

REVISTA CIENTÍFICA O DIREITO PENSA

Maringá/PR, V.01, N.02
ISSN 2675-844X



Maringá
2021



REVISTA CIENTÍFICA O DIREITO PENSA

Maringá/PR, V.01, N.02

ISSN 2675-844X



Maringá

2021

Equipe técnica

Editor científico

Antonio Rafael Marchezan Ferreira

Universidade Estadual de Maringá

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/2772329062681533>

Editor executivo

Gustavo Felipe Berça Ogata

Universidade Estadual de Maringá

Revisão gramatical e visual

Ana Paula Romeiro

Universidade Estadual de Maringá

Maria Alice Dantas Alczuk

Universidade Estadual de Maringá

Maria Vitória Vermelho

Universidade Estadual de Maringá

Marina Eduarda Ostrowski

Universidade Estadual de Maringá

Vinícius Ferrareto Chagas

Universidade Estadual de Maringá

Diagramação e Capa

Vinícius Ferrareto Chagas

Universidade Estadual de Maringá

Comitê editorial

Alexandre Ribas de Paulo

Universidade Estadual de Maringá

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/8924298565036412>

Almir Santos Reis Junior

Universidade Estadual de Maringá

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/3471405915737365>

Celina Rizzo Takeyama

Universidade Estadual de Maringá – UEM

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/0281198360647072>

Edson Mitsuo Tiujo

Universidade Estadual de Maringá

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/1043883576622362>

Edvaldo Sapia Gonçalves

Universidade Estadual de Maringá

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/8929980439691005>

Gisele Mendes de Carvalho

Universidade Estadual de Maringá

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/0032356414758686>

Ivan Aparecido Ruiz

Universidade Estadual de Maringá

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/8393076707737696>

Rosilene Terezinha de Paiva

Universidade Estadual de Maringá

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/7035729734569755>

Solange Montanher Rosolen

Universidade Estadual de Maringá

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/7339321491065575>

Arno Dal Ri Júnior

Universidade Federal de Santa Catarina

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/2020985889273319>

Bruno Soeiro Vieira

Universidade da Amazônia

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/0260422488266691>

Clarissa Piterman Gross

Fundação Getúlio Vargas

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/8953652361664903>

Gustavo Noronha de Ávila

Centro Universitário de Maringá

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/4220998164028087>

José Manuel Avelino de Pina Delgado

Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais

- Cabo Verde

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/0729429327267268>



Kleidson Nascimento dos Santos

Instituto Federal de Sergipe - IFS

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/4439142923372904>

Valine Castaldelli Silva

Universidade Federal de Santa Catarina

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/7414785543009632>

Corpo de pareceristas ad hoc

Belmiro Jorge Patto

Universidade Estadual de Maringá

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/6529409406852084>

Giselly Campelo Rodrigues

Universidade Estadual de Maringá - UEM

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/3976230829628719>

Rosely Camilo Pereira Gomes

Universidade Estadual de Maringá

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/0899180026308826>

Contato

Departamento de Direito Privado e Processual - DPP UEM
Universidade Estadual de Maringá - Campus Universitário de Maringá
Av. Colombo, 5790 – Bloco D34/Sala 008 – Maringá – PR
CEP 87020-900 Fone: (44) 3011.4950.
e-mail: odireitopensa.uem@gmail.com

Revista Científica O Direito Pensa

Volume 1, número 2
2021

Sumário

Editorial

Comissão Editorial

Influência da Mídia no Processo Penal: Nulidades e Antijuridicidade

Influence of the Media in Criminal Process: Nullities and Unlawfulness

Iago Gonçalves Batista

A Identificação do Perfil Genético do Acusado de Forma Obrigatória

The Identification of the Genetic Profile of the Defendant in a Mandatory Form

Bruna Diana Gazola

Marllon Beraldo

A Ineficácia da Lei Maria da Penha

The Inefficiency of the Maria da Penha Law

Alessandra Souza Vicente

Bauman E O Direito: A Norma Como Fundamento E Reflexo Do Mundo Líquido

Bauman and Law: The Norm as a Base And Reflex of the Liquid World

Ian Muriel De Col

Belmiro Jorge Patto

Contrato de Trabalho Intermitente: Uma Análise das Relações Trabalhistas à Luz da Pós-Modernidade

Intermittent Employment Contract: An Analysis of Labor Relations in the Light of Post-Modernity

Victor Silva Dias

EDITORIAL

Nesta edição contamos com contribuições de várias áreas do direito. O acervo aborda temas de grande relevância, trazendo à tona reflexões e discussões extremamente necessárias.

Nossos objetivos, além da divulgação da produção científica, são de trazer experiências aos acadêmicos que gerem aprendizado e desenvolvam o pesquisador. É necessário que o conhecimento não seja apenas público, mas também acessível.

A revista tem como foco a produção de artigos desenvolvidos com rigor técnico/científico e sob reflexão crítica, seguindo as linhas editoriais das dimensões pública e privada dos Direitos Fundamentais e relações jurídicas patrimoniais na ordem contemporânea, bem como Direitos Humanos e liberdades públicas.

Assim, temos os seguintes artigos disponíveis: *Influência da Mídia no Processo Penal: Nulidades e Antijuridicidade* (Iago Gonçalves Batista); *A Identificação do Perfil Genético do Acusado de Forma Obrigatória* (Bruna Diana Gazola e Marllon Beraldo); *A Ineficácia da Lei Maria da Penha* (Alessandra Souza Vicente); *Bauman E O Direito: A Norma Como Fundamento E Reflexo Do Mundo Líquido* (Ian Muriel De Col e Belmiro Jorge Patto) e *Contrato de Trabalho Intermitente: Uma Análise das Relações Trabalhistas à Luz da Pós-Modernidade* (Victor Silva Dias).

