, denunciando abusos, punições ilegais e/ou perseguições dentro do presídio, ou mesmo transferências para lugares distantes. (GUIMARÃES, 2006).

Mas eu digo de uma forma assim, gente errou, mas não foi a família que errou, a família tem o seu papel e a gente de certa forma tem que acolher a família pra que eles se sintam seguro e dê o retorno pra gente. Porque sem a família, fio, o preso não é ninguém e quando sair faz mesmo. Mas se tiver uma mulher e se tiver uma mãe, se tiver um filho, eles vão pensar duas vezes. Porque o diálogo ali da família vai fazer com que eles venham a pensar de

maneira diferente e tenham uma outra visão do mundo, uma outra visão da sociedade. (VIOLETA).

Corroborando tal afirmação, Spagna assevera:

As mulheres que fazem tais visitas em função de um vínculo amoroso com o interno encontram-se em maior número, e correspondem às esposas, companheiras e namoradas. Estas, são movidas por um sentimento de cuidado e atenção para com presos. Querem e precisam cuidar dos mesmos para se sentirem completas. (SIC)

As entrevistadas afirmaram que costumam visitar os companheiros semanalmente. Violeta confirma que visita o “marido” duas vezes por semana.

A revista íntima e consequente atuação dos agentes penitenciários foi tema dos mais abordados pelas entrevistadas, que consideram essa medida um dos elementos mais atentatórios à sua dignidade, dentre todos desse cruel processo de vitimização a que são submetidas:

O problema que mais me incomoda é aquela questão da revista vexatória. A gente tem sempre tocado nesse assunto, que não teria tanta necessidade de ser; não que a gente quisesse deixar de ser revistada, mas que o Estado investisse em tecnologia, né, A gente está no século XXI e a gente ainda é obrigada a passar por constrangimentos pelo simples fato de ter um parente preso. Isso na verdade é extensão de pena aos familiares, porque quem cometeu, quem paga pela pena já tá lá dentro, quem cometeu o crime tá pagando a pena. E a gente acaba pagando

também simplesmente pelo fato de ter alguém preso.

As entrevistadas afirmaram não terem recebido nenhum tipo de violência física. Ambas relataram que os companheiros foram vítimas de violência física, perpetradas por agentes estatais. O mesmo não pode ser festejado quando se refere à violência moral.

Tem plantão que é uma bênção, mas tem plantão que misericórdia, viu! E tem agentes, também. Por exemplo, esse domingo mesmo, o agente que veio pra entregar as fichas pra gente entrar no módulo numa pirraça, pirracento, crítico, preguiçoso. Chegou lá dentro e as agentes femininas?! Misericórdia, se elas pudessem elas nem tocavam na gente, com nojo. E ainda tem agente que tem nojo mesmo da gente, não deixa fazer pra gente não perceber, não. Fazem pra gente perceber mesmo. (VIOLETA).

Jasmim afirma que chegou a vivenciar um episódio bastante constrangedor, quando uma agente disse que ela conduzia drogas no corpo. A agente a conduziu ao banheiro e determinou que “fizesse força” até colocar para fora a droga. Jasmim, já sem forças, disse que não tinha nenhuma substância ilícita no corpo e exigiu que fosse conduzida à Central Médica para que fosse constatada a veracidade da alegação da agente. Só nesse momento a funcionária desistiu, ordenando que a mesma se vestisse para entrar no estabelecimento penal.

A revista já é constrangedora. A revista é você tirar a roupa por completo, se agacha três vezes, vira de costas pra agente

penitenciária e, é, não sei nem como é a posição, fica da cintura pra cima envergada pra poder ela ter acesso à vagina, ter a visão da vagina e a pessoa abre a vagina. É um padrão com todas as mulheres. Só que talvez varia de presídio pra presídio. No presídio de Serrinha, por um exemplo, se agacha três vezes de frente, três vezes de costas, a agente penitenciária olha, aí senta em um banco que é um detector de metal, abre a boca, mexe no cabelo... (JASMIM).

Indagada sobre a visita íntima, Violeta, por sua vez, falou em especial de uma revista sofrida na Penitenciária de Serrinha, no sertão baiano, local onde seu companheiro já esteve custodiado:

Se for pega uma pessoa como foi pega uma na semana passada, essa semana o plantão vem bombando, vai ter que tirar tudo.

Por exemplo, a de Serrinha mesmo você fica toda nua, você se agacha três vezes em direção à agente e ela, é assim, elas colocam um banco em cima de uma mesa, e aí ela fica no banco. Ela coloca o nariz dela e você vai de frente e de costas, ali na posição. Praticamente elas te cheiram, né. E depois você vai para o raio X, você tem que sentar, geralmente elas gostam que você sente nua; eu questionava que eu não iria me sentar nua porque todo mundo senta ali nua e me vestia, vestia a calcinha e tal; é assim, foi a pior revista que eu já tive. Não teve Lauro de Freitas, não teve Feira, não teve Santo Amaro.

Imprescindível, para que se possa notar a intensidade da vitimização a que são submetidas as companheiras de presos, a

transcrição do relato dramático de Violeta: *Eu também acho que nós mulheres corremos risco em todos os sentidos, né. Porque pra polícia, não só pra sociedade, mas como pra polícia. Por exemplo, nós ficamos ali até dar o horário pra entrarmos pras unidades. E ali não fica um policial do lado de fora protegendo as nossas vidas. Porque pode chegar uns caras bandidos de lá e atirar, sair fazendo arrastões (...). Na saída da gente também não, no outro dia mesmo teve uma mulher que esfaqueou a outra ali fora. Um policial saiu depois de meia hora (...) não sei nem porque ele saiu, e como se nada tivesse feito. E assim, a nossa vida fica à mercê. Ela é mulher de bandido, leva. Leva pra delegacia e vamos ver se tem alguma ocorrência, se já tem alguma passagem aí e tal. (...) Mas no dia que os agentes penitenciários fizeram a greve deles apareceram quatro viaturas pras mulheres não fazerem bagunça, não chamar a imprensa. Até pra gente (...) eles nos discriminam, acham que nós não somos ninguém, (...) porque é isso também que a justiça acha da gente. Por mais que nós somos famílias e eles sabem assim que a família tem um papel importante na vida deles, eles tratam a gente como se fosse nada.*

d) Redes de colaboração entre familiares e amigos de presos.

Aspecto relevante a ser abordado está relacionado à suposta existência de redes de colaboração mútua entre as famílias – notadamente entre as companheiras – dos apenados. Em caso afirmativo, como se

daria essa colaboração (se material, moral ou ambas)? Qual o grau de organização? Quanto ao tema, assim dispõe Guimarães: *Enquanto isso não acontece, restam algumas estratégias para resistir. As mulheres dos presos estabelecem relações e formam redes informais, a partir dos encontros em horários de visita. Elas partilham das mesmas frustrações e dificuldades e idealizam a liberdade do companheiro. Assim, a prisão também é lugar de encontro e troca de experiências entre elas, incluindo o compartilhar de angústias e de ansiedades.*

Em relação às entrevistadas, ambas participam de uma associação que reúne familiares e amigos de presos (tomando-se aqui a expressão preso de forma ampla). Tal dado denota que as mesmas apresentam características peculiares em comparação a outras companheiras de presos, haja vista possuem acesso a formas de informação acerca do processo penal, acompanhamento de inquéritos policiais e processo, contato com advogados e outros profissionais ligados à questão prisional, além de terem acesso ao próprio sistema de justiça criminal, na medida em que a mencionada associação oferece atividades artísticas e profissionais dentro de alguns estabelecimentos penais da região metropolitana de Salvador.

Na verdade eu reúno, né, várias mulheres pra tentar garantir algo de melhoria pro sistema; e o contato com elas é muito tranquilo, apesar de toda a estigmatização, mas isso pra mim é bastante tranquilo. (JASMIM).

e) Influência dos companheiros para a prática de crimes pelas mulheres.

Além disso, perquire-se se as mulheres foram em algum momento pressionadas, coagidas ou influenciadas por seus companheiros a adentrar nos estabelecimentos prisionais com algum objeto proibido. A respeito desse ponto, segue interessante passagem:

Aditem que algumas das visitantes levam substâncias tóxicas e utensílios proibidos para os companheiros, como armas, materiais pontiagudos, e produtos químicos. E conseguem passar de várias formas: dentro dos corpos, disfarçados nos alimentos, no vestuário, ou mesmo nos corpos das crianças que as acompanham. (SPAGNA).

Violeta admitiu nunca ter conduzido nenhum objeto ilegal (armas, drogas etc) ao companheiro. Todavia, alertou para o fato de que já houve um pedido desse para que ela levasse um celular à porta de um estabelecimento penal no qual ele estava inserido, e de lá uma outra pessoa conduziria o referido objeto para dentro da penitenciária.

Só uma vez que ele me pediu pra eu levar um celular na frente da unidade que lá tinha uma pessoa que ia pegar na minha mão. (...) Isso aí ele me pediu. Porque se ele me pedisse pra levar droga ou celular dentro de mim ele já sabia quem é a mulher dele. Ele já pediu isso fazendo mil e um arroteios. (...) Não levei. Não cheguei a levar porque eu sei que isso aí não é certo.

Indagada se é comum as mulheres levarem o celular ou drogas nos seus corpos para os

companheiros, respondeu:

E como é comum! Eu posso dizer em Feira, que eu já vi uma mulher levar um aparelho chamado baratinha, (...), é um aparelho que... Tipo um motorzinho, ela injetou dentro dela e drogas, porque ela disse a mim que tava com drogas e a baratinha lá dentro. (...) Ela conseguiu entrar, agora eu acho que ela era jogo das agentes, entendeu?

Outro aspecto de extrema importância a ser explorado é o referente à hipótese da prática de infrações penais pelas mulheres de presos, seja em virtude da pressão exercida por eles, seja em virtude de decisões próprias, e a motivação, nessa última hipótese, para a prática do fato criminoso.

Jasmim apresentou relato o qual confirma em parte as estatísticas oficiais oferecidas pelo DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional) do ano de 2009, segundo o qual o tráfico ilícito de entorpecentes correspondeu a aproximadamente 59% dos crimes praticados pelas mulheres, seguido de roubo (11%), furto (9%) e homicídio (7%).

De acordo com essa entrevistada, ela é acusada do crime de tráfico de drogas, a cujo processo responde em liberdade. Aduz que o crime do qual supostamente é acusada de ter cometido não possui relação com o processo do companheiro e que ele nunca a pediu para cometer crimes ou levar drogas para dentro de uma unidade prisional. Nesse ponto, o caso de Jasmim parece destoar do histórico dos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes praticados pela população feminina, haja

vista nos parecer que, em regra, há a exigência ou ao menos a influência do companheiro. “Se ele pedisse eu não ia mais lá” (JASMIM).

f) Visão do crime praticado pelo companheiro.

Ponto relevante também é a forma como a mulher “julga” o crime praticado pelo companheiro. Interessante, quanto a este aspecto, o seguinte trecho:

As mulheres acreditam na inocência e na vitimização dos companheiros, sustentada por mecanismos de subjetivação veiculados pela ideologia patriarcal que cimentam estas relações de dominação. Outro aspecto diz respeito à compreensão que possuem do delito cometido pelo companheiro. Elas mostraram dificuldade em referir a situação que levou os homens ao encarceramento, assim como para assumir a concretude do delito. (...) Os enunciados das mulheres mostram-se atravessados por contradições: elas dizem acreditar na inocência dos companheiros e creditam a culpa dos atos delitivos a pessoas da rede social do apenado, por outro lado, elas relatam situações em que está implícita a incriminação do preso. A construção titubeante e reticente, as hesitações e as dubiedades sinalizam uma elaboração destinada a convencer a elas mesmas, como se sentissem obrigadas a acreditar nessas explicações pouco plausíveis. (GUIMARÃES, 2006).

Ainda tomando por base o discurso das companheiras sobre o crime praticado pelo apenado, é levado em consideração

um possível discurso de naturalização desse ilícito.

Jasmim acredita que o companheiro praticou o crime do qual foi acusado, até porque foi réu confesso, mas apresenta certa dubiedade no relato da história de vida do companheiro:

De início há uma criminalização do jovem da periferia, onde o Estado não tem dado condições aos nossos jovens, e aí os grandes ídolos dos jovens hoje são os assaltantes. Os grandes assaltantes e os grandes traficantes. São os grandes ídolos. Então eles se espelham muito nisso ali pra tocar sua vida e ir por esse mundo. Eu acho que com o meu companheiro, ele sempre teve uma vida muito conturbada, perturbada pela separação dos pais. Hoje que a gente vem conversando a gente percebe que isso influenciou muito no que ele é agora, na pessoa que ele se formou. Mas quanto aos crimes, aconteceu, né. A segunda vez mesmo que ele foi preso a gente não tinha em casa nem o que comer e acho que isso foi um fator bastante...

(...) A mãe dele me dizia que na brincadeira de polícia e ladrão ele sempre era a polícia, o polícia. Talvez uma frustração, não sei, talvez uma frustração por não ter conseguido ser ou talvez porque ele não tenha tentado ser a polícia e foi o inverso. E o outro papel é o fator econômico mesmo. Indagada sobre a sua impressão acerca do crime cometido pelo companheiro, Violeta apresentou certa incoerência na resposta, pois afirma que a pena “surpreendeu” (negativamente), mas que foi “justa”. O seu relato tende a levantar e confundir traços

do que considera influências da “justiça” (humana) e “divina” (não se pode perder de vista que essa entrevistada é evangélica; desse modo, não se poderia esperar outra resposta que não a da “infalibilidade” e “perfeição” “divinas”):

Acho assim, ele fez, ele errou, ele tem que pagar, entendeu. Foi uma pena que me surpreendeu, surpreendeu ele também, porque esperávamos 20 anos, e assim, foi uma pena na medida certa, porque não foi só ele. Acho que Deus foi justo mesmo, bem justo. Não foi só ele, como foram sete, só três foram sentenciados e tem outro ainda para ser sentenciado, mas o advogado recorreu para o Tribunal, e não sabe se vai ser condenado ou não. Três, então quer dizer, sete participaram e só três foram sentenciados. Então assim, tem coisas injustas, mas ele que fez, ele que tem que pagar. Agora assim, a justiça em si que venha também a dar uma vez, uma oportunidade, pra que ele venha a mostrar à sociedade que ele mudou, que ele errou mas que ele mudou. Assim, o sistema prisional mesmo, ele não oferece nada pro preso, nada, ele não oferece nada, nem pro preso e nem pro familiar do preso.

Conclusão.

Após serem apontadas algumas formas como as companheiras de presos são submetidas a crueis processos de vitimização, cabe enumerar e problematizar algumas delas.

Outrossim, sem ignorar as conseqüências corporais e psíquicas dos processos de vitimização, que levam a pensar na noção

de vítima como evidente e não problemática, enfatizamos as implicações sociais e morais desses processos para o reconhecimento e identificação de certos grupos de pessoas e indivíduos como “vítimas”. (PAES-MACHADO; NASCIMENTO, 2006).

A negação da condição penal do companheiro acarreta, de certa forma, a negação da própria realidade das entrevistadas. Tal fato se deve, de acordo com seus relatos, a não aceitação da própria sociedade à condição penal e social dos seus “maridos” e à extensão desse comportamento a aquelas. Desse modo, sofrem a extensão dos atos dos companheiros em suas vidas e em seu cotidiano. Tal processo acarreta uma ressignificação mais ou menos radical do seu dia-a-dia, assim como evidencia uma nova condição social.

A extensão de “pena social” também se verifica no momento em que o empregador dessas mulheres, pelos mesmos motivos apontados supra, não aceita oferecer um posto de trabalho àquelas.

Esses fatores provocam verdadeira ruptura na vida social dessas mulheres, seja em relação à família, trabalho e amigos. Provocam um inevitável afastamento desses últimos, comprometendo os vínculos de afetividade, confiança e respeito mútuos entre todos. Contribui, ademais, para um isolamento da companheira do apenado.

Parece que o encarceramento, assim, não se restringe ao preso, mas estende-se à sua companheira, a qual, de certo modo, é

obrigatoriamente submetida a um aprisionamento moral e social imposto por aqueles com quem com ela possui mais proximidade (família e amigos) e também pelos demais membros da sociedade. “A principal característica da experiência com esses crimes (...) é o desamparo (...) com respeito à organização, à vida familiar e às condições gerais de existência”. (PAES-MACHADO; NASCIMENTO, 2006).

As chamadas “revistas vexatórias”, realizadas antes das visitas aos estabelecimentos carcerários, por sua vez, configuram meio escancarado de violência, revelando verdadeira visão de depravação moral e asco da sociedade e do Estado (na pessoa dos seus agentes os quais lidam diretamente com as instituições carcerárias) em relação à mulher do custodiado.

Todavia, apesar das inúmeras violências a que são submetidas a partir do exato momento em que os seus companheiros são inseridos no sistema de justiça criminal, as mulheres não adotam uma postura totalmente passiva diante de tal realidade. A desestruturação social e familiar provocada pelo encarceramento do companheiro, por um lado, provoca o desejo de mudanças e de estruturação, por outro. A reunião em redes de auxílio mútuo é um forte indicativo de que procuram participar e contribuir para a melhoria da sua condição e da de seus companheiros. As entrevistadas, por exemplo, fazem parte de uma associação que reúne familiares e amigos de presos (composta, em sua maioria, por mulheres: esposas, namoradas, noivas e mães).

Nesse ponto, pode-se notar uma relativa aproximação com o que foi proposto por Caldeira (2000), pois a prática criminal, apesar de ter sido responsável pela desestruturação de uma realidade, por um lado, - e aqui residiria uma semelhança com os ensinamentos daquela -, por outro, as entrevistadas foram além da narrativa sobre o delito no que se refere a proporcionar a reorganização do que foi desfeito pela prática criminosa (não se pode perder de vista que aqui se está tomando a companheira do custodiado também como vítima).

Observe-se que a narrativa também possui aqui papel relevante, na medida em que parcela da responsabilidade (pelo crime praticado ou pelo sentimento de justiça) foi atribuída a fatores econômicos, familiares e à própria justiça e atores da justiça criminal (autoridade judiciária, membro do Ministério Público, Defensor Público, por exemplo). Todavia, e aqui reside a distinção, as mulheres entrevistadas contribuíram para a construção (da realidade pós encarceramento do companheiro) não apenas com as narrativas acerca do crime, mas com a efetiva união a outras pessoas (mulheres) com as quais dividem os mesmos problemas e com as quais tentam conhecer melhor e propor melhorias ao sistema de justiça criminal.

De acordo com os ensinamentos de Lea (2003), quatro atores comporiam o denominado “quadrilátero do crime”, quais sejam, o sistema de justiça criminal, a opinião pública, infratores e vítimas. Ocorre que o “personagem” em estudo,

apesar de em tese não compor tal quadro, na prática, pode, sem muito esforço de inteligência, ser inserido em tal contexto. Mas não de forma tão simples. A dificuldade reside em apontar em qual dos lados inserí-lo. A dúvida, especificamente, está em identificá-lo como infrator ou como vítima. Tudo depende da ótica da qual se parte.

A conclusão a que chega o presente estudo, em virtude de todo o exposto, está no inequívoco caráter de vítima das companheiras de custodiados do sistema de justiça criminal da região metropolitana de Salvador. Finalmente, este quadro de análise não se esgota aqui. Em verdade, tais reflexões abrem várias pistas para novas reflexões e desdobramentos. Para os efeitos presentes, trata-se ao mesmo

tempo de um passo importante para o amadurecimento das questões envolvidas e ponto de partida para voos mais pretensiosos.

Referências:

- BARCINSKI, Mariana. Protagonismo e vitimização na trajetória de mulheres envolvidas na rede do tráfico de drogas no Rio de Janeiro. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, vol. 14, nº 2, Rio de Janeiro, Mar./Apr. 2009. Disponível em: < <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/630/63013532026.pdf> >. Acesso em: out. 2010.
- BERGER, PETER; LUCKMANN, THOMAS. *A construção social da realidade*. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1985.
- CALDEIRA, T. P. do R. *Cidade de Muros: Crime, separação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: Ed. 34/Edusp, 2000, p. 27-56.
- DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Sistema Penitenciário no Brasil: Dados Consolidados*. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/dpdc/data/Pages/MJD574E9CEITEMID598A21D892E444B5943A0AEE5DB94226PTBRIE.htm> >. Acesso em: set. 2010.
- DURKHEIM, Émile. Regras relativas à distinção entre normal e patológico. In: *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 49-76.
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. 8. Ed. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2008.
- GUIMARÃES, Cristian Fabiano et al. Homens apenados e mulheres presas: estudo sobre mulheres de presos. *Revista Psicologia e Sociedade*, vol. 18, nº 3, Set/Dez. 2006. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822006000300007&script=sci_arttext >. Acesso em: out. 2010.
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa sobre pessoa de referência da família – mulher*. Brasil: IBGE, 2007.
- KLEIN, Fernanda Bortolini. As formas de poder prisional e a família do preso. Disponível em: < <http://br.monografias.com/trabalhos900/poder-familia-presos/poder-familia-presos.shtml> >. Acesso em: out. 2010.
- LEA, John. *Crime and Modernity: Continuities in Left Realist Criminology*. Londres: Ed. Sage Publications, 2003.
- MERTON, Robert. Regras relativas à distinção entre normal e patológico. In: *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 49-76.
- PAES-MACHADO, Eduardo; NASCIMENTO, Ana Márcia Duarte. Dossiê: Violência, Criminalidade e Justiça. In: PAES-MACHADO, Eduardo (org.). *Vítimas a Deriva: processos sociais de vitimização de bancários por assaltos e sequestros*. Salvador: Centro de Recursos Humanos/UFBA, 2006.
- SPAGNA, Laiza Mara Neves. "Mulher de bandido": A construção de uma identidade virtual. *Revista dos Estudantes de Direito da UNB*, 7. Ed. Disponível em: < <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-dos-estudantes-de-direito-da-unb/7a-edicao/mulher-de-bandido-a-construcao-de-uma-identidade-virtual/> >. Acesso em: out. 2010.

Existe razão para que os direitos dos trabalhadores domésticos não sejam iguais aos dos trabalhadores regidos pela CLT?

Leila Ornellas Tourinho

Estudante do segundo semestre do curso de Direito do Instituto Baiano de Ensino Superior - IBES. Servidora do TRT/5ª Região.

01. Introdução.

O Brasil é um país de história singular. Durante séculos cultuou o trabalho escravo – primeiro, do índio, depois, do negro - no desenvolvimento das relações sociais, econômicas, políticas, jurídicas, ideológicas e culturais de seu povo.

Quando as relações de reprodução do capital tornaram a mercadoria escrava anacrônica, a elite econômica brasileira foi forçada a “abolir” a escravidão com a promulgação da estapafúrdia Lei Áurea (Lei Imperial nº 3.353 de 13 de maio de 1888), assinada pela Princesa Isabel⁷¹, como consta nos livros de história.

O citado diploma legal continha apenas dois dispositivos: no primeiro, declarava extinta a escravidão em todo o território brasileiro e, no segundo, o já clássico “revogam-se as disposições em contrário”.

Existe razão para que os direitos dos trabalhadores domésticos não sejam iguais aos dos trabalhadores regidos pela CLT?

Ora, após séculos de barbárie, a elite brasileira, como de costume, cria na hipótese de solucionar os problemas sociais e econômicos “de uma só canetada”. Restou óbvio que a realidade é muito mais ampla do que a estreiteza da visão jurídica sobre ela. Os negros, agora livres, e sem nenhum suporte econômico-social, continuaram “escravos” e o resto da história está aí para quem quiser ver: nas favelas, prisões, escolas públicas, subempregos, etc.

Não é à toa, portanto, que a maioria esmagadora dos empregados domésticos atualmente é do sexo feminino, da etnia negra e não possui carteira assinada⁷². Alguém aí recorda de quem servia as chamadas “casas-grandes” na época da escravidão? As negrinhas de cama e cozinha⁷³... E quem continua servindo as “casas dos senhores”? Adivinhe? Mais do mesmo...

Claro que a realidade jurídica do país hoje é outra. Social e economicamente também. Porém, a Constituição Federal de 1988 ao tratar dos direitos sociais fundamentais, principalmente os direitos trabalhistas consignados no artigo 7º, retira do rol aplicável aos trabalhadores domésticos alguns direitos, explicitando juridicamente uma certa desigualdade, que boa parte da doutrina juslaboralista não trata, em que pese a Lei Maior encontrar-se embasada nos princípios da dignidade humana e da igualdade, como ela mesma dispõe no art. 1º, III e no art. 5º, caput.

Daí, surgem as perguntas que são o farol do presente trabalho: porque existem direitos trabalhistas que não são atribuídos pela CF/88 aos empregados domésticos? Qual a

fundamentação jurídica para tanto? Por que os trabalhadores domésticos não têm os mesmos direitos dos demais trabalhadores? É o que se tenta desenvolver neste artigo.

02. Os direitos sociais fundamentais e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A Constituição Federal de 1988 traz a dignidade da pessoa humana como fundamento, valor supremo, da República Federativa do Brasil, reconhecendo o indivíduo como o objetivo principal da ordem jurídica. O Princípio da dignidade da pessoa humana traduz a repulsa constitucional às práticas que visem posicionar o ser humano, enquanto tal, a tratamento desigual em relação aos demais, a desconsiderá-lo como pessoa, ou ainda a privá-lo de meios à sua manutenção.

A dignidade da pessoa humana não é vista, pela maioria dos doutrinadores, como um direito, mas como um atributo inerente ao ser humano, independentemente de qualquer condição. Desta forma, apenas por ser pessoa, resta clara a sua posição de sujeito de direitos e, portanto, digno de respeito e apto a usufruir de tratamentos condizentes com os valores fundamentais contidos em toda a Ordem Jurídica. Mas o que dizer de pessoas que não têm seus direitos reconhecidos pelo próprio Ordenamento?

A Carta Magna de 1988 constituiu um marco histórico. Por meio dela, os direitos sociais, assegurados pelo art.7º, foram elevados à categoria de cláusulas pétreas. Ela ampliou os direitos dos empregados

Existe razão para que os direitos dos trabalhadores domésticos não sejam iguais aos dos trabalhadores regidos pela CLT?

domésticos, que eram somente garantidos pela lei 5.859/72, já que estes trabalhadores não estão incluídos na CLT, melhorando, desta forma, a situação da categoria. Mas foi de encontro aos próprios princípios que defende quando não os equiparou aos trabalhadores urbanos e rurais, selecionando os direitos aos quais estes fariam jus.

Essa discriminação legal, que macula o Princípio da Isonomia, bem como afronta, de forma direta, o art.193, da CF/88, que diz que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem estar e a justiça sociais”, pode estar enraizada nas peculiaridades do trabalho doméstico, mas também como reflexo da segregação sócio-histórica deste tipo de empregado. Os domésticos são, historicamente, uma categoria desvalorizada, pouco reconhecida e discriminada em nosso país, a despeito de sua extrema importância social. Os trabalhos domésticos geralmente são exercidos por necessidade financeira, na falta de qualificação e instrução para exercer outra profissão, por mulheres e mediante contraprestação de salários ínfimos, pagos, em muitos casos, de forma irregular.

O trabalho é um direito de todo cidadão, protegido pelo Estado. A finalidade deste direito é a garantia da subsistência pessoal e familiar, como forma de perceber os direitos à vida, à liberdade, à dignidade. O direito ao trabalho, diretamente vinculado ao capítulo constitucional dos Direitos Sociais, faz parte, portanto, dos direitos fundamentais dos seres humanos, com o objetivo de melhorar as suas condições de

vida, tendo em vista a igualdade social.

Como veremos no decorrer deste artigo, o empregado doméstico pouco ou nada difere dos empregados regidos pela CLT, mas os seus direitos e garantias não são os mesmos destes últimos. Percebe-se, desta maneira, que os direitos da dignidade da pessoa humana não são oferecidos de igual forma a todos os trabalhadores.

Vamos entender a dicotomia existente entre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a histórica desigualdade entre trabalhadores ditos “comuns” e os trabalhadores domésticos.

03. Os direitos trabalhistas dos empregados domésticos no Brasil.

A princípio, aos trabalhadores domésticos eram aplicados, analogicamente, alguns preceitos do código civil de 1916 relacionados à alocação de serviços. Em seu artigo 1.216, o referido código esclarecia que “toda espécie de serviços ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratado mediante retribuição”, sem maiores especificações. Este diploma legal regulou, indiferentemente, todos os contratos trabalhistas até o surgimento da consolidação das leis do trabalho em 1943. A atividade doméstica foi inicialmente regulamentada pelos decretos 16.107/23 e 3.708/41, que a definia como aquela laborada em residência particular mediante remuneração.

O decreto 16.107/23, de vigência local, regulamentava a locação de serviços domésticos no distrito federal – localizado, à época, no Rio de Janeiro – especificando

Existe razão para que os direitos dos trabalhadores domésticos não sejam iguais aos dos trabalhadores regidos pela CLT?

os trabalhadores que seriam englobados nesta categoria, dentre eles: copeiros, jardineiros, engomadeiras, lavadeiras, porteiros, costureiras, damas de companhia, mas também empregados de hotéis, restaurantes e bares. Enfermidade, ou qualquer outra causa que tornasse o empregado incapaz para o serviço, era motivo suficiente para o empregador despedi-lo por justa causa. Mas o decreto também estabelecia justas causas para o empregado pôr fim ao contrato. Ser exigido serviço superior às suas forças, alheio ao contrato, bons costumes ou às leis, correr perigo e descumprimento de contrato por parte do empregador eram motivos para que a relação de emprego fosse desfeita, à pedido do empregado. Foi estabelecido também neste decreto o aviso prévio de, no máximo, oito dias e os deveres gerais de ambas as partes, com multa para quem infringisse o contrato.

O decreto-lei 3.078/41 disciplinou a locação de serviços domésticos em âmbito nacional, exigindo a obrigatoriedade de carteira profissional para o exercício da profissão. Eram atribuídos aos domésticos o direito ao aviso prévio de, no máximo, 8 dias, após período de experiência de 6 meses, e o de reincidir contrato em casos de atentado à honra ou integridade física, mora salarial ou em caso de descumprimento de obrigação patronal em relação à alimentação e condições de higiene fornecidas ao empregado.

Em 1943 surge a CLT. Apesar dos domésticos estarem enquadrados dentre os trabalhadores cuja lei exige a assinatura da CTPS para a formalização da relação de emprego, eles não são regidos pela CLT-

Consolidação das Leis do Trabalho. A CLT (decreto-lei 5452/43) exclui de forma expressa os empregados domésticos do âmbito de sua aplicação. Este diploma legal surgiu para uniformizar as regras regentes do direito trabalhista no Brasil e disciplinar o contrato de emprego ou de trabalho subordinado, deslocando este contrato da órbita civilista para a trabalhista. O empregado doméstico, porém, ficou de fora, conforme artigo 7o, alínea "a": "Os preceitos constantes na presente consolidação, salvo quando for, em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não econômica à pessoa ou à família no âmbito residencial destas". Ficou clara a marginalização cometida contra os trabalhadores domésticos que restaram isolados dos demais trabalhadores subordinados e continuaram a ser disciplinados pelo código civil, até a promulgação de lei específica, em 1972.

Desta forma, a partir de 1972, os domésticos passaram a ser regidos pela lei 5.859/72, regulamentada, no ano seguinte, pelo Decreto 71.885/1973. Esta é uma lei bastante objetiva e, além de estabelecer a obrigatoriedade do registro de contrato de trabalho na CTPS, resume os direitos da classe em: férias de 20 dias úteis anuais e serviços previstos na lei orgânica da previdência social, na qualidade de segurado obrigatório. A lei determina a forma de custeio por parte do trabalhador e do empregador.

Com a promulgação da constituição

Existe razão para que os direitos dos trabalhadores domésticos não sejam iguais aos dos trabalhadores regidos pela CLT?

federal de 1988, estes trabalhadores viram seus direitos ampliados. A constituição federal prevê alguns dos direitos dos obreiros domésticos no parágrafo único do artigo 7º. Assegura o salário mínimo, a irredutibilidade de salário, décimo terceiro salário, repouso semanal remunerado, férias mais um terço do salário, licença à gestante, licença-paternidade, aviso prévio e aposentadoria, bem como a sua integração à Previdência Social. Mas não estende a esta categoria o direito ao FGTS, seguro-desemprego, adicional noturno, hora extra e seguro contra acidentes de trabalho. Também não estabelece para o doméstico a duração máxima da jornada de trabalho. Como se vê, há uma distinção clara entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores. A Constituição Federal os distingue quando destina à categoria um parágrafo para discriminar quais dentre todos os direitos assegurados aos trabalhadores urbanos, rurais ou avulsos, os domésticos terão acesso.