Agradecemos a toda equipe da Revista Científica (revisores, diagramador, editores e pareceristas) por todo empenho e dedicação, bem como cada autor(a) que submeteu seu trabalho.

Desejamos a todos(as) uma excelente leitura!

Comissão Editorial

EDITORIAL

In this edition we have contributions from various areas of Law. The collection approaches topics of great relevance, bringing to the fore much needed reflections and discussions.

Our objectives, in addition to disseminating scientific production, are to bring experiences to academics that generate learning and develop researchers. Knowledge needs to be not only public, but also accessible.

The journal focuses on the production of articles developed with technical/scientific rigor and under critical reflection, following the editorial lines of the public and private dimensions of Fundamental Rights and patrimonial legal relations in the contemporary order, as well as Human Rights and public freedoms.

Thus, we have the following articles available: *Influence of the Media in Criminal Process: Nullities and Unlawfulness* (Iago G. Batista); *The Identification of the Genetic Profile of the Defendant in a Mandatory Form* (Bruna D. Gazola and Marllon Beraldo); *The ineffectiveness of the Maria da Penha Law* (Alessandra S. Vicente); *Bauman and Law: The Norm as a Base and Reflex of the Liquid World* (Ian M. De Col and Belmiro J. Patto) and *Intermittent employment contract: an analysis of labor relations in the light of post-modernity* (Victor S. Dias).

We would like to thank the entire journal team (reviewers, layout designer, editors and reviewers) for all their efforts and dedication, as well as each author who submitted their work.

We wish you all an excellent reading!

Editorial Board



INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO PROCESSO PENAL: NULIDADES E ANTIJURIDICIDADE

INFLUENCE OF THE MEDIA IN CRIMINAL PROCESS: NULLITIES AND UNLAWFULNESS

Iago Gonçalves Bastita¹

RESUMO: Neste artigo é explorado o modo de atuar da mídia e sua influência no processo penal. Por intermédio de uma perspectiva teórico-metodológica do tipo interpretativo qualitativa, mediante método hipotético-dedutivo, tem por escopo traçar de que modo o poder midiático age para tornar seu discurso convincente e estabelecer um consenso, denominado opinião pública em alternativa à realidade. São trabalhadas as dificuldades encontradas para a construção da sentença criminal, é esboçada, ainda, a origem do juiz “estrela” e a divulgação de provas sigilosas pela mídia e sua imprestabilidade no âmbito judicial. Conclui-se pela dificuldade em reconhecer utilidade social da mídia espetacular.
PALAVRAS-CHAVE: Mídia. Opinião Pública. Espetáculo.

ABSTRACT: This article explores the media's way of acting and its influence on criminal proceedings. Through a theoretical-methodological perspective of the qualitative interpretative type, through a hypothetical-deductive method, it aims to outline how the media power acts to make its discourse convincing and establish a consensus, called public opinion as an alternative to reality. The difficulties encountered in the construction of the criminal sentence are dealt with, the origin of the "star" judge and the disclosure of classified evidence by the media and its uselessness in the judicial scope are outlined. It concludes by the difficulty in recognizing the social utility of spectacular media.

KEYWORDS: Media. Public opinion. Show.

1. Introdução

O presente trabalho tem como finalidade estabelecer os contornos da relação entre mídia e população e suas influências na atividade jurisdicional, sobretudo no processo penal brasileiro, uma vez que, diante da visibilidade do atuar da justiça cada vez mais exposto, inclusive na fase de inquérito policial, a mídia vem exercendo papel relevante em como estão sendo recebidos esses julgamentos e pareceres emitidos pela justiça penalista, geralmente nos tribunais há maior repercussão e carga política nesses vereditos, o que reflete substancialmente no juízo de valor do jurisdicionado e do cidadão.

A comunicação se dá através de expressões de sentido, que se consubstancia através da língua, como instrumento o idioma, e a linguagem, a qual impregna de sentimentos que são direcionados a um destinatário com um fim específico: passar determinada mensagem. No mundo globalizado, a mídia seleciona da maneira que melhor lhe convém os fatos relevantes na sociedade, posto que se situar acerca do mundo que lhe cerca passou a ser fundamental para progressão no âmbito familiar, profissional e social. A construção do “self” está intimamente

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Norte do Paraná - UNOPAR; Araçongas-Paraná; e-mail: iagojus@hotmail.com

ligada ao que a pessoa consome, nos dias atuais estamos permanentemente conectados, não há como negar a influência da mídia nesse diálogo que vem externamente ao indivíduo e se junta a sua consciência a fim de discutir acerca de determinado fato e sua classificação, qualificação, amplitude etc.

No entanto, essa influência da mídia através da produção jornalística deve se pautar por uma conduta ética e profissional adequada, em razão da fundamental função, delegada pela Constituição Federal, de informar ao cidadão (leigo) a respeito do ambiente que lhe cerca. A reportagem jurídica, como de revelar os fatos a construir livremente a opinião dos cidadãos, ganha cada vez mais carga política e definidora do cenário presente e futuro com o julgamento de escândalos de corrupção, os alvos dessas investigações e processos criminais que outrora eram considerados invulneráveis a esse tipo de invasiva. Portanto, o debate insere-se na capacidade de a mídia influenciar o cidadão na construção da justiça nos tribunais.