Em 2001, a lei 10.208 acrescentou dispositivos à lei 5.859/72, facultando ao empregador a inclusão do empregado no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, o FGTS. Os empregados, uma vez inscritos, também fazem jus ao seguro-desemprego, em casos de despedida arbitrária e indireta. Sendo facultado ao empregador o pagamento do FGTS, obviamente, a maioria deles opta por não conceder este direito, já que, uma vez garantido, não pode ser retirado o benefício. Neste ponto, cabe dizer que não parece razoável, que o destinatário do direito, para obtê-lo, esteja condicionado à vontade de outrem. Esta passa a ser uma norma de eficácia

questionável, visto que a sua concretização depende tão somente do empregador e aquilo que não se pode exigir de alguém não é efetivamente um direito.

Finalmente, em 2006, surge a lei 11.324, que altera dispositivos das leis anteriores e contempla os domésticos com direitos de natureza previdenciária e trabalhista, elucidando um pouco mais os direitos da categoria. Assegura férias de 30 dias anuais remuneradas mais um terço do salário, estabilidade de emprego para a gestante e benefícios e serviços previstos na Lei Orgânica da Previdência Social, na qualidade de segurado obrigatório. Traz também a previsão de folga compensatória ou recebimento em dobro nos feriados civis e religiosos trabalhados. A mesma lei estabelece a proibição de descontos salariais, referentes ao fornecimento de alimentação, vestuário, higiene ou moradia, salvo se a moradia se refere à local diverso da residência em que ocorre a prestação de serviço, e quando este desconto é previamente acordado entre as partes. Foi preciso a descrição da proibição desta violação em norma, de forma expressa, para que o trabalhador não ficasse com quantia ínfima ao final do mês, já que era prática o desconto de todo o gênero de coisas, colocando o trabalhador numa condição de semiescravidão.

04. Conceito e características do empregado doméstico.

Segundo a Lei 5.859/1972, entende-se por empregado doméstico “aquele que presta serviços de natureza contínua e de

Existe razão para que os direitos dos trabalhadores domésticos não sejam iguais aos dos trabalhadores regidos pela CLT?

finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas". Nota-se, desta forma, que o conceito do empregado doméstico está diretamente relacionado a determinado tipo de prestação de serviço, que deve ser contínuo, não lucrativo e prestado à família em ambiente residencial, ou seja, com pessoalidade. A cartilha do trabalhador doméstico editada em 2007 pelo Ministério do Trabalho e Emprego define o doméstico igualmente à lei referida acima, acrescentando que o trabalhador doméstico é considerado o "maior de 16 anos" que presta tal serviço. Delgado (2005, p. 365) coaduna os conceitos de empregado e de empregado doméstico, fornecidos pela Lei, e diz que empregado doméstico é "a pessoa física que presta, com pessoalidade, onerosidade e subordinadamente, serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, em função do âmbito residencial destas". Não é, pois, pela natureza do trabalho que se classifica o empregado como doméstico, já que qualquer profissional, seja paisagista, médico ou engenheiro, pode ser considerado como tal. O fator preponderante para o enquadramento do trabalhador nesta categoria é o preenchimento dos requisitos apresentados pela lei específica. Podemos entender, portanto, que qualquer atividade exercida no âmbito residencial, que não vise à produção de bens e serviços destinados à obtenção de ganho, pode ser enquadrada como atividade doméstica. Assim, o segurança, zelador ou caseiro, bem como o motorista ou piloto particular

que servem à família exclusivamente em sua vida privada, são considerados empregados domésticos.

Em julgado de recurso ordinário, de 1980, a primeira turma do TRT4, de forma unânime, considerou uma enfermeira, que prestava serviços a domicílio, com exclusividade, a uma pessoa, como empregada doméstica. Desta forma, negou-lhe o pedido da exordial, que pleiteava a equiparação da reclamante aos empregados regidos pela CLT. O relator do processo baseou seu voto, seguido pelos demais desembargadores, no argumento de que não é a qualificação profissional da reclamante que a transforma em empregada regida pela CLT, mas o preenchimento de todos os requisitos da lei específica dos empregados domésticos. Então, do conceito de empregado doméstico podemos destacar quatro elementos essenciais e, desta forma, cumulativos, para classificar um trabalhador nesta categoria: a natureza contínua ou não eventual do serviço; a finalidade não lucrativa; o trabalho dirigido à pessoa física ou à família e no âmbito residencial das mesmas.

Havendo compromisso de comparecer em dias e horários certos, ainda que em alguns dias na semana, mesmo sem dias certos ou pré-determinados, por um período de tempo sem termo certo, a natureza do trabalho é considerada contínua. Não dispõe a lei que o trabalho doméstico deva ser diário, mas contínuo. Por continuidade devemos entender um trabalho realizado periodicamente, com regularidade, sem interrupção, não-eventual. Há muita polêmica em torno disso, principalmente

Existe razão para que os direitos dos trabalhadores domésticos não sejam iguais aos dos trabalhadores regidos pela CLT?

no que se refere a diaristas. Mas, segundo julgado do TRT (Tribunal Regional do Trabalho) de São Paulo do ano de 1999, “a doméstica que trabalha duas ou três vezes por semana, fazendo serviços próprios de manutenção de uma residência, é empregada e não trabalhadora eventual, pois a habitualidade caracteriza-se prontamente na medida em que seu trabalho é desenvolvido em dias alternados, verificando-se uma intermitência no labor, mas não uma descontinuidade”. É empregada doméstica e há vínculo empregatício. Não há mais dúvidas sobre isso. Contudo, segundo Monteiro (2006), não havendo a imposição, com determinação de dias específicos para prestação de serviços, o trabalhador é diarista autônomo, em razão da ausência de subordinação - elemento essencial do vínculo empregatício - e, não, como erroneamente muitos pensam, em razão da ausência de continuidade.

Como finalidade não lucrativa, temos o trabalho exercido com o único objetivo de servir à família e manter o espaço residencial, sem fins econômicos. Caso o empregador doméstico tenha uma atividade lucrativa realizada em âmbito residencial, o empregado que participa desta atividade deixa de ser doméstico e passa a ser considerado trabalhador comum, o seu contrato de trabalho será regido pela CLT. Podemos concluir que, desta forma, a cozinheira que ajuda a dona de casa a fazer marmitas, doces e bolos de encomenda, não faz parte da categoria de trabalhador doméstico, já que seu trabalho gera renda. Nascimento (1998) exemplifica como trabalho realizado em

âmbito residencial e não-doméstico, o da faxineira que limpa o consultório dentário de profissional que funciona em uma das dependências residenciais do mesmo. Embora ela trabalhe em âmbito residencial e o dentista possa ser pessoa física, o trabalho não pode ser considerado doméstico porque o empregador objetiva lucro.

Um julgado antigo, de 1979, do TRT3, já assegurava que “desnatura-se a relação de trabalho doméstico para receber a proteção celetista, quando o trabalhador presta além de serviços domésticos, serviços na cantina do seu patrão”. Outro Recurso Ordinário, do mesmo ano, desta vez do TRT4, resolve que a trabalhadora que presta serviços de limpeza em edifícios de apartamentos, mesmo que todos os moradores pertençam e sejam ocupados pela mesma família, mas cada uma com economia própria, não é empregada doméstica.

Para ser considerado labor doméstico, o empregado também deve se enquadrar em mais duas condicionantes, ainda não comentadas. O trabalho deve ser dirigido à pessoa ou família, excluindo-se, portanto, a possibilidade de ser dirigido à empresa, e, no âmbito residencial destas. Valeriano (1998, p.47) defende a ideia de que a lei exige que o trabalho seja prestado à pessoa ou à família, mas isso não quer dizer que o trabalhador doméstico não possa ser contratado e remunerado por pessoa jurídica, desde que a prestação dos serviços fique restrita à pessoa ou à família e sejam atendidos os demais requisitos. Embora a lei faça referência à pessoa ou família, para Delgado, é lógico que certo

Existe razão para que os direitos dos trabalhadores domésticos não sejam iguais aos dos trabalhadores regidos pela CLT?

grupo unitário de pessoas físicas, atuando estritamente em função de interesses individuais de consumo pessoal, não descaracteriza o contrato de trabalho para labor doméstico (Delgado, 2009, p.354). É o caso da relação entre estudantes residentes em repúblicas informais e suas faxineira/cozinheira. Neste ponto, no caso dos domésticos, cabe lembrar a notável exceção ao princípio jus trabalhista da despersonalização. Como a relação trabalhista ocorre entre pessoas físicas ou naturais, com extrema pessoalidade, inclusive em relação ao empregador, inexistente a regra da sucessão trabalhista. A morte do empregador, por exemplo, extingue automaticamente a relação empregatícia, salvo se a prestação laboral permanecer nos exatos moldes, perante a mesma família e unidade familiar.

O conceito de residência ou "âmbito residencial" deve ser entendido no sentido amplo. A expressão utilizada na lei deve ser assim compreendida: com respeito ao âmbito residencial destas ou para o âmbito residencial destas, ou, ainda, em função do âmbito residencial da pessoa ou família (Delgado, 2009, p.355). Se assim não o fosse, o motorista particular não se enquadraria na categoria apenas por não trabalhar dentro da residência, mas na rua. O serviço do doméstico pode ser realizado externamente, desde que o seja para a pessoa ou à família. Valeriano (1998, p.47) e Nascimento (2005) salientam ainda que é também incluído, como empregado doméstico, aquele que presta serviço em residências rurais, casas de campo e de praia, além de outras extensões residenciais e unidades estritamente

familiares que estão distantes da residência principal da pessoa ou família.

Para ser considerado labor doméstico, um elemento importante a ser considerado é a questão da pessoalidade em relação à prestação de serviço. O contrato de trabalho é feito com "certa" pessoa, é intuito personae. O empregador conta com esta determinada pessoa para lhe prestar serviços, sem possibilidade de substituição constante. Na relação empregatícia doméstica, segundo Delgado (2009, p.349), a pessoalidade destaca-se pela intensidade, posto que a fidedignidade é de certo mais elevada, se comparada ao padrão empregatício normal. O doméstico presta serviços extremamente pessoais, em local de residência do empregador, entrando na sua intimidade.

Outro ponto a ser analisado é quanto à onerosidade. Não existe contrato de trabalho gratuito, já que é da natureza do contrato de trabalho a onerosidade. Resta óbvio que o empregador doméstico deve pagar o salário àquele que lhe presta serviço. Se a prestação de serviço é gratuita, não pode ser considerada como labor doméstico.

Quanto à natureza do serviço prestado, como já citado, a legislação não limita o tipo de serviço a ser caracterizado como doméstico. Não há discriminação legislativa a esse respeito, o que existe é uma discriminação cultural. Socialmente, tendemos a correlacionar trabalho doméstico a labor manual, não-intelectual. Mas o tipo de serviço prestado, manual ou intelectual, especializado ou não, não é elemento fático-jurídico da relação empregatícia doméstica (Delgado,

Existe razão para que os direitos dos trabalhadores domésticos não sejam iguais aos dos trabalhadores regidos pela CLT?

2009, p.352 e 353).

Martins (2004, p.30) afirma que, uma empregada que presta serviços em uma residência e, ao mesmo tempo, labora em atividade lucrativa, mesmo que em apenas parte do seu tempo, deve ser considerada empregada comum, prevalecendo, assim, a situação mais favorável, com a aplicação da CLT nas relações contratuais. Nota-se, evidentemente, a preocupação em enquadrar a empregada em uma relação que lhe ofereça mais benefícios, muito embora as atividades exercidas possam ser exatamente iguais àquelas realizadas se somente doméstica fosse. A diferença está na obtenção de lucro pelo empregador, que descaracteriza o trabalho doméstico. Isso nos leva a pensar numa série de questões relacionadas ao preconceito, à discriminação e à relação histórica de subserviência quase escrava, às quais os trabalhadores domésticos são constantemente e injustamente relacionados. Quais os motivos de diferenciar direitos entre trabalhadores comuns, regidos pela CLT, e trabalhadores domésticos? Se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, por que os trabalhadores domésticos não têm todos os direitos do trabalhador comum? Analisemos, pois, estas questões levantadas, pautados no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, base do nosso Ordenamento Jurídico.

05. Histórico das desigualdades.

Os direitos sociais dos trabalhadores, de modo geral, sempre foram alcançados após muitas lutas. Com a união das

categorias, os direitos reivindicados eram conquistados após árduas negociações, greves, manifestações e passavam a figurar do rol de benefícios da classe. Com os trabalhadores domésticos, sempre foi diferente. Sem a possibilidade de juntar forças, pelo caráter isolado do trabalho e também por não se considerarem, durante muito tempo, como “profissionais”, não acompanharam as evoluções de direitos dos demais trabalhadores, ficando, por muitas décadas, convenientemente esquecidos.

Não se sabe, ao certo, a origem do trabalho doméstico, e as duas principais teorias sobre o tema são diametralmente opostas. Uma delas afirma que o trabalhador doméstico era enaltecido por seus amos com honrarias e privilégios e a outra identifica o seu surgimento com a prática escravocrata, o que explicaria o preconceito e a discriminação.

Os adeptos da primeira tese fazem alusão às inúmeras referências mitológicas e bíblicas que revelam a presença de trabalhadores livres que se ocupavam da prestação gratuita ou remunerada de serviços domésticos. Para justificar a desvalorização deste tipo de serviço com o passar do tempo, os defensores desta teoria afirmam que os senhores, tanto urbanos como rurais, passaram a deslocar escravos das senzalas para dentro de suas casas, no intuito de burlar leis que protegiam estes trabalhadores, desde o século XVI.

A maioria dos estudiosos, porém, fica com a segunda tese. Acredita-se que, face aos relatos da História e de trabalhos semelhantes, o trabalho doméstico tenha

Existe razão para que os direitos dos trabalhadores domésticos não sejam iguais aos dos trabalhadores regidos pela CLT?

surgido mesmo da escravidão (ANJOS, 2004). E isso, indiscutivelmente, contribuiu para desvalorização da prestação de serviço doméstico. No Egito, na Roma e na Grécia Antiga era muito comum que povos inimigos, derrotados de guerra, fossem aprisionados e mantidos como escravos na casa de famílias abastadas. Segundo Souza (2004), o direito de reter os vencidos pelos vencedores de batalhas foi uma prática universalmente empregada em todo mundo antigo, e, indignamente, parece-nos que, até hoje existe, mesmo que em proporções e formas diferenciadas, os que ainda estão sujeitos a essa degradação. Então, desde a Idade Antiga, trabalho doméstico é considerado algo menor, inferior, sendo prestado, principalmente, por escravos, crianças e mulheres. Na Roma Antiga, o trabalho manual, reservado aos escravos, era considerado atividade subalterna, desonrosa.

No Brasil, a prática escravagista abrangia tanto o trabalho com fins econômicos – nas lavouras – como o trabalho doméstico. Para Alencastro (2004), no Brasil, a vida privada nasce marcada pelo escravismo moderno, no dualismo público versus privado, do Estado escravista versus a família escravista. No decorrer da organização político-jurídica, a vida privada escravista desdobra-se numa ordem privada repleta de incoerências com a ordem pública. O escravo é uma propriedade particular, cuja posse e administração dependem do consentimento de autoridade pública. Esse dualismo, de alguma forma, nos oferece pistas sobre o que ocorre, hoje,

com o trabalho doméstico, pois, é o Estado que regulamenta o trabalho doméstico, mas quem usufrui dele é a família, num universo avesso às normas externas e de difícil fiscalização pelas autoridades públicas. Desta forma, mesmo que este serviço seja disciplinado por leis, o seu exercício no seio familiar torna-o mais suscetível às regras inerentes ao lar do que às públicas.

No século XIX, quando os trabalhos escravo e assalariado coexistiam, todo o serviço doméstico era realizado por pretos, segundo Von Binzer apud Kofes, 2001, p.34. Com abolição da escravatura, era impensável que os antigos senhores assumissem esse tipo de trabalho, tido como desabonador. Muitos dos escravos permaneceram nas fazendas, em troca de alimentação e local para dormir, como trabalhadores domésticos. Havia uma predominância significativa de mulheres, já que estas realizavam os trabalhos do lar, serviam como amas de leite para os recém-nascidos e como damas de companhia para as mulheres da casa. Existiam os escravos que serviam à mesa, introduziam as visitas, costuravam e teciam com suas senhoras. Era preferível suportar a exploração senhorial, à qual já estavam adaptados, em troca de subsistência, que encarar uma sociedade hostil, que enxergava o negro como uma anomalia.

A construção sócio-histórica do trabalho doméstico no Brasil ocorreu, basicamente, em torno da mulher, mesmo antes do período colonial, com os costumes indígenas e dos negros. Em pesquisa de 1998, baseada em dados do IBGE, percebe-se a enorme disparidade

Existe razão para que os direitos dos trabalhadores domésticos não sejam iguais aos dos trabalhadores regidos pela CLT?

existente entre os sexos. Mais de 92% dos trabalhadores domésticos são mulheres. A maioria dos trabalhadores domésticos, ainda segundo esta pesquisa, não é de brancos, chegando à participação de quase 80% nas regiões Norte e Nordeste. Há uma predominância de trabalhadoras não brancas no ambiente doméstico em quatro das cinco regiões brasileiras. Somente no Sul do país, região de colonização europeia, o maior contingente de domésticos é de brancos.

No Brasil, portanto, além da escravidão, historicamente, o trabalho doméstico também recai, de forma bastante preponderante, sobre as mulheres. Esses dois fatores são indícios para o “esquecimento” da categoria e para nos indicar que os direitos obtidos na CF/88 devem-se à íntima relação com a emancipação feminista nas décadas anteriores, e não à súbita valorização deste tipo de trabalho, segundo Célio da Costa. A dinâmica sócio-histórica da nossa sociedade é de suma importância para o entendimento do trabalho doméstico atual, na medida em que este guarda resquícios de escravidão e se projeta como uma forma funesta desta lembrança na atualidade.

06. Os (não) direitos dos empregados domésticos e a marginalização e atraso em relação a alguns direitos: onde está a dignidade?

Justifica-se a diferenciação dos trabalhadores domésticos em relação aos demais, por uma característica do empregador: a finalidade não lucrativa.

Não parece razoável que uma categoria de trabalhador tenha seus direitos diminuídos por uma característica que nem lhe é inerente, pertence à outra parte do contrato de trabalho. Ademais, a definição de empregado doméstico, além de critérios próprios, preenche todos os critérios referentes ao empregado *latu sensu*, previstos no art. 3º da CLT. “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. A única diferença entre os empregados domésticos e os empregados comuns é o fato do doméstico trabalhar em âmbito familiar para pessoa ou família, sem finalidade econômica por parte do empregador, e o trabalhador comum exercer atividade empresarial que visa o lucro.

Não há outra razão que explique de forma razoável o porquê da diferenciação entre os domésticos e os demais trabalhadores empregados; por que os trabalhadores domésticos não têm direito ao FGTS e seguro-desemprego, caso o empregador não faça a opção, por que não têm direito aos adicionais de hora extra, noturno, de insalubridade e periculosidade, por que não têm jornada de trabalho fixada em lei, por que não fazem jus ao salário família e os benefícios referentes aos acidentes de trabalho, por que não têm direito ao abono salarial e os rendimentos relativos ao PIS-Programa de Integração Social.

Por força da Lei 10.208/2001, ao empregador foi facultado incluir o trabalhador doméstico no regime do FGTS, e conseqüentemente ter acesso ao seguro-

Existe razão para que os direitos dos trabalhadores domésticos não sejam iguais aos dos trabalhadores regidos pela CLT?

desemprego, nos casos em que ele se adequa às exigências legais, dentre as quais a dispensa arbitrária ou sem justa causa e despedida indireta. O seguro desemprego – no valor de um salário mínimo, por período máximo de três meses, de forma contínua ou alternada – é somente devido ao doméstico inscrito no FGTS que laborou, nesta condição por, no mínimo, quinze meses nos últimos vinte e quatro meses, contados da dispensa. O benefício deverá ser requerido a partir de sete a noventa dias, contados da dispensa, podendo ser renovado a cada dezesseis meses, contados do desligamento que originou o benefício anterior. É interessante notar que a verba de seguridade social foi estendida ao doméstico com restrições. Limita o valor ao do salário mínimo e o número de parcelas a três. Cumpre ainda exaltar que quando há aprovação de regras que passam a integrar o ordenamento jurídico, instituindo benefícios aos seus destinatários, torna-se evidente a subjetividade deste direito por seus titulares e a obrigatoriedade do dever de cumprir com a norma. Como anteriormente citado, aquilo que não se pode exigir de alguém, não é um direito efetivo. A norma que não impõe o dever de fazer é defeituosa, posto que não oferece eficácia jurídica. Não pode o titular do direito depender da vontade de outrem para obtê-lo. Essa condição só é imposta no que se refere a trabalhadores domésticos. Os demais trabalhadores gozam do direito sem condicionamento.

O Ministério do Trabalho, após aprovação da Lei 11.324 de 2006, que alterou o texto

da lei do doméstico, apresentou projeto de lei objetivando a obrigatoriedade do FGTS para os domésticos. Na proposta, o Ministério do Trabalho lembra que, de acordo com pesquisa realizada pelo IBGE, em 2002, existem cerca de seis milhões de trabalhadores domésticos no Brasil, o que representa a terceira categoria de trabalhadores mais populosa. E, apesar da sua representatividade no mercado de trabalho do país, não há reconhecimento da sua importância e nem lhes são assegurados os mesmos direitos deferidos aos empregados regidos pela CLT.

A obrigatoriedade de inclusão no FGTS determina o pagamento mensal de 8% da remuneração, o que, segundo o Ministério, não traria ônus excessivo ao trabalhador, lembrando da inaplicabilidade do depósito de 40% do montante, em caso de despedida sem justa causa. A não aplicação da multa é justificada por significar um ônus demasiado ao empregador, o que acarretaria o aumento da informalidade e do desemprego.

O referido projeto de lei foi apresentado em 2006, ou seja, há mais de 04 anos. Nota-se, portanto, a falta de interesse do legislador em resolver a questão. É importante lembrar que o legislador também é um empregador doméstico e não tem interesse em aumentar os seus gastos. Além disso, a proposta não conta com o apoio popular, já que, no Brasil, é comum a presença de empregados domésticos até mesmo em casas de trabalhadores que ganham pouco mais que o salário mínimo, e, desta forma, qualquer benefício cedido ao empregado

Existe razão para que os direitos dos trabalhadores domésticos não sejam iguais aos dos trabalhadores regidos pela CLT?

doméstico mexe de forma significativa no orçamento familiar. Sempre foi e sempre será árdua qualquer mudança que favoreça esta categoria.

A Lei 11.324/2006, promulgada no curso do processo eleitoral daquele ano, gerou um embate político entre a oposição e o governo. O Congresso Nacional aprovou a proposta de equiparação em direitos do trabalhador doméstico em relação aos demais trabalhadores urbanos e rurais. O Presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, em campanha para reeleição, invocando razões de interesse público e inconstitucionalidade, vetou parte das propostas aprovadas pelo Parlamento.

Foram aprovadas, nesta Lei, as férias anuais de trinta dias, com acréscimo de, pelo menos, um terço sobre o salário normal, após doze meses de trabalho prestado à mesma pessoa ou família; a estabilidade provisória da gestante contra despedida arbitrária ou sem justa causa; a proibição dos descontos por fornecimento de alimentação, vestuário, higiene ou moradia, salvo, neste último caso, se em local diverso da residência onde ocorre a prestação de serviço e se previamente acordado entre as partes; vedação de incorporação dos valores pecuniários das referidas despesas na remuneração, afastando a natureza salarial e repouso semanal remunerado. É importante frisar que isso ocorreu em 2006, há apenas quatro anos.

Antes disso, a questão das férias do empregado doméstico era uma celeuma. Havia uma enorme discussão quanto à duração destas férias. A Lei 5.859/72 falava em vinte dias úteis. Com a edição do

Decreto 71.885/73, que regulamenta a Lei dos domésticos, deu-se o início da confusão. Muitos juristas entenderam que as férias dos domésticos, a partir daí, estaria atrelada às férias da CLT, inclusive quanto sua duração, que na época era também de vinte dias úteis. Outros entenderam que a expressão “nos termos da CLT” referia-se apenas ao “modus operandi” das férias, ou seja, a cada 12 meses trabalhados. À época, a discussão não foi levada adiante, já que a duração das férias era a mesma: vinte dias úteis. Quando, em 1977, foi dada nova redação ao capítulo VI da CLT e o período de férias para os trabalhadores urbanos foi modificado para trinta dias corridos, aqueles que acreditavam que as férias dos domésticos estariam atreladas às regras celetistas passaram a defender o direito para estes trabalhadores também. Com a CF/88, surge nova controvérsia. A Carta Magna equipara os trabalhadores domésticos aos urbanos, rurais e avulsos em alguns direitos elencados no parágrafo único do art. 7º, dentre os quais o constante em seu inciso XVII que versa sobre as férias destes trabalhadores. O inciso citado prevê férias anuais, remuneradas com, pelo menos um terço a mais do que o salário normal. Nada diz acerca de sua duração, aumentando a discussão sobre o tema.

Em 1999, com a ratificação da Convenção 132 da OIT, através do Decreto 3.197/99, a discussão tomou novo fôlego. A Convenção estabeleceu que a duração de férias do trabalhador não poderá ser inferior a três semanas de trabalho, a cada ano de serviço. Entende-se que os vinte

Existe razão para que os direitos dos trabalhadores domésticos não sejam iguais aos dos trabalhadores regidos pela CLT?

dias úteis da legislação específica são até mais benéficos, mas não há dúvida que a polêmica sobre o tema foi novamente posta em voga, sendo resolvida somente em 2006.

Até pouco tempo, os julgados dos tribunais defendiam a tese de que o trabalhador doméstico com férias vencidas não tinha o direito ao pagamento das férias em dobro, baseados no argumento de estar enquadrado o doméstico em situação "especial", já que a lei específica não previa a aplicação da pretendida penalidade. Hoje, este ponto já é controverso. Segundo a ministra do TST, Cristina Peduzzi, a questão da fruição das férias dos empregados domésticos tem gerado decisões em sentidos diferentes no Tribunal Superior do Trabalho: ora entende-se que é devido o pagamento em dobro, quando as férias são concedidas após o prazo conforme os ditames do art.137 da CLT, ora, ao contrário, que o direito não é extensível àqueles empregados. De acordo com a referida ministra, urge a uniformização de entendimento do Tribunal sobre o tema, pois trata-se de direito com finalidade de proteger o trabalhador. A ministra assinala que "recentes modificações legislativas autorizam a conclusão de que há um movimento histórico que revela a tendência normativa de tornar cada vez mais equitativo os direitos dos trabalhadores domésticos em relação aos direitos usufruídos pelos demais empregados" e cita, como exemplo, os avanços alcançados pela categoria com a Lei 11.324/2006.

De certo que a Lei 11.324/2006 melhorou a

condição dos empregados domésticos, mas ainda hoje não é difícil encontrar trabalhadores domésticos que tenham os seus direitos desrespeitados. O repouso semanal, direito implementado desde 1988 pela Constituição Federal, é um dos direitos para o qual os empregadores vendam os olhos. Muitos domésticos, principalmente aqueles que cuidam de bebês, crianças e idosos, só gozam de descanso de 15 em 15 dias. Herança dos costumes do passado colonial. O descanso semanal obrigatório objetiva eliminar a fadiga gerada pelo trabalho, possibilitar a prática recreativa e o convívio familiar e social. Já está provado que este recurso aumenta o rendimento do trabalho, aprimora a produção e restringe o desemprego. Não pode ser menosprezado e desmerecido.

Mas, graças a esta Lei, a empregada doméstica gestante faz jus à estabilidade provisória, motivo de tantas demissões em um passado bem recente. A CF/88 estendeu para as domésticas o direito à licença-maternidade de 120 dias, entretanto, como o dispositivo não inclui de forma direta a garantia geral de emprego contra despedidas arbitrárias e sem justa causa, entendia-se que a estabilidade provisória, prevista no art.10, II,"b" do ADCT, não lhes era aplicado. Desta forma, eram negados a estas trabalhadoras a dignidade da pessoa humana, a valoração do seu trabalho, o seu direito à igualdade e a proteção à maternidade. A proteção à gestante deveria abranger todas as trabalhadoras, indistintamente, como o esperado em um ordenamento alicerçado pela isonomia,

Existe razão para que os direitos dos trabalhadores domésticos não sejam iguais aos dos trabalhadores regidos pela CLT?

sem a exclusão de qualquer que fosse a espécie de labor, porque o que é visado com a proteção à gestante é, antes de qualquer coisa, a dignidade da pessoa humana. Era, e continua sendo, inexplicável a discriminação. Não parece razoável entender que a condição de doméstica é causa para eliminar a condição de mãe, à qual a Constituição confere amparo especial. Inconcebível prever “duas classes de mães”: as que têm e as que não têm direito a permanecer no trabalho durante a gestação e os cinco primeiros meses após o parto. A referida lei de 2006 pôs fim, ao menos na teoria, a esta injustiça.

Outro abuso a que os empregados domésticos são sujeitos é o da exigência de pagamento da primeira contribuição da Previdência Social em dia para, assim, dar início ao cômputo do período de carência e, conseqüentemente, fazerem jus aos benefícios, auxílio-doença e aposentadoria por invalidez. Ora, o recolhimento à previdência é de responsabilidade do empregador doméstico, desta forma, não é razoável punir o empregado por uma falta que não foi por ele cometida. O recolhimento deve ser feito pelo empregador, até o dia 15 do mês seguinte àquele a que a contribuição se refere, devendo ser transferida a data limite para o dia subsequente caso não haja expediente bancário no dia 15. No mês de dezembro, a contribuição de novembro deverá ser depositada até o dia 20, juntamente com o recolhimento sobre o 13º, antecipando-se o pagamento para o dia anterior, caso não haja expediente dia 20. O período de carência é contado da

data do efetivo recolhimento da primeira contribuição sem atraso, não sendo consideradas para esse fim as contribuições recolhidas com atraso referente a competências anteriores. O empregado doméstico fica à mercê do empregador. Os demais empregados não se encontram submetidos a essa rigorosa norma. O cômputo do período de carência inicia-se a partir da data de filiação ao Regime Geral da Previdência Social (lei 8.213/91, art.27, I), evidenciando a injustiça.

Nesse sentido, afirma Wladimir Novaes Martinez que “o dispositivo discriminou social e juridicamente o doméstico, trabalhador subordinado e hipossuficiente, e andaria melhor o legislador se o tivesse dispensado de severa restrição. Além de não ser responsável pelo recolhimento das contribuições, a norma apresenta inquestionável distinção constitucional. Tal distinção (...) é odiosa, pois se trata de hipossuficiente, geralmente recolhendo com base no mínimo, e em muitos casos incapaz de compreender a legislação. Igualou-o ao empresário e isso não tem propriedade”.

Mais outro ponto interessante a ser discutido refere-se ao entendimento, tanto do TST quanto de diversos Tribunais Regionais do Trabalho, da possibilidade do pagamento de salário proporcional ao trabalhador doméstico que cumpre jornada reduzida. Doutrinadores como Nilza Peres Resende e Sérgio Pinto Martins defendem a tese de que o empregado doméstico pode, sim, perceber salário mínimo proporcional às horas laboradas,

Existe razão para que os direitos dos trabalhadores domésticos não sejam iguais aos dos trabalhadores regidos pela CLT?

calculado à razão de 1/220. Desta forma, domésticos que trabalham apenas alguns dias na semana ou meio período por dia, receberiam proporcionalmente às horas efetivamente trabalhadas, garantindo o salário mínimo proporcional. Isso nos faz pensar que, se dentre os direitos aos quais os referidos trabalhadores podem usufruir não está o da jornada máxima de trabalho, melhor dizendo, não é assegurado à categoria a duração da jornada diária e semanal, como considerar a hipótese de jornada reduzida? Em assim considerando, não estaria os Tribunais abrindo brecha para reclamações trabalhistas, pleiteadas pelos domésticos, visando o direito às horas extras? O Ministério do Trabalho e Emprego tem o lógico entendimento que, tendo-se em vista que o empregado doméstico não possui jornada de trabalho fixada em lei, este não poderá perceber salário proporcional à jornada. Com a anuência das decisões judiciais, os empregadores aproveitam-se das divergências e das lacunas legais para pagar proporcionalmente ao tempo trabalhado aos domésticos.

A Lei 11.324/2006, como já dito, constituiu um avanço importante nos direitos dos trabalhadores domésticos, mas, como é possível observar, ainda há um abismo entre estes trabalhadores e os demais. Em 2008, por pressão política e falta de conclusão de estudos, a elaboração de uma PEC do governo federal para igualar os direitos foi interrompida. A ministra Nilcéia Freire, da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM), disse, à época, que, com a PEC, “o Governo queria apagar a mancha de discriminação que estava

presente na Constituição”. A ideia era extinguir o parágrafo único do art.7º da Constituição Federal, mas as discussões não prosperaram. O governo ficou hesitante em agradar uma categoria profissional numerosa e desagradar a classe média, maior empregadora de domésticos.