2. MODUS OPERANDI da Mídia

Há poucos séculos não existia a figura da mídia como conhecemos, a configuração desta se dá há pouco tempo na história da humanidade. Antigamente as informações eram transmitidas entre um vilarejo ou reinos pela conversa diária e direta aos destinatários, tratava-se de diálogos entre habitantes da mesma região, que discutiam sobre assuntos comuns a ambos, a natureza dessa transmissão de informação é, pois, bilateral.

De outro lado, a mídia como conhecemos vem, em sua origem, da ascensão da prensa móvel pela capacidade de difundir informações com pouco esforço a um número indeterminado de pessoas, sem limite temporal ou espacial. Nesse diapasão, diante das tecnologias atuais, sua natureza alterou-se e muito, passando, mais do que nunca, a ser uma relação com o ouvinte/leitor/consumidor essencialmente unilateral e direcionada, os olhares das câmeras não escapam aos fatos. Contudo, a mídia focaliza apenas aquilo que lhe convém, a seletividade é inerente à atividade midiática, que se reporta ao interesse do espectador, não abrange uma totalidade de interesses ou importâncias, restringe-se àquilo que mantém sua influência no receptor. Essa relação estabelece de modo unilateral, uma vez que é a mídia que projeta os valores e as verdades, por outro lado espera-se do receptor apenas que se mantenha consumindo e assimilando a mensagem.

Atualmente muito se debate acerca do caráter da mídia que há muito desviara de sua função primordial. No cenário globalizado, menciona-se que a mídia utiliza-se do discurso em nível de ato perlocucionário o qual tem como finalidade, em si, não transmitir com neutralidade as informações e emitir informações, com clareza, com a finalidade do cidadão construir sua opinião da forma mais livre possível, mas sim, intencionalmente provocar certos efeitos no íntimo do destinatário, fica em segundo plano as informações, esse discurso em si é mais uma ferramenta que produz resultados atuando no âmbito dos estímulos sensoriais e psicológicos.² A comunicação em massa, não entendida como a simples passividade dos consumidores em ficarem em frente à televisão afirmando com sinal positivo o que lhe é transmitido, em relação ao significado de “comunicação em massa”:

Devemos também descartar a suposição de que a recepção em si mesma seja um processo sem problemas, acrítico, e que os produtos são absorvidos pelos indivíduos como uma esponja absorve água. Suposições deste tipo têm muito pouco a ver com o verdadeiro caráter das atividades de recepção e com as maneiras complexas pelas quais os produtos da mídia são recebidos pelos indivíduos, interpretados por eles e incorporados em suas vidas. (THOMPSON, 2014, p.51).

Além disso, a notícia divulgada pela mídia sempre é uma notícia de cunho negativo, até mesmo pelo formato que nos é apresentado atualmente, em conjunto e simultaneamente propagandas que focalizam no bem-estar são lançadas ao ouvinte em contraste as outrora exaustivamente impostas.

Desse modo, há sempre a presença de certo filtro por parte do ouvinte/consumidor/internauta, como ser vivente em sociedade, algo deve chamar sua atenção de forma peculiar a atraí-lo. Pergunta-se, pois, em que momento o ato perlocucionário torna-se eficaz e como, diante da singularidade que é cada pessoa, ele estabelece um consenso acerca de determinado assunto? Através da vigilância contínua do comportamento alheio, cada um se torna o vigia do próximo no mundo tecnológico em que vivemos, com isso condiciona aos poucos uma normalização do comportamento e suas reações. Vai além, embora a mídia incorra numa ação agressiva e invasiva, chegando às raízes mais profundas da nossa personalidade, ainda sim ocorre uma troca justa por essa pressão. Portanto, a relação entre mídia e população não se constitui de um poder absoluto sobre determinadas pessoas, mas sim de uma troca razoável, simultânea e sutil pelo sentimento de horror que a mídia propicia e é experimentado frequentemente pelo agente que

² SOUZA, Artur César de. Decisão do juiz e influência da mídia, 2011, p. 59.

forma a opinião pública. Desse modo, ela oferta anestésicos para a dor que ela própria seleciona e focaliza.³

Essa correspondência desejosa é constituída pela capacidade de a mídia fornecer gratificações e/ou remediar conforme estamos em sintonia com suas determinações, diversas versões do “self” são aqui agasalhadas pelas soluções inclusivas da mídia, pelo tanto que ficamos conectados, através da repetição, decantam-se os valores esperados nos receptores. É comum a mídia nos gratificar com⁴: 1) informação e interpretação das questões públicas; 2) ferramenta de orientação para a vida cotidiana; 3) escapar das questões cotidianas; 4) prestígio social; 5) contato social. Desse modo, o volume de informações acumuladas é sinônimo de estar um passo adiante, revela-se no sentido de uma pessoa lúcida que sabe o que se passa ao seu redor, essa curiosidade é amplamente explorada pela mídia, desde futilidades até fatos dotados de importância a todos em sociedade. Direciona o internauta como uma cartilha que traz orientações acerca de vivências e comportamentos em sociedade de modo a sermos socialmente aceitos. A mídia serve, ainda, como forma de inclusão, porque possibilita aos receptores manterem uma conversa com os outros sobre temas que escapam a esfera particular de seu ambiente de trabalho, familiar e social.

Acerca do discurso repetitivo da mídia, o modelo da Espiral do Silêncio fornece compreensão acerca da receptividade das mensagens: como o discurso da mídia é um fim em si mesmo, faz-se necessário ela constantemente reiterar seu discurso para, em determinado intervalo de tempo, a massa de pessoas absorverem suas ideias, sobretudo as implícitas. Ao estabelecer um consumo frequente, adota-se como se fosse opinião pública. Dessa forma, os ganhos da mídia vão se consolidando no tempo através da repetição constante dos seus termos.⁵ Se houvesse uma interrupção no consumo e presença ínfima dos meios de comunicação em nossas vidas, iríamos chegar a conclusões diversas das que são construídas em minutos, todos os dias, através dos meios de comunicação.