07. Considerações finais.

O preconceito e a discriminação que cerca a profissão de doméstico é fruto de uma dinâmica sociocultural que sempre desprestigiou o labor manual em detrimento da apreciação de atividades intelectuais, reconhecidamente mais nobres. Originário do trabalho escravo, esse labor, historicamente, foi relegado a uma condição subalterna, pouco valorizada. Prova disso é que os próprios trabalhadores domésticos evitam registrar em CTPS a denominação “doméstico”, já que se sentem humilhados pela forma desabonadora que a profissão é vista. Em casos assim, segundo Pamplona, o empregador doméstico, para evitar melindres e suscetibilidades, acaba qualificando a função com outra denominação, como “assistente residencial” ou “secretária do lar”, por exemplo. A prática, porém, não descaracteriza a natureza jurídica do vínculo, já que o que importa em verdade é o que ocorre no dia a dia, o que se sucede no terreno dos fatos, respeitando o Princípio da primazia da realidade.

Ontologicamente não existe diferença entre trabalhador doméstico e os demais trabalhadores. Os aspectos gerais

Existe razão para que os direitos dos trabalhadores domésticos não sejam iguais aos dos trabalhadores regidos pela CLT?

referentes à figura do trabalhador e do empregador, sejam eles domésticos ou não, são semelhantes e possuem, senão igual, conceituação bem parecida. Os cinco elementos fático jurídicos, próprios de qualquer relação empregatícia, quais sejam: empregado pessoa física, onerosidade, pessoalidade, subordinação e não-eventualidade, estão presentes tanto na relação do empregador com o empregado celetista como na relação do primeiro com o empregado doméstico. Identifica-se, quando muito, diferença relativa à destinação do serviço, posto que o doméstico realiza suas atividades em âmbito familiar, sem finalidade lucrativa, e os demais trabalhadores atuam em atividade econômica que objetiva o lucro. Analisando sob este aspecto, da semelhança entre os trabalhadores empregados, evocando o Princípio da Isonomia e tendo em mente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, norteador das normas constitucionais, pode-se concluir que o trabalhador doméstico tem sido injustiçado e, ainda hoje, não há norma que estabeleça, de forma satisfatória, os seus direitos.

A Constituição Federal, ao especificar os direitos reconhecidos ao trabalhador doméstico, criou inadmissível discriminação, estabelecendo a diferenciação entre os trabalhadores comuns e domésticos, afrontando diretamente o Princípio da Isonomia. A nossa Carta Magna, embora superior no plano legal, não é autorizada, de acordo com seus próprios princípios, a desfavorecer, conceder menos direitos a um trabalhador quando comparado a

outro. Não há justiça social em um cenário deste tipo.

Se até mesmo a Constituição Federal, baseada em ideais de justiça, igualdade e democracia, tropeçou nas questões referentes aos direitos trabalhistas dos domésticos, no que esta categoria poderá se confiar? Quando os seus direitos à dignidade serão respeitados?

A categoria dos domésticos permaneceu, por um longo período, no esquecimento jurídico. Algumas mudanças já aconteceram com as alterações ocorridas na legislação específica destes trabalhadores. O avanço foi considerável, já que qualquer movimento envolvendo direitos desta categoria mexe com interesses diversos e difíceis de conciliar.

O reconhecimento e o respeito ao empregado doméstico é imprescindível para que a categoria se sinta honrada por desempenhar um trabalho com valor social inestimável. Isso pode ser possível por meio de uma conscientização social, através da educação e da cidadania.

Existe razão para que os direitos dos trabalhadores domésticos não sejam iguais aos dos trabalhadores regidos pela CLT?

Referências:

- ALENCASTRO, Luis Felipe de. Vida Privada e Ordem Privada no Império. 7ªed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 1 dez. 2010
- BRASIL. Decreto 3.197/99. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 1 dez. 2010
- BRASIL. Lei 5.859/72. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 1 dez. 2010
- BRASIL. Decreto 71.885/73. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 1 dez. 2010
- CAMPOS, ADRIANA- www.direitonet.com.br
- CARTILHA DO TRABALHADOR DOMÉSTICO- Edição revista em conformidade com as alterações trazidas pela Lei n.º 11.324, de 19 de julho de 2006. Brasília – 2007- Ministério do Trabalho e Emprego.
- CORREIA DE MELO, Bruno Herrlein. A controvérsia acerca da duração das férias dos empregados domésticos após a Convenção n.º132 da OIT. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 509, 28 nov. 2004. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5976>. Acesso em: 1 dez. 2010.
- DELGADO, M.G. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo:LTR, 2005 e 2009.
- KASSEM, Fábio Gea. O empregado doméstico sob a ótica da Lei nº 11.324/2006. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2039, 30 jan. 2009. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/12270>. Acesso em: 3 dez. 2010.
- JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO- ON LINE, Lei que dá direitos às empregadas domésticas emperra. Acesso em: 4 dez. 2010
- MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 17ª edição. São Paulo: Editora Atlas.
- MARTINS, Sérgio Pinto. Manual do Trabalho Doméstico. 7ª edição. São Paulo: Editora Atlas.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- NEVES JÚNIOR, Paulo César. Domésticos e carência: questão de (in)constitucionalidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 465, 15 out. 2004. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5825>. Acesso em: 4 dez. 2010.
- OZOL, Marco Aurélio Waterkemper. A desigualdade dos direitos trabalhistas dos trabalhadores domésticos e o princípio constitucional da isonomia. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2306, 24 out. 2009. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/13748>. Acesso em: 1 dez. 2010.
- RANGEL, Helano Márcio Vieira. A discriminação sociojurídica à empregada doméstica na sociedade brasileira contemporânea. Uma projeção do passado colonial. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2394, 20 jan. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/14215>. Acesso em: 20 dez. 2010.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Proteção legal ao empregado doméstico no Brasil, no Direito comparado e no Direito internacional
- PAROSKI, Mauro Vasni. A empregada doméstica e a garantia provisória de emprego da gestante. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1195, 9 out. 2006. Disponível em . Acesso em: 3 dez. 2010.
- SILVA FILHO, Fernando Paulo da. A empregada doméstica e a diarista: Distinção jurídica e fatos atuais sobre domésticos. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 200, 22 jan. 2004. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4722>. Acesso em: 2 dez. 2010.
- SOARES FILHO, José. Direitos Trabalhistas e previdenciários do empregado doméstico. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1143, 18 ago. 2006. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8811>. Acesso em: 2 dez. 2010.
- TST - Tribunal Superior do Trabalho: www.tst.gov.br
- VALERIANO, S.S. Trabalhador Doméstico. São Paulo: LED, 1998.

Notas:

71. Em verdade, a princesa Dona Isabel assinou a Lei Áurea em conjunto com o Ministro dos Negócios da Agricultura, membro do Gabinete de Ministros, Conselheiro Rodrigo Augusto da Silva, após a aprovação do projeto de lei na Câmara Geral e no Senado Imperial, pois o seu irmão, o Imperador D. Pedro II do Brasil encontrava-se em viagem ao exterior na ocasião. Vale ressaltar que o processo de abolição da escravatura no Brasil foi lento e pesaroso, ceifando inúmeras vidas durante o seu percurso e tendo como "ápices jurídicos" a promulgação da Lei nº 2.040 (Lei do Ventre Livre) e da Lei Imperial nº 3.270 (Lei dos Sexagenários ou Lei Saraiva-Cotegipe).

72. Tal afirmação é feita com base nos dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), disponível no site da instituição (www.ibge.org.br) e na observação pelos autores da realidade das três maiores capitais brasileiras: São Paulo, Rio de Janeiro e Salvador.

73. Um conhecido xingamento baiano faz menção a tal fato histórico. Uma pessoa ruim, que não vale nada, em quem não se pode confiar e é dotada de uma certa libertinagem sexual é apelidada de "negrinha"...

Falas e Silêncios:

Considerações sobre sistema penal e direito penal à luz dos princípios da dignidade humana

Hamilton Borges dos Santos

Estudante do segundo semestre do curso de Direito do Instituto Baiano de Ensino Superior – IBES.

01. Introdução.

A tão propagada escalada da violência e da criminalidade no Brasil tem levado a sociedade a exigir medidas que cada vez mais se aproximam de um Estado totalitário. Nele, as garantias e os direitos fundamentais vão perdendo prestígio e a proteção da pessoa vai perdendo efetividade.

Por trás do discurso de um direito penal máximo, por trás de um política de segurança cada vez mais militarizada, por trás do fortalecimento da ideologia de defesa social, por trás das violações aos direitos humanos e aos princípios inerentes à legalidade e à humanidade, encontraremos mapas de um discurso e de uma prática que, em última instância, esperam tangenciar qualquer valor que proteja a pessoa humana.

Para tratarmos desse caro princípio, qual seja, o da dignidade da pessoa humana, façamos uma leitura jurídica apoiados na contribuição de Silvio Venosa:

O direito regula e ordena a sociedade. Não existe sociedade sem direito, não existe direito sem sociedade. A sociedade é composta de pessoas que a constituem. Os animais e as coisas podem ser objetos de direito, mas nunca serão sujeitos de direitos atributo exclusivo da pessoa. (Venosa, 2008, p. 124).

E ainda, para o autor:

Basta para tanto que o homem tenha nascido com vida para que se lhe atribua personalidade, passando a ser sujeito de direito, mesmo o nascituro, isto é, aquele concebido, mas ainda não nascido, apesar de ainda não ter personalidade, como veremos, já terá, em nosso direito positivo, resguardados seus direitos. (Venosa, 2008, p.124)

Como vemos, o nosso direito positivo fala que pessoas são sujeitos de direitos e obrigações na relação jurídicas. Revela também que pessoas são todos os seres humanos nascidos de uma mulher, sendo vedado qualquer tipo de hierarquia ou discriminação que vise violar esses direitos. O princípio da dignidade humana, portanto, refere-se e dirige-se a humanos, a pessoas e feri-lo é contrariar nossa norma máxima: como enfocamos no título anterior, só o ser humano pode ser titular das relações jurídicas. No estágio atual do direito, entendemos por pessoa o ser ao qual se atribuem direitos e obrigações. (Venosa, 2008, p.132)

Para muitos, o princípio da dignidade da pessoa humana tem sua raiz, enquanto

conceituação teórica, em Immanuel Kant, como concordam vários doutrinadores do direito e da filosofia. Alguns ponderando o fato de que essa categoria de “pessoa” não era tratada entre os gregos, pois:

[...] não há nos povos antigos o conceito de pessoa tal como o conhecemos hoje. O homem para a filosofia grega era um animal político ou social como em Aristóteles, cujo ser era a cidadania, o fato de pertencer ao Estado, que estava em íntima conexão com o cosmos, com a natureza. (Santos, 2001.).

O autor ainda pondera:

O conceito de pessoa, como categoria espiritual, como subjetividade, que possui valor em si mesmo, como ser de fins absolutos, e que, em consequência é possuidor de direitos subjetivos ou direitos fundamentais e possui dignidade, surge com o Cristianismo, com a chamada filosofia patrística, sendo depois desenvolvida pelos escolásticos. (idem.).

A conjuntura política em que estava mergulhada a Europa na época em que Kant desenvolveu sua teoria do conhecimento centrada no humano, e no humano justificando o fim de todas as coisas (Durant, 1926), era uma conjuntura de saques e agressões às civilizações. Estas, ocupadas mediante um poderio bélico que justificava a barbárie, entre outras coisas, por teorias raciais ou pela misericórdia divina da “Santa Igreja Católica” que se dizia benevolente a converter todos em cristãos com a promessa de um paraíso após a morte. Vejamos como o referido filósofo se posicionava a este respeito:

Se compararmos os casos bárbaros de

inospitalidade (...) como o comportamento desumano dos estados civilizados e, em especial, comerciais do nosso continente, a injustiça cometida por eles, mesmo em seu primeiro contato com terras e povos estrangeiros, nos encherá de horror; a mera visita a esses povos era considerada por eles como o equivalente a uma conquista. A America, as terras dos pretos, as ilhas das especiarias, o cabo da Boa Esperança etc., ao serem descobertos, foram tratados como países que pertenciam a ninguém; porque os habitantes aborígenes eram considerados como se nada fossem. (...) E tudo que tem sido feito por nações que fazem um grande alarde sobre sua piedade que, enquanto bebem a iniquidade como se fosse água, consideram-se os próprios efeitos da fé ortodoxa. (Kant Apud Durant, 1996, p.271)

Não temos aqui a intenção de fazer uma defesa de Kant frente ao empreendimento da escravidão. Buscamos aqui refletir sobre o momento histórico que o fez formular a ideia de dignidade da pessoa humana e que inspira, entre outras, a nossa própria Constituição Federal em seu Artigo 1º.

Assim, Kant proclama um postulado que vai balizar nosso entendimento, sendo inclusive juridicamente aceito, qual seja: Todo homem deverá ser respeitado como um fim absoluto em si mesmo; e constitui um crime contra a dignidade que lhe pertence como ser humano usá-lo como simples meio para alguma finalidade externa. (Kant Apud Durant, p.271, 1996)

Diante do exposto, percebemos que o discurso de uma política criminal belicosa, centrada no aparato armado, no comércio

de equipamentos avançados de controle e na privatização da segurança, está implicado com todo o discurso e clamor da sociedade por segurança, compreendida por mais punição. Isto revela a total agressão ao princípio da dignidade humana, uma vez que o que está em jogo é a coisificação do sujeito, marcado pelo discurso penal como mercadoria na grande rota financeira alimentada pela indústria da violência. O Direito Penal deixa seu lugar constitucional de ultima ratio e passa a figurar como titular do Estado, posto como democrático no dever ser, mas que de fato é totalitário se não confrontarmos cuidadosamente os discursos.

Com efeito, o tema da segurança pública, muitas vezes, aparece permeado de tinta ideológica que, encobrendo ou invertendo os sinais de verdade, encobre do mesmo modo interesses históricos.

Todavia, como é de nosso conhecimento, interesses, sejam lá quais forem, não podem estar em contradição com a norma superior que funda e alimenta o Estado, a *lex superior*⁷⁴, a norma maior entre todas as normas, a saber, a norma constitucional, a Constituição da República do Brasil. Nosso trabalho seguirá sob a proteção constitucional, tentando demolir argumentos contraproducentes à regra constitucional e que tem no princípio da dignidade humana base e anteparo diante de visões totalitárias de Estado.

Frente a esta moldura é que convidamos os leitores e leitoras a refletir sobre o tema e tomar - enquanto sociedade - um lugar na arena política, fazendo cada qual a sua escolha. Em breves linhas e num diálogo

interdisciplinar, nos posicionamos politicamente frente ao problema estudado, posto que nosso interesse intelectual é resultado de nossas experiências diárias nas ruas. Soma-se a isto o fato de nos vermos diante da responsabilidade acadêmica de romper com o castelo de cristal que, na maioria das vezes, faz dos pesquisadores seres deslocados do universo estudado.

Portanto, o presente artigo tem como objetivo fazer uma reflexão sobre a prática atual de segurança pública à luz da intersecção entre este campo e o direito. Propomos como ponto de partida os princípios que dizem respeito à dignidade humana confrontados com o tirocinio justificador de uma política pública que pretende garantir a segurança de todas e todos.

Não estamos, aqui, diante de uma tarefa fácil. Por isso, inicialmente, vamos delimitando os caminhos que pretendemos seguir, deixando abertas estradas para um maior aprofundamento do tema. Para tanto, estabelecemos como caminho metodológico a discussão do tema buscando a construção de um ensaio teórico com base em levantamento da bibliografia que versa sobre política criminal, segurança pública, garantismo penal, constitucionalismo, além de uma leitura crítica dos discursos de autoridades de segurança, o que não chega a configurar uma análise de discursos, dadas às limitações inerentes a proposta de construção deste artigo.

Breve análise: para além das miragens midiáticas.

Os recentes acontecimentos no Rio de Janeiro (novembro de 2010) desencadearam um debate internacional sobre a política criminal no Brasil, fazendo voltar à tona propostas de contenção da criminalidade baseadas no aumento do rigor penal contra os chamados traficantes, em especial, e os criminosos, de um modo geral.

No caso em tela, o Governo do Estado do Rio de Janeiro, com apoio do governo federal e suas forças armadas, disponibilizaram um aparato de guerra, tendo policiais militares, civis, exército, marinha e aeronáutica para empreender a ocupação militar do Complexo do Alemão como resposta contundente aos ataques de traficantes a ônibus, carros e postos policiais. Este espetáculo ocorreu com transmissão ao vivo por todas as redes de televisão brasileiras, e também algumas internacionais, e, ainda, com cobertura dada pelos demais veículos midiáticos. Por notarmos incursões a domicílio de forma indiscriminada, supomos que o poder judiciário e o Ministério Público “liberaram” os chamados mandatos coletivos.