Indo além, costumeiramente, é a própria mídia que fornece os parâmetros de insegurança, desconforto, injustiça e, posteriormente, remedia com soluções individuais para essas

³ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979, pg. 188.

⁴ MARTINO, Luís Mauro Sá. *Teoria da comunicação: ideias, conceitos e métodos*. Petrópolis: Vozes, 2010, pg. 186-187.

⁵ *Ibidem*, p.207.

dificuldades do receptor. Trata-se dos discursos racionalmente construídas, denominados como verdades.

Em verdade, a imprensa brasileira é o meio de comunicação que é um fim nela mesmo, a própria finalidade em conjunto com o modo em como isso é transmitido já contamina a mensagem final, o desinteresse em levar ao ouvinte alguma mensagem é evidente. (pg 31 a sociedade do espetáculo)

Nesse diapasão, a mídia com um discurso repetitivo, no âmbito da justiça brasileira, estampa conceitos, que valem mais como premissas ao telespectador acerca de valores, tais como: justiça, verdades, fatos, investigações. **Dessa** forma ela constrói a realidade particular vivenciada pelos consumidores dos meios de comunicação, que vai de encontro, muitas vezes, com a concepção do sistema jurídico e os trâmites legais de um processo. A mídia cria estereótipos, institui condutas reprováveis e modos de agir pelas instituições e colocam-nos, os agentes da justiça, no cenário em que os valores foram ditados por ela mesma. Não tem como negar sua natureza de construtora da realidade, ou de uma diversa da que ocorre nos tribunais, tangenciando o sistema jurídico.

Há, ainda, a figura dos julgamentos paralelos que consubstancia no fenômeno de que a mídia, mesmo sem ostentar a qualidade de um órgão julgador, fornece subsídio e fomenta seu destinatário a utilizar como fonte primária (o discurso persuasivo dos meios de comunicação) a formar opiniões definitivas a respeito de determinado fato em desconexo com as manifestações em definitivo do judiciário. A mídia, por sua vez, realiza expressamente esse julgamento, sendo utilizadas figuras simbólicas, desde o leiaute do programa: vestimenta, cores, apresentador, tom de voz etc. a frases bem colocadas, tudo, a realizar inconscientemente no ouvinte determinado sentido, carregado de ideologia, conforme seja determinado político sob julgamento ou não. A ideologia nada mais é do que assumir um discurso com a finalidade de infligir dominação sobre determinado grupo e criar certa resistência que capacita a manutenção dessa relação, a dominação, em si, é inerente ao ser humano, contudo, questiona-se a hegemonia da mídia como construtora da opinião pública e, por consequente, da justiça nos tribunais.

O que se vê, na mídia atualmente, é a ânsia de localizar alguma figura política alvo de processo penal e (re) construir sua imagem, passando de uma pessoa respondendo a um processo criminal, muitas vezes ainda em fase de inquérito, à figura do mau cidadão que merece ser alvo

de desprezo e repugnância pelo cidadão de bem (a mídia cita muito esse termo). Frequentemente esse veículo de informação classifica, rotula, antecipa fatos, esse impacto faz parte da natureza humana que incessantemente carece de estímulos que fogem do seu dia-a-dia, um processo contra um ex-presidente, por exemplo, causa curiosidade na população que outrora era governada pelo mesmo. Esse mutualismo é constantemente alimentado pelos escândalos e focalizados no aspecto frontal da mídia (sempre direcionando sua produção jornalística a partir de um ponto, raramente constata-se uma abordagem ampla acerca de determinado assunto).

Verifica-se, portanto, a mútua dependência que é estabelecida na relação entre o produtor da informação mediada e o destinatário, porque a mídia oferece os anseios que satisfazem as reações que ela própria cria nos cidadãos, contudo é condição sine qua non a sua permanência nessa relação que o destinatário consuma aquelas informações, reagindo e construindo sua opinião com base nelas.⁶ A intimidade criada nessa relação causa dependência ao consumidor que deposita parcela da responsabilidade de sua formação de opinião a informação mediada.

Diante do exposto, enxerga-se a mídia como uma faca de dois gumes, ela invariavelmente deve servir como fonte de informação para o juízo pessoal de cada cidadão, não se furtando a emitir uma opinião sem cunho persuasivo. Porém, frequentemente, é utilizada para fins escusos através de diversos modos de agir que fogem a realidade dos fatos e em desrespeito ao sistema jurídico, afasta-se de sua função originária e o caráter social que guardam as informações transmitidas à grande massa.

3. Construção da Sentença Criminal

No Estado Democrático de Direito a função do direito penal é a proteção dos direitos individuais e sociais que têm maior relevância jurídica, desse modo os atos que vão contra a esfera jurídica desses bens merecem maior reprimenda, aí repousa a funcionalidade do diploma penalista. A penalidade é apenas um meio de coerção, uma mensagem a influenciar que tal atitude não se repita, essa penalidade é imposta pelo judiciário através do devido processo legal.

7

Durante o trâmite da apuração de um delito por meio do inquérito policial conduzido pelo Delegado de Polícia, o início da ação penal através da denúncia oferecida por membro do

⁶ *Ibidem*, p.137.

⁷ Greco, Rogério. Curso de direito penal, volume 1, 2017, p.34.

Ministério Público, produção de provas, recursos e o trânsito em julgado, há alguns fatores que influenciam certas decisões entre esses agentes da justiça e a polícia judiciária.

Ressalta-se a relevância que a mídia tem dado aos julgamentos criminais de políticos, realizando matérias jornalísticas e divulgando-as durante todo o tempo, pode-se ligar a televisão ou entrar na internet, a todo momento se vê notícias a respeito, geralmente de cunho sensacionalista e sem uma análise mais profunda do trâmite da do processo.

A população é destinatária da mídia que difunde informações, que invariavelmente, em menor ou maior grau, afeta o juízo de opinião dos indivíduos e estabelece um consenso, denominado opinião pública a qual se constitui na capacidade de a mídia estabelecer uma comoção pública. Nos últimos tempos, ela tem se movimentado mais que o normal diante dos escândalos de corrupção, porque crimes estão sendo apurados, políticos estão sendo presos, o que outrora não ocorria com tamanha frequência. Contudo, questiona-se como está sendo realizada a atividade jornalística e até que ponto ela influencia nas decisões emanadas pelo judiciário.

O processo e seus trâmites constitui um sistema jurídico que busca proporcionar às partes e aos agentes da justiça os meios a desempenharem seu papel em busca do que, de fato, ocorreu em determinado caso a fim de investigar se ocorreram os fatos descritos, se ocorreram conforme depoimento das testemunhas ou da vítima se é lícito e culpável a conduta imputada ao réu.

A busca pela verdade tem sido relativizada com o passar dos anos, satisfazendo-se com a verdade que está nos autos de acordo com as provas colhidas e ônus atribuído as partes tornando processualmente válida, contudo essa simples dialética não convence muito às massas. O juiz, por sua vez, ser dotado de humanidade não consegue imprimir a real imparcialidade que se exigiria na sentença judicial, o juiz submete-se a essas dificuldades, pois:

(...) uma vez que está sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores ético-políticos (FERRAJOLI, 2011, p 258).

Todavia, o **Judiciário** deve dar uma resposta convincente acerca da verdade dos autos, ele deve demonstrar na decisão que usou das técnicas apropriadas a construir seu raciocínio jurídico de valoração de provas e apreciação dos discursos. Na construção da verdade, aponta-se que a verdade reside em determinado momento histórico-cultural e estabelece sua relação:

(...) a verdade não existe fora do poder ou sem poder (...). A verdade é deste mundo; ela é produzida nele graças a múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentadores de poder (FOUCAULT, 2011, p.258).

Nessa linha, o Estado, através do poder judiciário, este, por sua vez, utilizando-se do processo penal, julga, rotula o ser humano em função de certos discursos verdadeiros, nessa relação, apenas para o sistema jurídico.

Por outro lado, o público, que **assiste** através da mídia ao trâmite de um processo, não enxerga além da dicotomia culpado e inocente, uma vez que a mídia se utiliza de artifícios desconexos com o sistema jurídico a embasar sua verdade que nada mais é do que a versão que melhor sintetiza a relação de poder dela sobre os telespectadores e/ou cidadãos.

De um lado há a versão do judiciário acerca de determinado fato. Em paralelo, a mídia fornece subsídio que vai de encontro com a atividade jurisdicional e investigativa do raciocínio jurídico. A mídia nessa relação serve como contrapoder do Estado e instiga a produção mista do direito. A princípio, indaga-se que essa constante disputa não oferece maiores perigos, uma vez que a mídia constrange o internauta e o Estado constrange o réu, sendo que o juiz dotado de capacidade humana e menos influenciável que o cidadão comum, um agente isolado no sistema jurídico, correto? Não, porque com as novas tecnologias, atualmente, tem-se enxergado a mistura da opinião pública com as decisões judiciais em razão do convívio e interligação da justiça com os meios disponíveis na internet através da mídia, além há ampla publicidade das decisões judiciais que pouco tempo atrás não ocorria. Os escândalos políticos vêm ganhando destaque nos programas televisivos e nas redes sociais, porque todos querem opinar, a figura do juiz se vê pressionada pela opinião pública a decidir acerca de determinado modo e é gracejado quando o faz, nesse sistema de punição e recompensa surgem os juízes “estrela”, conotação que denomina o magistrado maleável que a mídia controla como quer, e encontra suas decisões judiciais mais na opinião pública construída por verdades subjetivas e interessantes para a mídia do que no sistema da persuasão racional das provas e a motivação de suas decisões (espetáculo midiático).

Portanto, a formação da sentença, sobretudo nos escândalos políticos que apuram crimes de responsabilidade, bebe de diversas fontes, uma delas: a opinião pública. Como veremos no próximo capítulo essa relação de poder entre dois grandes sistemas por si só se utiliza abusivamente das informações que captura, não há compromisso com os fatos razoavelmente observados e comprovados processualmente.

4. Liberdade de Expressão e Devido Processo Legal

Vive-se numa época que a liberdade de expressão reina, talvez pelos problemas causados pela censura prévia, muito utilizada no regime militar, o constituinte originário de 1988 não se furtou a instituir a liberdade de expressão em âmbito constitucional como direito fundamental consubstanciado no art. 5º, IX, da CF/88. Inclusive, há previsão nos tratados internacionais.

Por outro prisma, verifica-se na sociedade contemporânea vivencia uma realidade pobre, a mídia traz uma nova forma de enxergar as coisas, uma realidade otimista e sólida, as pessoas são obrigadas a amar a liberdade esculpida pela mídia o que muitas vezes vai de encontro à essência de seu significado prático.