Imediatamente legisladores foram às tribunas apresentar suas leis, clamando por maior rigor penal, justificando a necessidade de penas mais severas para, desta forma, manter os criminosos mais tempo longe do convívio da sociedade. Algumas indagações por enquanto nos inquietam: O que é delito ou crime? O que é o criminoso? E o que é segurança pública

ou política criminal e qual sua relação com o Direito? O Direito Penal é subsidiário ou ele mesmo é o que fundamenta nosso Estado? Vejamos:

Segundo Paulo Queiroz, em Direito Penal Parte Geral:

As infrações penais podem consistir em crimes e/ou delitos e contravenções conforme se adote uma classificação tripartida ou bipartida. Esta última - a mais corrente - é acolhida pelo Direito brasileiro, de modo que infração penal, entre nós, ou é um crime ou é uma contravenção. (dec.-lei nº 3.688/41) sendo a expressão delito empregada como sinônimo de crime. (2009, p.171)

E para o autor, quanto à definição: (...) Crime é o que o legislador declara como tal, independente da espécie de pena que lhe é atribuída (2008, p.171).

Iniciamos nossa investigação partindo de uma definição técnica e cientificamente aceita pela maioria dos doutrinadores e legisladores: a palavra fria que explica um fenômeno e que está escrita na norma positivada. No entanto, o mesmo autor pode nos ajudar a descortinar o que está latente por trás dos conceitos aqui empregados. Tornar mais visível a definição dos discursos que rodam os debates sobre o crime: não quer dizer que seja possível conceituar ontologicamente o delito, emprestando-lhe consistência material (Queiroz, 2008, p.171).

O crime/delito não é um dado da natureza que tem como portador um "fulano de tal", concernente à determinada classe social e com pertencimento racial específico, como nosso imaginário social veicula sistematicamente através da cultura de

massa. O crime, como outros fenômenos da sociedade, é fruto de nossas relações, é uma super estrutura, culturalmente construída. Paulo Queiroz explica:

O delicto- comportamento desviado, por excelência- é assim uma etiqueta lançada sobre certas pessoas, sobretudo em razão do status social do delinquente e da vítima, da repercussão social, das conseqüências da reação das partes envolvidas etc."(Queiroz,2008,p.)

Essa abordagem de Queiroz trata do Labeling Approach ou Teoria do Etiquetamento, que trataremos em um trabalho futuro. Ainda sobre o delito Eugenio Zaffaroni e José Pierangeli (2004) nos mostram que:

Se dispensarmos os códigos e as leis penais e formularmos uma pergunta indiscreta à realidade social, não necessitamos maior aprofundamento para percebermos que nada há em comum entre a conduta de quem emite um cheque sem provisão de fundos e a de quem ataca uma mulher e estupra. Isto é, que se trata de duas ações com significado social completamente distinto. (Zaffaroni, Pierangeli,2004,p.57)

Os autores nos dão aí uma boa questão para a análise do fenômeno delituoso, ou seja, do crime. Diferentemente do que o senso comum tenta apresentar, o crime, como já dissemos, não é um fato ontológico que existe em si mesmo como dado da natureza. Ele é construído politicamente como dado histórico e, portanto, servindo a determinada parcela da sociedade que detém o poder.

Nesse sentido, não existe o "crime" como uma categoria dada e acabada em si mesmo. Mas os crimes e delitos, além dos

criminalizados, como uma construção social e ideológica:

Na realidade se cada cidadão fizesse um rápido exame de consciência, comprovaria que varias vezes em sua vida infringiu as normas penais: não devolveu o livro emprestado, levou a toalha de um hotel, apropriou-se de um objeto perdido etc. Em sua consciência cada um de nós tem um "Volumoso Prontuário. Os juizes incrementam-no diariamente, ao subscrever falsamente declarações como prestadas em sua presença e nas quais jamais estão presentes. Os serventuários da justiça certificam diariamente várias destas falsidades ideológicas. (Zaffaroni, Pierangeli, 2004, p.57)

Acrescentemos aí e reflitamos sobre a prática de utilização das cópias xerografadas nas universidades. Este ato constitui crime de lesão à propriedade intelectual e, mesmo assim, agimos como se o criminoso tivesse uma característica inescapável muito bem aferida, como nos amontoados humanos que encontramos nas masmorras modernas conhecidas como cadeias e prisões:

[...] por outro lado, chama também a atenção que, na grande maioria dos casos, os que são chamados de "delinquentes" pertencem aos setores sociais de menores recursos. Em geral, é bastante óbvio que quase todas as prisões do mundo estão povoadas de pobres. Isto indica que há um processo de seleção das pessoas às quais se qualifica como "delinquentes" e não como se pretende, um mero processo de seleção das condutas ou ações qualificadas como tais. (Zaffaroni, Pierangeli, 2004, p.57)

Assim, sem a pretensão de responder ou esgotar o problema posto, podemos perceber que crime e criminoso tem um explicação política, ainda que essa explicação repouse nas estruturas do poder. Este poder é hegemônico nas mãos de determinado grupo político, com determinadas características raciais e de gênero que, em última instancia, não leva à "etiqueta" de criminoso, mas fabrica-a e dela se beneficia.

[...] desse modo, toda sociedade tem uma estrutura de poder (político e econômico) com grupos mais próximos e grupos mais marginalizados do poder, na qual logicamente, podem distinguir-se graus de centralização marginalização. Há sociedades com centralização e marginalização extremas, e outras em que o fenômeno se apresenta mais atenuado, mas em toda sociedade há centralização e marginalização do poder. (Zaffaroni, Pierangeli, 2004, p.57)

Então, nos perguntamos: qual o papel do poder punitivo na elaboração e execução da política criminal? O direito penal joga para proteger e garantir o exercício do princípio da dignidade humana ou defender os interesses do Estado? Numa situação de ponderação de valores, o Direito Penal e o Sistema Penal regularam o valor da segurança como um fim ou os valores fundamentais da pessoa humana? Temos mais perguntas e mais espanto, mais assombro.

Já demos, ainda que superficialmente, uma ideia da construção ideológica do crime e do criminoso. Interessa-nos agora uma breve consideração sobre o poder e sua relação com o exercício de punir.

Vejamos o que nos diz Michel Foucault em uma aula proferida em janeiro de 1977 e 1978, em College de France, descrita no livro Segurança, território e população:

Este ano gostaria de começar o estudo de algo que eu havia chamado um pouco no ar, de Biopoder, isto é, essa serie de fenômenos que me parece bastante importante, a saber, o conjunto dos mecanismos pelos quais aquilo que na espécie humana, constitui suas características biológicas fundamentais vai poder entrar numa política, numa estratégia política, numa estratégia geral de poder. Em outras palavra, como a sociedade, as sociedades ocidentais modernas ,a partir do século XVIII, voltaram a levar em conta o fato biológico fundamental de que o ser humano constitui uma espécie humana. (Foucault, 1977, p.04.)

É importante frisar o fato de que os negros não eram considerados sujeitos de direitos nem no século XIX, e que essa herança escravista marca até hoje as relações raciais, elegendo-os, por exemplo, como “clientes preferenciais” do empreendimento punitivo nacional.

Vejamos, o livro V das ordenações do Reino, Código Filipino, Título LXII , Caput, citado no livro de Pierangeli: Da pena, que haverão os que acham escravos, aves, ou outras cousas e as não entregarão a seus donos, nem as apregoam. (Apud Pierangeli, 2004, p.134).

Vemos, por exemplo, que os negros, na condição de escravos, eram mercadoria na mesma condição de aves e objetos. Condição esta que afastava e afasta qualquer possibilidade de dignidade

humana, já que não eram nem humanos para o arcabouço legal até 1888, quando, com a proclamação da lei Imperial n.º 3.353, foi extinta a escravidão no Brasil.

Mas voltemos a Foucault, pois a análise do poder em si e seus mecanismos nos interessam na compreensão geral desse monopólio do poder punitivo do Estado:

O Estado se auto-nutre e se proclama titular absoluto do direito de punir. É Dalmo de Abreu Dallari, em Elementos de Teoria Geral do Estado, que nos dá uma breve explicação sobre o funcionamento do estado e um aspecto de sua genealogia:

O poder dominante apresenta duas características básicas: é originário e irresistível. Caracteriza-se como poder originário porque o Estado Moderno se afirma a si mesmo como o princípio originário dos submetidos. Isto se torna manifesto pelo direito que ele próprio se atribui, de dispor, mediante suas leis, em seu território, de todo poder de dominação. Ainda que concedendo aos submetidos um relativo poder de independência perante ele, o Estado tem um poder que lhe é próprio e do qual derivam os demais poderes. (Dallari, 1999, pag.42)

Para nós, o poder não é neutro e acima da sociedade. Ele atua para garantir determinados interesses de grupos que se mantém pela eficácia dos mecanismos de controle. Dominar significa mandar de um modo incondicionado e poder exercer coação para que se cumpram as ordens dadas. (Dallari, 1999, p 42.). Dominar é criar instrumentos ideológicos que possibilitem que o próprio subordinado, o próprio oprimido, justifique sua opressão

frente ao opressor:

É na seqüência de colocações que Chauí (1880) chega então à caracterização da ideologia segundo a concepção marxista. Ela é um instrumento de dominação de classe porque a classe dominante faz com que suas idéias passem a ser as idéias de todos. Para isso eliminam-se às contradições entre força de produção, relações sociais e consciência, resultantes da divisão social do trabalho material e intelectual. Necessária à dominação de classe, a ideologia é ilusão, isto é, abstração e inversão da realidade e por isso "permanece sempre no plano imediato do aparecer social... o aparecer social é o modo de ser social de ponta-cabeça. Aparência social não é algo falso e errado, mas é o modo como o processo social aparece para a consciência direta dos homens, Isto significa que uma ideologia sempre possui uma base real, só que essa base está de ponta-cabeça, é a aparência social. (Chauí apud Brandão, 2002, p.21)

O Direito Penal, nesse sentido, cumpre um papel importante nessa engrenagem de poder e opera dentro de um sistema maior que extrapola as regras jurídicas. Age como uma estrutura política importante de manutenção de uma certa ordem ligada, é claro, a interesses baseados nos meios de produção e nas relações econômicas dentro de uma sociedade de fato, real.

Se não, vejamos algumas definições do direito penal:

É o conjunto das prescrições emanadas do Estado que ligam ao crime como fato, a pena como consequência. (Franz Von Liszt apud Paulo Queiroz, ano2010, p.3)

Direito Penal é o conjunto das normas jurídicas que materializando o poder punitivo do Estado, define as infrações penais (crimes e contravenções) e comina as sanções correspondentes (penas, medidas de segurança ou outra consequência legal) estabelecendo ainda princípios e garantias em face do exercício desse poder ao tempo em que cria os pressupostos de punibilidade" (Queiroz, 2010, p. 3)

O Direito Penal é um ramo do direito que atua depois que tudo foi tentado, que todos os ramos do direito fracassaram. Atua ainda para tutelar os bens jurídicos mais importantes e estabelece modos do cidadão defender-se dos excessos frente ao poder do próprio Estado.

Nesse sentido, a ideia de Estado Democrático de Direito só se completa com um direito penal que não seja elevado a sua extrema atividade, mas que atue nas agressões mais danosas aos bens jurídicos e o mais importante: protegendo toda a sociedade.

Seria essa uma explicação garantista de direito penal, o que é perseguido por vários juristas, legisladores e movimentos sociais. Dito isto, convocamos o próprio Luigi Ferrajoli como reforço à nossa tese da importância de um direito penal em consonância com as normas constitucionais democráticas e baseadas em direitos. Como a norma vigente em nosso Estado que busca prevenir os arroubos autoritários que emergem a cada fato da conjuntura:

[...] o primeiro destes elementos é o convencionalismo penal, tal como resulta do princípio da legalidade estrita, na

determinação abstrata do que é punível. Este princípio exige duas condições: O caráter formal ou legal do critério de definição do desvio e o caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio legalmente definidas. O desvio punível, segundo a primeira condição, não é o que, por características intrínsecas ou otológicas, é reconhecido em cada ocasião como imoral, como naturalmente anormal, como socialmente lesivo ou coisa semelhante. É aquele formalmente indicado pela lei como pressuposto necessário para a aplicação de uma pena, segundo a clássica fórmula Nulla poena et nullum crimen sine lege. Por outra parte, conforme a segunda condição, a definição legal do desvio deve ser produzida não com referencia a figuras subjetivas de status ou de autor, mas somente a figuras empíricas e objetivas de comportamento, segundo a outra máxima clássica nulla poenas sine crimine et sine culpa. (Ferrajoli, 2010, pag. 38)

Assim, os ataques e a ocupação militar no Rio de Janeiro, as incursões policiais nas comunidades pobres e racialmente apartadas de Salvador, como a que levou a óbito o garoto Joel (Jornal A tarde, 2010), e a privatização do sistema de prisões fazem parte de um sistema maior de justiça e política criminal. Um sistema que se ampara em uma ideologia de defesa social, elegendo inimigos internos do setor mais pobre da população.

O Direito Penal Garantista, a Criminologia Crítica, procuram assegurar que o modelo de direito penal do inimigo interno não prevaleça ante a Constituição do país e seus esforços são baseados em princípios fundamentais. Não são ornamentos ou

penduricalhos na norma constitucional, mas são sua própria alma. Sem esses valores, voltamos a Idade Média.

O Caráter Subsidiário do Direito Penal: um sobrevoou.

Não podemos confundir direito penal com sistema penal. O Direito Penal atua como último recurso nas relações jurídicas, atua como contenção. É o recurso mais gravoso e está à disposição do estado para tutelar os bens jurídicos mais importantes, mais elevados:

A discussão sobre direito penal tem caráter constitutivo (original ou primário) ou subsidiário (sancionador ou acessório) pode ser considerada em dois sentidos (social ou político) e lógico-sistemático. Quanto ao primeiro é pacífica a doutrina no sentido de que o direito penal somente deve ser chamado a intervir quando fracassem outras instância de controle social, como família, escola, trabalho, direito civil ou administrativo. (Queiroz, 2009, p. 36)

Ocorre que o direito penal tem uma história e é a história da luta de interesses, do antagonismo entre raças, classes sociais, modelos de sociedade e de relações de gênero que combatem entre si, buscando, cada qual, a seu modo, conquistar, retomar ou conservar a hegemonia dos meios de produção. Queremos, assim, pontuar que o direito penal, bem como todos os demais ramos do direito, não é neutro em sua atuação mas atua dentro de determinada realidade histórica e a serviço de determinados interesses também históricos. O que

pretendemos agora é determinar o caráter do direito penal para a sociedade. Em última análise, seu caráter é de proteção de bens jurídicos, tutela de direitos superiores na escala de direitos e de forma universal (para todos e todas), atuando para que esses direitos não sofram qualquer ataque. Ao mesmo tempo, entendendo que:

Por último, representa um sistema perversamente e inevitavelmente seletivo que recruta sua clientela entre as classes mais fragilizadas e vulneráveis; entre os miseráveis, enfim. Os cárceres de toda parte e do Brasil, em especial, demonstram-no incontestavelmente. E seria ingênuo supor que se trate de algo facilmente superável: ainda que o próprio Deus ditasse as leis, ainda que os juizes fossem santos, ainda que promotores de justiça, fossem super-homens, ainda que delegados e policiais formassem um exército de querubins, ainda assim o direito e o direito penal de modo particular, seria um instrumento de desigualdade porque a igualdade formal ou jurídica não anula a desigualdade material que lhe subjaz. O direito penal, em especial, sob a ilusória aparência de igualdade, é, por excelência, um instrumento de afirmação e reprodução de desigualdades sociais reais, pois a ficção da igualdade rui ante a desigualdade material. Afinal, não se trata de um problema circunstancial que se possa vencer pela boa vontade de legisladores ou aplicadores da lei: é um problema estrutural. (Queiroz, 2002, p. 27)

Portanto, o direito penal é um recurso de defesa da sociedade e a sociedade é feita de pessoas. Estas são pessoas naturais,

sujeitos de direito nas relações jurídicas e, assim, o fim a que se destina e a que serve a existência do direito, de um modo geral, e do direito penal, de modo especial. São pessoas em conflito, em confronto permanente. É nesse cenário que atua o Direito Penal:

O caráter subsidiário do direito penal em face de outras formas de controle social resulta, portanto, de um imperativo-político criminal proibitivo do excesso: não se justifica o emprego de um instrumento especialmente lesivo à liberdades se dispõe de meios menos gravosos e mais adequados de intervenção sob pena de violação do princípio da proporcionalidade. A natureza secundária das normas penais é assim, como diz Maurach, uma exigência político jurídica dirigida ao legislador. (Queiroz, 2009, p.37)

A luz dos princípios basilares de um Estado democrático de direito, forjado por essa Constituição e sendo por ela tutelado, o direito penal apresenta-se como um instrumento, um meio, um recurso de defesa e proteção de valores mais elevados da sociedade que compõe esse Estado.