Ocorre que a mídia vem se utilizando de modo inadequado as informações que ostenta, subvertendo a veracidade dos fatos, influenciando juízes, formando a opinião pública e divulgando provas sigilosas. Nessa linha de pensamento:

(...) ao invés de buscar desenvolver nos indivíduos um senso crítico, capaz de analisar e compreender as situações pragmáticas acabam por influenciar suas opiniões do modo que mais lhe convém. Assim sendo, a transmissão de informações difundidas pela mídia já chega ao público com o senso constituído, o que dificulta o desenvolvimento de um senso crítico àqueles que recebem a notícia (SANTOS, 2016, p.55)

Geralmente, a mídia vai além do simples informar mal, ela trabalha contra o sistema jurídico fornecendo juízos infundados, estimulando ideologias particulares que estabelecem uma maneira única do seu público enxergar o processo. Essa ampla publicidade dos atos, acrescidas de juízos de pessoas não especializadas, e juntamente com o público nas redes sociais afetam diretamente o que será produzido nos tribunais.

Por conseguinte, essas atitudes midiáticas afetam diretamente o devido processo legal, pois diversas discussões são travadas antes do debate em juízo. Em colaboração, o próprio judiciário sucumbe diante do poder midiático, até mesmo ministros assumem o papel de colaborador a ratificar os termos propostos pela mídia, adiantando qual linha de pensamento direcionará sua argumentação e apreciação, isso antes do julgamento propriamente dito, o que deixa estarecidos juristas comprometidos com a ética na atividade jurisdicional.

Há certas particularidades no julgamento, em segunda instância, dos escândalos políticos, primeiro que pressupõe a busca pela reforma da sentença pelo acusado que muitas vezes saiu

condenado em primeira instância de titularidade de um juiz considerado “estrela” pela opinião pública, por esforço da mídia que colocou a figura do juiz acima da dialética processual. Segundo que o sufocamento encontrado em segunda instância para os desembargadores julgarem determinados recursos é imenso, posto que meses após a decisão do juízo que será apreciado possíveis recursos, qualquer contrariedade à sentença proferida no juízo originária será rechaçada pela população em conjunto com a mídia. Em geral, todos os recursos serão denominados como protelatórios, sem ao menos verificar-se sobre qual objeto se destina ou se é direito do próprio acusado recorrer.

Diante do exposto, o devido processo legal não se restringe a seguir determinados procedimentos em juízo, consubstancia, na verdade, em assegurar meios efetivos de exercerem os atos a resguardar seus direitos, tais como: ser respeitado pelos recursos interpostos de boa-fé, conservar a presunção de inocência até decisão que permita o cumprimento em definitivo da pena, ampla defesa e contraditório em juízo, que se mantenha o caráter sigiloso das provas. O que se busca é garantir minimamente a dignidade da pessoa humana no deslinde do processo, não frustrando a capacidade do réu articular provas e convencer o magistrado. Objetiva impugnar as críticas ao julgamento antecipado dos ministros, a divulgação maciça da mídia das provas, a opinião pública ignorante e distorcida da dialética apresentada no processo penal.

Acerca das provas divulgadas pela mídia sem o crivo do contraditório ou permissão jurisdicional, e também a divulgação voluntária pelo réu será tratado no tópico posterior, dada sua autonomia em relação ao processo e consequências.

5. Imprestabilidade da Prova Difundida pela Mídia

A prova como meio a construir e provocar o entendimento do juiz submete-se ao livre convencimento motivado do magistrado, ele é livre, conforme sua bagagem social, humana e política a decidir acerca de sua valoração a decidir conforme os argumentos sustentado pelas partes.⁸

Geralmente as provas são produzidas pelas partes e levadas a juízo, ou aqui produzidas, para sustentar suas afirmações, ocorre que existem atos sigilosos que guardam interesse intrínseco ao processo judicial, não devendo escapar do interior dos tribunais, ambiente que, em tese, seria

⁸LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. Salvador, 2017, p. 618

produzida e apreciada a maior parte dos atos da justiça. Contudo, frequentemente a mídia difunde material probatório sigiloso ou que não foi submetido ao contraditório das partes.

Nesses casos, resta-se prejudicado o próprio objetivo do processo, ou seja, estabelecer um contraditório efetivo entre as partes que possibilitem articular suas provas e discutir abertamente sobre a relevância e o ônus probatório.

Argumenta-se que esse material sigiloso divulgado pela mídia carece de eficácia jurídica, sendo imprestável a dialética processual, incapaz de decidir acerca da condenação de um réu em alguns casos podendo afetar a validade do processo, declarando-o nulo em que pese possa haver reconhecimento dos cidadãos acerca do espírito de justiça construído pela mídia.

Raciocina-se se qualquer intervenção da mídia em provas sigilosas e robustas tornaria o processo nulo, bastaria ao réu divulgar para os meios de comunicação tais elementos. Nesse caso, não se enxergaria problema em declarar a fraude processual com a contínua utilização da prova dolosamente divulgada, mesmo que prejudique o réu, uma vez que renunciou a produção adequada de provas no âmbito judicial.⁹

6. Considerações Finais

No transcurso da dissertação, conclui-se pelo reconhecimento da força normativa do poder midiático na sociedade em que vivemos, os meios de comunicação funcionam como um poder paralelo em relação ao sistema jurídico. Identifica-se o discurso midiático como ato em nível perlocucionário, isto é, manifestações persuasivas que buscam atos responsivos de aceitação e assimilação forçada do espectador, sentimentos de ódio e fúria são os responsáveis pelo julgamento paralelo da opinião da massa.

A opinião pública, por sua vez, estabelece através da repetição de mensagens ideológicas constituídas pelo discurso vazio, com o transcorrer do tempo vai se consolidando na sociedade suas cargas implícitas de julgamento e assimilação da peculiar verdade produzida pela mídia.

Destaca-se o foco dado pelos meios de comunicação nos julgamentos em segunda instância dos processos penais que apuram delitos cometidos por políticos, o julgamento em paralelo na sociedade, a afirmação da verdade produzida pela mídia como instrumento de poder. Por

⁹ibidem, p. 353.

consequência, surgem juízes “estrela” que buscam confirmar os valores estabelecidos pela opinião pública, fortemente influenciada pela mídia. Essa versão de juiz fomentada pela opinião pública reside longe dos ideais do magistrado comprometido com a ética e a produção jurídica nos tribunais, dada à relevância que tem tal cargo e a repercussão de suas decisões.

Desse modo, constata-se que a mídia tem influenciado em demasia o processo penal, sobretudo na divulgação de material probatório não submetido ao contraditório efetivo das partes, primeiramente, para ulterior apreciação pelo magistrado. Não resta outra atitude ao judiciário, senão declarar a ineficácia das provas colhidas descarta-se o material probatório a fim de não prejudicar o réu, atuando dessa maneira a mídia enxergaria que suas expectativas seriam quebradas e afetaria menos o trâmite desses processos.

Questiona-se inclusive a relevância da mídia em relação à atuação e fiscalização da atividade produzida nos tribunais considerando a sociedade do espetáculo em que estamos inseridos e as realidades paralelas construídas pela mídia.

Contudo, ainda reside a possibilidade de punir a produção jornalística irresponsável que assume fatos e formas de ver a situação distorcidas da realidade jurídica, o que se mostra difícil, uma vez que a Constituição Federal definiu a liberdade de expressão como garantia fundamental somadas ao poder político e econômico da mídia, tornaria insubsistente medidas para essa restrição com a finalidade de a curto prazo surtir os efeitos desejados. Reafirma-se que é uma tentativa diversa da censura prévia que constitui na retirada da mídia dos atos sem ao menos verificá-los se desrespeitam algum direito alheio ou social.

Portanto, o que, diante dos estudos realizados, seria mais eficaz contra o poder midiático exercido pelos meios de comunicação? Uma solução pacífica e dotada de autonomia seria os destinatários, isto é, os internautas/cidadãos/espectadores socorrerem-se a outras fontes informativas com a finalidade de construir sua opinião com mais criticidade. Progressivamente, os programas seriam obrigados a desenvolver debates com bom senso. Por conseguinte, os tribunais atuariam de modo mais autônomo e sem a necessidade premente de satisfazer a opinião pública, fortemente influenciada pela mídia de massa. Ainda, os juízes “estrela” não seriam correspondidos pela opinião pública que já amadurecida não se satisfaria com decisões judiciais aquém de uma construção jurídica adequada, respeitando as partes no processo e garantindo o devido processo legal.

Contudo, insiste-se pela dificuldade em transformar as raízes da mídia e imprensa brasileira que há muito tempo já vem exercendo o genuíno controle de massas, a notícia propriamente dita já carrega cunho negativo, não há algo eficaz a ser produzido na mídia em voga, o próprio meio padece de utilidade social.

Essa orientação mostra-se surreal no cenário brasileiro de pouco acesso à educação, porém é o meio mais eficaz e pacífico de imprimir uma dialética menos populista e sensacionalista aos julgamentos nos tribunais. Uma alternativa viável é instigar conhecimento através do diálogo direto e imediato entre cidadãos de determinada comunidade, apenas no que tange a assuntos dotados de necessidade e relevância tornaria a discussão proveitosa e distante do modelo apresentado pela mídia de massa que utiliza a informação mediada de viés unilateral, com finalidade de criar uma realidade alternativa ao caos instalado alienando a realidade toda estrutura do Estado Democrático de Direito.

Referências Bibliográficas

DEBORD, Guy. A Sociedade do Espetáculo e outros textos. Livros da Revolta, sem data.

FOUCAULT, M. Microfísica do poder. 1. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FOUCAULT, M. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: NAU, 2005.

LIMA, R. B. D. Manual de processo penal. 5. ed. Salvador: JusPodivm, v. único, 2017.

MARTINO, L. M. S. Teoria da comunicação: ideias, conceitos e métodos. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

MCLUHAN, Marshall. Os Meios de Comunicação Como Extensões do Homem: Understanding Media. Cultrix, 1 ed. 1969

SANTOS, R. D. Mídia e processo penal. Arapongas: do Autor, 2016.

SOUZA, A. C. D. A decisão do juiz e influência da mídia: ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

THOMPSON, J. B. A mídia e a modernidade: uma teoria social da mídia. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

A IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL GENÉTICO DO ACUSADO DE FORMA OBRIGATÓRIA

THE IDENTIFICATION OF THE GENETIC PROFILE OF THE DEFENDANT IN A MANDATORY FORM

Bruna Diana Gazola¹
Marllon Beraldo²

Resumo:

O presente artigo tem por objetivo demonstrar que a colheita obrigatória do perfil genético do condenado por crimes dolosos, praticados com violência de natureza grave contra pessoa ou crimes hediondos não fere direitos fundamentais do acusado, como o princípio do *nemo tenetur se detegere*. Este novo instrumento será objeto de análise quanto a constitucionalidade pela Suprema Corte, após ter repercussão geral alcançada. A metodologia aplicada consiste na revisão bibliográfica de livros, artigos, periódicos e entrevistas acerca do assunto. Ressalta-se que esta nova modalidade de identificação criminal garantirá ao acusado os princípios da inocência, intimidade e dignidade da pessoa humana.

Palavras-Chave: DNA; Condenação; Grave; Prova; Constitucionalidade.