Os bens jurídicos como o direito à vida, à integridade física e moral, à propriedade - e há quem diga que a propriedade é um roubo (Proudhon, 1840) - à liberdade, à felicidade, à dignidade são elencados entre uma infinidade de outros bens igualmente importantes e tutelados.

Ocorre que o direito penal tem uma especificidade em sua atuação: deve operar, ou seja, atuar, agir quando todos os demais ramos do direito se afastam, fracassam. Nesse sentido, o direito penal atua em sua máxima gravidade, com

violência contra uma violência:

[...] com efeito, a natureza subsidiária- e não principal- do direito penal diante de outras formas de controle social decorre, em primeiro lugar da circunstância de o direito penal constituir como regra a forma mais violenta de intervenção do Estado na vida dos cidadãos. (ibidem p. 37)

A Constituição da República do Brasil, promulgada no ano de 1988, organiza, depois de um grande período de ditadura militar, um Estado democrático e de direito. Fundamenta e distribui direitos fundamentais, equipando o direito penal com instrumentos jurídicos que permitem aos cidadãos defenderem-se dos excessos desse poder gigantesco advindo do monopólio punitivo do próprio Estado. A Constituição coloca a liberdade como regra e não exceção.

Os instrumentos que emergem da constituição são revestidos de princípios constitucionais intocáveis, conhecidos como cláusulas pétreas. Vejamos brevemente as definições de alguns desses princípios.

Princípio da Intervenção Mínima.

O Direito Penal só deve preocupar-se com a proteção dos bens jurídicos mais importantes e necessários a vida em sociedade. O legislador, por meio de um critério político, que varia de acordo com o momento em que vive a sociedade, sempre que entender que os outros ramos do direito se revelem incapazes de proteger devidamente aqueles bens mais importantes para a sociedade, seleciona, escolhe as condutas, positivas ou

negativas, que deverão merecer atenção do Direito Penal. Percebe-se assim um poder limitador do poder punitivo do Estado. (Greco, 2009, p.49)

As condutas lesivas e/ou típicas não são ad infinitum assim consideradas, elas variam de época, variam de espaço, e de vontade política assim determinada. Uma punição contra adultério no Irã pode não ser semelhante a uma na Nigéria; os homossexuais, que eram banidos ou mortos no século XIX, são hoje protegidos em sua dignidade em nosso ordenamento; esse princípio se explica contra uma situação em que o direito penal, norma mais gravosa, atuasse em todos os fatos e casos geraria uma insegurança no interior da sociedade.

Princípio da Lesividade

[...] os princípios da intervenção mínima e da lesividade são como que duas faces de uma mesma moeda. Se, de um lado, a intervenção mínima somente permite a interferência do direito penal quando estivermos diante de ataques a bens jurídicos importantes, o princípio da lesividade nos esclarecerá, limitando ainda mais o poder do legislador, quais são as condutas que poderão ser incriminadas pela lei penal. Na verdade, nos orientará no sentido de saber quais são as condutas que não poderão sofrer os rigores da lei penal. (idem p. 53)

Este princípio,

[...] cuja origem se atribui ao período iluminista, que por intermédio do movimento de secularização procurou desfazer a confusão que havia entre o

direito e a moral, possui, no escólio de Nilo Batista, quatro principais funções a saber: a) Proibir a incriminação de uma atitude interna; b) Proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; c) Proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; d) Proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetam qualquer bem jurídico. (Ibidem p.53)

Aí, como na intervenção mínima, o direito nos lembra que atitudes morais ou imorais internas a cada sujeito não serão objeto do rigor penal. Não é a pessoa com suas peculiaridades e seus gostos e vontades internas. O alvo do direito Penal são as condutas que lesam os direitos de outrem ou de uma coletividade, aí, sim, merecem atenção de ramo mais gravoso do direito.

Princípio da legalidade.

Estado de Direito e Princípio da legalidade são dois conceitos intimamente relacionados, pois que num verdadeiro Estado de Direito criado com a função de retirar o poder absoluto das mãos do soberano, exige-se a subordinação de todos perante a lei.(...) O princípio da legalidade vem insculpido no inciso XXXIX do art.5º da Constituição Federal, que diz, Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa cominação legal – redação que pouco difere daquela contida no art.1º do código penal (...).É o princípio da legalidade, sem duvida alguma, o mais importante do direito penal. Conforme se extraído art.1º do código penal, bem como do inciso XXXIX do art.5º da Constituição Federal, não se fala na existência de crime

se não houver uma lei definindo-o como tal. A lei é a única fonte do direito penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em direito penal. (p.93)

Com o auxílio de Rogério Greco, pudemos perceber a importância dos princípios limitadores do poder punitivo do Estado. Em termos formais, o Direito Penal é um ramo do direito que se dirige aos cidadãos com todos os limites impostos a sua atuação pela própria constituição, como uma norma infraconstitucional. Qualquer ação que vá de encontro à norma maior será levada ao controle constitucional obrigatoriamente no Superior Tribunal Federal, que é a casa guardiã de nossa Constituição.

Visto isso, deduzimos que o Direito Penal não se confunde com o sistema penal, mas dele se nutre fazendo-o agir muitas vezes sem as garantias retromencionadas. É um direito com duas faces: uma liberal por raiz, garantista e democrática, mas que na prática pode ser o oposto do preconizado, cabendo uma defesa de seus elementos mais humanos e democráticos para tê-lo efetivo na garantia da vida e liberdade.

O sistema penal é uma intrincada rede de relações e serviços, com funcionários (juizes, oficiais de justiça, delegados, policiais etc.) que fazem girar a máquina da punição e que tem reservado um lugar para determinados crimes e determinados criminosos. O direito penal, e muito menos o sistema penal, não atua contra todos os crimes positivados em nosso ordenamento, mas sobre alguns, com extrema violência, justificada por um

discurso, uma ideologia, que domina e é hegemônica na sociedade. Nesse sentido, podemos dizer que o sistema penal inverte o princípio e revela a verdadeira face do direito penal: “assim o Direito penal virá a ser a prima ratio, às vezes também a “solo ratio” da política”. (Sebatian Scheerer Apud Queiroz, 2002, p.13)

O direito penal e o sistema penal, que diferem um do outro, alimentam-se os dois de uma diva midiática da atual conjuntura nacional: a política de segurança pública. Sobre ela nos debruçaremos um pouco, ouvindo a voz de autoridades e seus silêncios sobre crime, justiça e política numa abordagem jurídica.

Sobre as Falas e os Silêncios.

Helena H. Nagamine Brandão, em seu livro Introdução à análise do discurso, alerta que “a matéria lingüística é apenas uma parte do enunciado; existe também uma outra parte, não verbal, que corresponde ao contexto de enunciação”. (2002, p.09)

O Direito Penal, assim como o sistema penal, materializa-se em determinadas práticas sociais e rituais que legitimam essas práticas, mas sobretudo em discursos que justificam a sua atuação. Então, interessa-nos fazer uma ligação entre sistema e direito penal, utilizando os discursos correntes sobre segurança pública e certos silêncios que são ideologicamente articulados com funções sociais nítidas.

Vamos a um exemplo: em dezembro de 2009, a polícia montou um grande aparato policial. Mais de 100 homens, entre policiais militares e civis, foram preparados

para “ocupar” uma comunidade pobre do bairro Canabrava, em Salvador. Vejamos a matéria do A tarde on line, assinada por Arestides Baptista:

A cúpula da Polícia Civil na Bahia se reuniu na manhã desta quarta-feira, 17, para explicar à imprensa o que teria levado policiais a matarem cinco pessoas na noite desta terça, no bairro de Canabrava. Entre as vítimas – todas moravam na rua Beijafior – estão três irmãos que foram baleados na frente da própria casa. As mortes aconteceram minutos depois do policial civil José Carlos Gonçalves Teixeira, conhecido como O Hara, ter sido morto na mesma região.

Nas entrelinhas do que está noticiado pelo prestigiado jornal baiano existem algumas questões a serem indagadas: primeiro, a celeridade da “ocupação” armada, motivada pela morte de um policial. A questão é que sabemos que o direito penal atua para excluir a prática de vingança, sendo a vingança um expediente contrário ao princípio da legalidade. A morte do policial não pode ser motivo para o Estado aplicar uma pena letal, não justificada, com a simples argumentação de “troca de tiros”, posto que existe uma desproporcionalidade evidente de força entre os opostos – supostamente - em confronto. A banalização dos autos de resistência, ou resistência seguida de morte, fere os princípios básicos da Constituição, como dito pela legislação: “XVII- Não haverá penas a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art.84,XIX”. (CRFB/88 art. 5º)”

Portanto, na notícia que lemos acima, apresenta-se o discurso de “preservação

da ordem". Calam-se, porém, sobre os métodos empregados e sobre os direitos devidos aos jovens mortos e seus familiares, sendo que uma das mães realizou o fêretro de seus três filhos de uma só vez, o que sugere realmente uma caráter de guerra não declarada oficialmente, mas difundida pelas autoridades:

A partir da desterritorialização dos traficantes de drogas de varejo [venda a retalho] da favela da Vila Cruzeiro (25 de novembro de 2010) e do Complexo de Favelas do Alemão (três dias depois), na Zona Norte do Rio de Janeiro, a expressão "reconquista do território" e outras equivalentes passou a ser fartamente utilizada por diferentes agentes do Estado. Nos dias imediatamente subsequentes àquele que o jornal O Globo denominou de "O Dia D da guerra ao tráfico", a grande imprensa escrita, falada e televisionada ficou saturada de alusões à "estratégia territorial" adotada pela Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro, à importância da retomada do "controle territorial" por parte do aparelho de Estado e ao revés sofrido pelos traficantes ao terem perdido alguns de seus mais importantes (pela importância logística) territórios. (Souza, 2010).

Vejamos ainda que, no estado da Bahia, além do apelo a um jargão militar no combate ao crime, utilizam-se de um discurso que remete a uma ideia eugênica de segurança pública. Notamos um fraco lapso temporal entre as teorias de Césare Lombroso, aqui difundidas por Nina Rodrigues, e a atual política de segurança que batiza operações com nomes como

Saneamento I e II e nos instigam a interpretar a ideia de uma limpeza social e étnica, além de nos remeter ao mais famoso seguidor das referidas teorias e discípulo do propositor das mesmas. Quem foi Nina Rodrigues? - "Nina Rodrigues construiu sua trajetória destacando-se por sua habilidade e interesse nas práticas de exames médico-legais, assim como desenvolveu excelente relação com as autoridades policiais". (Santos, 2008, p.29)

De acordo com a autora, o médico maranhense Raimundo Nina Rodrigues foi um dos médicos mais importantes do país e batiza com seu nome o Instituto Médico Legal de Salvador, na Bahia. Sua pesquisa em torno das relações raciais no Brasil é pioneira e filia-se às escolas europeias racistas. Vejamos:

Particularmente na Bahia, Nina Rodrigues destaca-se como representante de uma vertente eugênica, com base no Darwinismo Social, que buscava nas escolas racistas e nas teorias vigentes, dominantes do período, justificativa para o desenvolvimento de linhas teóricas no país que apontassem a existência de diferenças entre raças. A partir de uma linha etnológico-biológica respaldava o projeto eugênico nacional, e referia que a inferioridade das raças estava ligada às diferenças físicas existentes entre brancos, indígenas e negros, impedindo que os últimos gozassem de seus direitos de cidadania (Idem).

Expede-nos, lendo os discursos, ao que está implícito nas falas das autoridades: os nomes de suas operações e o projeto pensado na época de Nina Rodrigues

parecem permanecer, a despeito de todos os limites impostos pelo Estado Democrático de Direito a um Estado punitivo. Por isso, as falas das autoridades de segurança brotam em um movimento de oposição aos princípios democráticos preconizados na Constituição: liberdade e vida como regra e não exceção. As falas do tipo, “caçar bandido”, “o bem contra o mal”, “ elemento suspeito” exprimem uma flagrante violação ao princípio da dignidade humana e da estrita legalidade ao tratar os sujeitos e não as condutas como desviantes, fora das normas etc. Esses discursos são ditos abertamente por autoridades públicas no exercício de suas funções:

As declarações recentes do Secretário de Segurança Pública do Estado da Bahia, ou melhor, do Secretário de Polícia, como prefere ser chamado, merecem, além do repúdio, uma análise mais detida por parte da sociedade baiana, no sentido de encontrar na sua fala a enunciação de um discurso velado (que as vezes se explicita) sobre o que pensam os Governantes quando tratam da noção de segurança pública demonstrando de maneira evidente o quanto a punitividade se impregnou na estrutura de Estado que se vale do discurso jurídico punitivo penal e sacramenta desigualdades, distribuindo dor e sofrimento. (Freitas, 2010, p.1).

Essas declarações, mencionadas pelo advogado e Presidente do Conselho da Juventude do Estado Bahia, são falas do Secretário de Segurança Pública do Estado da Bahia. Este que, em vários momentos, recorre à imprensa para dar declarações de força da política de segurança que, em

grande medida, são acolhidas pela sociedade. Esta que, por sua vez, em vários momentos, vive na própria pele ou vê seus parentes e amigos amarrados pela teia punitiva que se espalha pelo estado:

Para criar na consciência dos homens essa visão ilusória da realidade como se fosse realidade , a ideologia organiza-se “como um sistema lógico e coerente de representações (idéias e valores) e de normas ou regras (de conduta) que indicam e prescrevem aos membros da sociedade o que devem pensar e como devem pensar, o que devem valorizar , o que devem sentir , o que devem fazer”(Chaui1980113).Ela se apresenta , ao mesmo tempo , como explicação teórica e pratica . Enquanto explicação ela não explica e, aliás, não pode explicar tudo sob risco de se perder, de se destruir ao expor , por exemplo, as diferenças, as contradições sociais. Essa manobra camuflada vai fazer com que o discurso, e de modo especial o marcadamente ideológico, caracterize pela presença de “lacunas”, “silêncios”, “brancos” que preservem a coerência do seu sistema. (Brandão, 2002, p. 2)

É ainda Felipe Freitas que nos alerta:

(...) porém, ao ser questionado sobre os autos de resistência o Secretário mais uma vez não titubeia e sentencia: “não podemos nos acovardar. Partimos para cima sempre, com segurança, com a certeza de estarmos cumprindo as leis. Porque, se tem que tombar, que tombe do lado de lá, não vai tombar do nosso lado, não. Que tombe do lado dos bandidos, mesmo. E a polícia não se acovarda, não, a gente está partindo para cima mesmo. –

disse o Sr. César Nunes.

Trata-se de uma manifestação que apesar de chocante é usual, no dia a dia, essa é a idéia que preside a ação dos Governos no campo da segurança pública. A idéia de combate, de ataque, de enfrentamento, de campo inimigo e defesa dos interesses de Estado, conduzindo todo o sistema num clima de guerra que produz os índices de morte vistos atualmente. (Freitas, 2010 p.1)

Para nós, as falas das autoridades de segurança pública não são inocentes ou neutras. Elas carregam em seu interior intenções e resguardam interesses de uma parcela da sociedade. Isso não seria relevante se não se tratasse da segurança pública, peça importante de uma engrenagem maior que é o Estado organizado. Este, por sua vez, é pela Constituição que preconiza os direitos e as garantias para todas as pessoas dentro da sociedade, não sendo admitida qualquer conduta que fira a norma maior. O Direito Penal não deve tolerar ações contraproducentes no que tange aos princípios de legalidade, lesividade e da universalidade.

Sendo assim, numa ponderação de conflitos entre o discurso de segurança, que justifica arbitrariedades, e os princípios de direitos humanos, pesam mais os princípios baseados no direito, consagradores desse modelo de Estado republicano. Vejamos:

FOLHA - Quase todo crime no Rio tem a participação da polícia. Dependendo do grau da participação, pode macular toda a política de segurança. Por que daqui a pouco as UPPs não seriam corrompidas?

JOSÉ MARIANO BELTRAME - *É uma preocupação. Tu tens toda a razão. Mas o fato de ser uma preocupação não significa que eu não tenha de avançar com propostas de segurança pública. Tenho uma proposta de ocupação de território em que meus policiais são os que saem da Academia que vão para as UPPs. Não é o da radiopatrulha que está na rua. É um policial sem vício. Não é só o vício da corrupção, mas não tem o vício da guerra. É um policial composto para trabalhar em um lugar que tenha paz, para que ele possa com tranquilidade desenvolver aquilo para que foi treinado. É mais bem pago, porque temos uma parceria com a prefeitura que paga metade salário dele (ganha R\$ 1.100 do Estado, mais R\$ 500 da prefeitura). O que a gente pretende fazer com a UPP, além de ter o território e criar uma ambiência para as pessoas que vivem ali, é partir dela criar outra polícia.⁷⁵*

Voltemos à “ocupação” do Complexo do Alemão, episódio que repercutiu na mídia local e internacional porque, além do caráter inusitado do Estado colocar um gigantesco aparato policial-militar para conter uma “rebelião” civil, qualquer acontecimento nos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo ganham visibilidade e repercutem para o resto do Brasil. A fala do Secretário de Segurança Pública do Rio de Janeiro reflete o paradigma da segurança pública espalhada pelo Brasil. Uma segurança pública que admite seu fracasso em garantir a segurança de todos. Uma segurança que admite seu caráter seletivo, posto que estas operações não são realizadas nos condomínios de luxo com toda a sorte de estúpos, roubos, furtos,

tráfico. Admite, então, a decomposição no interior de uma polícia com vício da corrupção e vício de guerra. A ocupação do Território do Alemão esconde, ainda, o fracasso do tráfico de drogas do varejo que é hoje substituído pela exploração de serviços de internet, TV a Cabo, distribuição de gás de cozinha. As milícias agradecem a atenção dada no Rio e se espalham.

A classe média aguarda seu espólio que é, de fato, a ocupação dos territórios pobres, ocupados por negros e negras desde o advento da República, passando por Pereira Passos. Agora parece efetivo no Governo Lula/Beltrame/Cabral. Observemos: “A comunidade hoje pertence ao Estado (...)”

A frase acima foi empregada, no dia seguinte à “reconquista” da Vila Cruzeiro, pelo subchefe operacional da Polícia Civil do Rio de Janeiro, delegado Rodrigo Oliveira, e variantes dela foram utilizadas também pelo governador Sérgio Cabral Filho e por outras “autoridades”. Que seja do meu conhecimento, nenhum dos especialistas (com ou sem aspas) em segurança pública que desfilaram em sucessão frenética, naqueles dias de fins de novembro, pelas telas de televisão ou pelas páginas dos jornais, lembrou-se de observar o profundo significado simbólico dessas palavras. De fato, a “comunidade” nunca “se pertenceu”. Embora largamente desassistida e, obviamente, bastante estigmatizada pela classe média, pelo próprio Estado e pela grande imprensa, a tutela estatal, exercida de modo que em geral mesclava (ou alternava) a brutalidade (arbitrariedades da polícia) e o

clientelismo mais rasteiro, não deixou de se fazer presente. Apesar de serem as favelas largamente desassistidas em matéria de provimento de serviços básicos e infraestrutura técnica e social, uma frase como “o Estado sempre esteve ausente [das favelas]” é retórica e politicamente compreensível, mas, em última instância, pouco rigorosa: seja pelas incursões da polícia, seja por meio das malhas do clientelismo, o Estado sempre lançou os seus tentáculos sobre os espaços segregados. Por outro lado, cada vez mais, ao longo dos anos 80, mas mais ainda a partir da década de 90, essa tutela passou a ser disputada e teve de se arranjar com a tutela exercida pelos chefetes microlocais do tráfico de varejo - representantes miúdos do capitalismo criminal-informal.⁷⁶ Percebemos que o discurso ideológico de uma segurança pública mais dura joga com as vidas das pessoas, como peças de uma grande xadrez e com o lucro advindo de tudo isso. No mais, o sistema penal é um grande e lucrativo negócio.

Considerações Finais

Existe um campo de batalha bastante aberto e inseguro entre a Constituição, com suas declarações de democracia e direitos, e a vida nas ruas, com políticas formuladas pelos governos que atendem a interesses diversos a constitucionalidade. De um lado, a segurança pública, como vimos, belicosa e seletiva. De outro, o direito penal que atua como um conjunto de leis penais em um diploma legislativo específico para tutelar bens jurídicos relevantes para todos indistintamente.

A Dignidade da Pessoa Humana figura nesse antagonismo como mediadora entre dois pólos ideológicos opostos. De um lado, a garantia da vida e direitos e, de outro, sua violação que esconde efetivamente interesses de mercado por trás de um grande empreendimento de segurança alimentando a indústria da violência.

Nossa conclusão é que o direito penal, atuando em sua face garantista e baseada nos princípios da dignidade da pessoa humana, pode ser um grande anteparo para a guarda dos princípios constitucionais. A ideia de um direito penal máximo, além de ser incompatível com o Estado que celebra no preâmbulo da Constituição seu caráter democrático, baseado na justiça e na pluralidade de pensamento, tem um custo social e financeiro e humano intolerável.

Precisamos todos, sociedade, judiciário, executivo, parlamento, instituições da sociedade civil, movimentos sociais, universidades, fazermos uma grande ação no sentido de construir um outro modelo de justiça e segurança que seja compatível com a constituição. O caráter social da propriedade, a defesa dos interesses da maioria da população, a garantia de saúde, educação, lazer, cultura não podem ser apenas enunciados teóricos. É possível serem efetivadas para o bem comum e para o surgimento do Brasil como uma nação soberana independente, no qual todos e todas pratiquem a máxima romana: *Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. [Digesta 1.1.10.1; Institutiones 1.1.3] Viver honestamente, não prejudicar ninguém,

dar a cada um o que é seu.⁷⁷

Referências:

- BRANDÃO, Helena H. Nagamine. Introdução à análise do discurso. 8ª edição. Editora Unicamp. Campinas, SP, 2002.
- BAPTISTA, Arestides. Polícia afirma que mortes em Canabrava foram causadas durante tiroteio. A tarde on line. www.atarde.com.br/cidades/noticia.jsf?id Acesso em dezembro de 2010.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, Editora Saraiva, São Paulo, 1999.
- DURANT, Will. História da Filosofia. Tradução de Luiz Carlos do Nascimento Silva. Título original: The story of Philosophy. Primeira Edição: 1926. Circulo do Livro Ltda. 1996.
- CANOTILHO, J.J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, editora Almedina, ano 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. Prefácio da 1 ed. italiana, Norberto Bobbio. 3ª Ed. ver. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2010.
- FOUCAULT, Michel. Estratégias Saber-Poder (1926-1984). Organização e seleção de textos, Manoel Barros da Motta: tradução, Vera Lúcia Avellar Riberiro. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.
- FOUCAULT, M. Segurança, território, população: curso dado no College de France (1977-1978). Tradução Eduardo Brandão. Revisão de tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Coleção Trópicos.
- FREITAS, Felipe. Para cima de Quem? Disponível em www.juventudeemmarcha.org/index.php. Acesso em dezembro de 2010.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 11ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. 2009, pag.49.
- JORNAL A TARDE. Pais e Amigos do Menino Joel se emocionam e fizeram duras críticas à atuação de Policiais Militares. Edição dia 24/11/2010.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito Penal: parte geral. 6ª edição revisada e ampliada, de acordo com a Lei nº 12.015, 07 de agosto de 2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte, Del Rey. 2 edição revisada e atualizada, 2002.
- PIERANGELLI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil. Evolução histórica, 2ª edição. Revista dos tribunais, 2004.
- SANTOS, Fernando Ferreira dos, Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/160/principio-constitucional-da-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em dezembro de 2010.
- SANTOS, Andreia Beatriz Silva dos. Mortalidade por Causas Externas: Um Estudo sobre a Identificação da Raça/cor da Pele no Instituto Médico Legal de Salvador/Bahia, 2007. Dissertação de Mestrado. Mestrado em Saúde Coletiva. Departamento de Saúde. Universidade Estadual de Feira de Santana. Feira de Santana. 2008.
- SOUZA, Marcelo Lopes de. A "reconquista do território": ou: Um novo capítulo na militarização da questão urbana. Disponível em: www.fenasps.org.br/noticias/061210reconquista.pdf. Acesso em dezembro de 2010.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil Parte Geral. 3ª edição. Editora Atlas, São Paulo, 2008.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. Editora. Revista dos tribunais. 5ª edição revisada e atualizada. São Paulo. 2004.

Notas:

74. Por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito o qual declaram-se as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. J.J. Canotilho, Teoria Constitucional e Teoria da Constituição, Ano 2003, pag.52
75. Entrevista concedida pelo Secretário de Segurança Pública do Rio de Janeiro à Folha de São Paulo em 06/10/10.
76. Artigo de Marcelo Souza, a reconquista do território, ou: Um novo capítulo na militarização da questão urbana fonte: <http://fenasps.org.br/noticias/061210reconquista.pdf>.
77. (dicionário de expressões e falas latinas, fonte: http://www.hkocher.info/minha_pagina/dicionario/h04.htm)

Da Beligerância e da Conciliação

dois tempos do exercício do Direito

Anderson Silveira⁷⁸
Hugo Roxo⁷⁹

78. Professor universitário, Pesquisador e Consultor Unesco no Programa Monumenta (Governo Federal).

79. Professor universitário e advogado.

Um dos desafios do ensino do direito está relacionado à abordagem do papel social do advogado. Esta via, por sua vez, levamos à seguinte pergunta: há mesmo uma “abordagem” acerca do papel social deste profissional nos currículos acadêmicos? Existe algo, alguma disciplina, alguma técnica, terapia, capacitação, treinamento, etc. capaz de fazer os estudantes perceberem/refletirem o grau dos compromissos sociais dos advogados com a coletividade?

Note-se que não estamos aqui enfatizando apenas a importância de uma consciência moral e eticamente engajada; insistimos, em prioridade, num amadurecimento de valores, de olhares, de posicionamentos e de posturas. Em muitos casos, o advogado resvala em dilemas profissionais que o colocam numa verdadeira “saia justa”: como equacionar a racionalidade das obrigações contratuais estabelecidas com sua clientela e as vicissitudes trazidas por este mesmo cliente que o levam a

“assumir” o papel de psicoterapeuta, amigo, padre e/ou confidante? Para complicar, como enfrentar a radicalização destas questões no calor das lides? Afinal, as pelepas parecem intermináveis, os recursos inesgotáveis e as soluções muitas vezes (in)justas... Alguns advogados afirmam que as experiências diárias favorecem a produção de uma couraça de proteção contra os problemas que ajudam a desembaraçar: torna-se, em certo sentido, alheios às angústias dos outros. Daí, ganha força a ideia de que essa estratégia ajuda a minimizar o que podemos chamar de “efeito esponja”: a transferência e a identificação com os outros a partir do movimento de “se por no lugar deles” e “ver com outros olhos”.

A propedêutica jurídica parece, entretanto, relegada à condição de apêndice na grande maioria dos cursos superiores. A rigor, o recém-formado acaba “condenado” a aprender a lidar com os “problemas” dos clientes na forma de

“tentativa e erro”. O tempo ensina, enfim, a desenvolver todos os mecanismos necessários à construção da defesa técnica, evitando ou reduzindo assim o risco do envolvimento e da contaminação com o problema alheio (a couraça que falamos acima). Será que isso funciona mesmo? Até quando?

Tais questões parecem inevitáveis, visto que a situação típica em que se espera a presença dos advogados se apresenta tecnicamente como lide. A despeito disto, longe de pensar em transformar os advogados em psicoterapeutas ou quaisquer outros profissionais dedicados ao bem estar biopsíquico dos indivíduos, propõe-se considerar outra postura na atuação do profissional do direito.

Por força da estruturação do ensino da dogmática jurídica, alguns cursos superiores acabam por operar a lide como um litígio no sentido mais beligerante do termo; fala-se das “armas jurídicas”, dos “combates judiciais”, “das derrotas”, “das vitórias”, “das vinganças”. O compromisso mais profundo da justiça, entretanto, está na capacidade de estabelecer o equilíbrio, na prerrogativa de viabilizar a mediação: a conciliação.

Parte considerável dos problemas do sistema judiciário, especialmente no que diz respeito ao acúmulo de processos, está na crescente dificuldade para mediar os conflitos com potencial de explosão. Ainda que os tempos atuais apontem para diferentes tentativas de conciliação, não preparamos os mediadores ou conciliadores; formamos, quase sempre, os beligerantes operadores do direito. É bem possível que alguns advogados argumentem que sem a belicosidade das lides seus honorários seriam irrisórios.

Enquanto isso, as “salas da justiça” encontram-se atravancadas de processos (s)emandamento.

Não obstante semelhante situação, a Constituição Federal de 1988 denomina o ofício de advogado de “função essencial à justiça”. Perceba-se que a Carta Magna não se referiu à “função essencial ao Poder Judiciário”, mas trouxe a menção expressa a “justiça”.

Sem maiores discussões ideológicas ou conceituais, resta claro que justiça não pode ser um valor individual. A justiça, sejam quais forem as cores ideológicas que a observe, é nitidamente um valor social. Ou seja, acima de quaisquer tratamentos solipsistas. A justiça está muito além do que quer o advogado como interesse particular. A justiça está além, ainda, do que quer o cliente como interesse particular. A justiça, cremos, encontra-se em fazer o direito chegar a todos, sem exceções. A justiça está, sobretudo, na possibilidade de qualquer futura lide não vir a se formar/desenvolver nos tribunais, gerando custos altíssimos para toda a sociedade.

Ora, a prioridade deste enfoque sobre as práticas jurídicas tenderá a exigir reformulações importantes nas ementas dos cursos superiores de Direito a fim de qualificar de modo mais consistente os modos de atuação dos novos advogados. Óbvio que esta reformulação representa tão somente um aspecto da questão, haja vista os dilemas e desafios previamente impostos pelo macro contexto social em suas desigualdades, desequilíbrios e interesses. Nesse sentido, cabe a pergunta: uma formação social (no sentido humanista) estaria no escopo geral da formação dos bacharéis em direito? Enfim,

cotejam-se aqui as possibilidades para viabilizar uma preparação jurídica humanista.

A propósito, existe um seriado televisivo estadunidense de nome *fairly legal*, cuja personagem principal, ex-advogada (ex-lawyer, ex-advogada, de law, ou seja, lei), representa o papel de uma conciliadora (peacemaker, literalmente “fazedora de paz”) registrada no Poder Judiciário norte-americano, chamada sempre às pressas para “apagar algum incêndio”, geralmente algum caso que os juizes não desejam que permaneça nos tribunais, pois a carga beligerante é enorme e o desgaste inevitável.

Em determinado episódio, bastante emblemático, Kate Reed, a conciliadora, dialoga com outro personagem, parte em um processo, relutante a participar de qualquer acordo:

- *Então, o senhor não deseja um acordo?*

- *Não tenho interesse.*

- *Por quê?*

- *Porque o sistema não funciona assim! Porque paguei um advogado caro e sairei perdendo com um acordo! Porque tenho direitos a serem defendidos e você não tem nada a ver com isso!*

- *O senhor sabe o que é um acordo?*

- *Sei sim. É algo que não tenho interesse, pois o que me interessa é ver Jay [a outra parte] afundado na m...*

Esse fragmento parece revelar a visão geral. O que nos interessa alertar, por fim: quanto dessa visão é alimentada por todos os envolvidos com a profissão jurídica? Será que teríamos um sistema judiciário diferente, caso a “cultura” do acordo fosse disseminada? Será que teríamos algo próximo do que a Constituição Federal quis quando afirmou que o advogado é “função

essencial à justiça”? Vamos insistir em outro tempo para o exercício do Direito: o tempo da conciliação.

Artigos e Autores

Assédio sexual: questões conceituais;
Rodolfo Pamplona Filho

Polícia restaurativa: propostas para o exercício da segurança pública cidadã;
Déa Carla Pereira Nery

A justiça penal entre dogmática e crítica: da jurisdição una aos mecanismos alternativos de solução de conflito;
Elmir Duclerc

Os processos de vitimização: um quadro sócio-jurídico a partir das falas de companheiras dos presos do Sistema de Justiça Criminal da Região Metropolitana de Salvador;
Emanuel Vinicius Santos Silva

Consumismo e superendividamento;
Flávia Marimpietri

Existe razão para que os direitos dos trabalhadores domésticos não sejam iguais aos trabalhadores regidos pela CLT?
Leila Ornellas Tourinho

Falas e silêncios: considerações sobre sistema penal e direito penal à luz dos princípios da dignidade humana;
Hamilton Borges dos Santos

Opinião: da Beligerância e da Conciliação: dois tempos do exercício do Direito.
Anderson Silveira e Hugo Roxo

e-JUS

Revista de Direito



Reconhecida pela portaria MEC nº 862,
publicada no DOU de 27 /03/02



Reconhecida pela portaria MEC nº 3.372,
publicada no DOU de 06/12/02

Rua Luís Portela da Silva, 628 - Itaigara
41.815-290 - Salvador-Bahia
Rua Wanderley de Pinho, 527 - Itaigara
41.815-270 - Salvador-Bahia
(71) 3496-4050 / 3496-4150