Abstract: The purpose of this article is to demonstrate that the mandatory harvesting of the genetic profile of the person convicted of intentional crimes, committed with serious violence against a person or Hediondos, does not harm the fundamental rights of the accused, such as the principle of *nemo tenetur se detegere*. This new instrument will be analyzed for constitutionality by the Supreme Court, after the general repercussion reached on the subject. The applied methodology consists of a bibliographic review of books, articles, periodicals and interviews about the theme. It is emphasized that this new form of criminal identification will guarantee the accused the principles of innocence, intimacy and dignity of the human person.

Keywords: DNA; Conviction; Serious; Test; Constitutionality.

1. Introdução

O presente artigo abordará as inovações advindas da Lei nº 12.654/2012, que alterou as Leis nº 12.037/2009 - Lei de Identificação Criminal e nº 7.210/1984 - Lei de Execução Penal, que introduziu a coleta do material biológico para obtenção do perfil genético, que consiste em uma nova modalidade de identificação criminal e fonte probatória, ajudando a elucidar crimes tanto na fase investigatória, quanto em crimes futuros.

Dentre as mudanças promovidas pela Lei nº 12.654/2012, observa-se a que ocorreu na fase investigatória, que acrescentou o parágrafo único ao artigo 5º da Lei nº 12.037/2009, no qual a identificação criminal juntamente com a datiloscópica e a fotográfica, poderá incluir a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético, quando esta for primordial às investigações policiais, mediante autorização judicial.

¹ Advogada; Campo Mourão, Paraná, Brasil; b.gazola@hotmail.com.

² Marllon Beraldo; Professor Universitário do Curso de Direito e Advogado Criminal; Maringá, Paraná, Brasil; marllonberaldo@hotmail.com.

A Lei nº 12.654/2012 também acrescentou o artigo 9º-A a Lei nº 7.210/1984, dispondo que os condenados por crime praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa ou crimes previstos no artigo 1º da Lei de Crimes Hediondos, serão submetidos, de forma obrigatória, à identificação do perfil genético.

No entanto, o disposto no artigo 9º-A da Lei de Execução Penal será objeto de análise quanto a sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, após a interposição do Recurso Extraordinário (RE) 973837 que teve repercussão geral reconhecida.

Diante do exposto, a problematização do presente artigo consiste em desconstruir a tese de que a obrigatoriedade da colheita do perfil genético do acusado é inconstitucional.

Assim, o objetivo geral do presente artigo é demonstrar que a colheita do perfil genético de forma compulsória não fere princípios e garantias constitucionais do acusado, como o princípio de não produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*).

A fim de alcançar o objetivo proposto, a metodologia utilizada consistirá na revisão bibliográfica de livros, artigos, periódicos e entrevistas acerca do tema objeto de análise.

A justificativa do presente artigo consiste em evidenciar que esta nova modalidade de identificação criminal não fere princípios e garantias constitucionais do acusado, mas pelo contrário, que o advento desta nova modalidade probatória garante tanto aos investigados quanto aos condenados princípios constitucionais como o da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal) e dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal).

Ademais, verifica-se que este novo instituto legal originou grande avanço a persecução penal, pois após o advento da Lei nº 12.654/2012 tem-se uma nova modalidade de identificação criminal e fonte probatória de extrema eficácia para a elucidação de crimes, trazendo mais segurança jurídica.

2. Identificação criminal

A identificação criminal, segundo o conceito de NUCCI (2014, p.78) consiste em:

46. Identificação criminal: é a colheita de dados físicos (impressão dactiloscópica, fotografia e material genético) para a perfeita individualização do indiciado. O art. 6.º, VIII, do CPP, refere-se apenas à identificação dactiloscópica (colheita das impressões digitais do indiciado), pois era o método disponível à época de edição do Código. Hoje, há outros mecanismos para isso. De toda forma, a Constituição Federal, no art. 5.º, LVIII, preceituou que “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei” [...].

A identificação criminal é indispensável para iniciar a investigação criminal, pois é através dela que será realizada a individualização do autor do delito, atendendo o princípio da

individualização da pena, previsto no artigo 5º, XLV da Constituição Federal, que prevê que nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

O artigo 5º, inciso LVIII da Constituição Federal dispõe que: “O civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.

As hipóteses que autorizam a identificação criminal, encontram-se dispostas no artigo 3º da Lei nº 12.037/2009, dentre elas a mais comum é a seguinte:

Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

[...]

IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

[...]

A identificação criminal abrange, portanto, o procedimento datiloscópico e o fotográfico, conforme redação constante no artigo 5º da Lei nº 12.037/2009.

LIMA (2012. p.152,153) dispôs acerca da importância da submissão do investigado a identificação fotográfica e datiloscópica:

A identificação criminal abrange, portanto, uma sessão fotográfica, assim como a coleta de impressões digitais do indivíduo. Diante da mutabilidade da fisionomia das pessoas e da impossibilidade da formação de um cadastro fotográfico, não sendo possível que a autoridade policial a utilize de maneira exclusiva, dispensando a identificação datiloscópica. Deve ser seguido o padrão fotográfico exigido para a cédula de identidade civil, ou seja, a foto de frente, tamanho três por quatro centímetros, prevista na Lei nº 7.116/1983.

Para que o Estado exerça sua função de punir, deverá contar com instrumentos eficazes de identificação criminal, como forma de garantir maior efetividade na elucidação de crimes, e consequente atribuição de autoria e materialidade.

A identificação criminal também pode ser definida como um instrumento de segurança jurídica tanto para o investigado, quanto para a sociedade, pois o Estado tem o dever de punir o indivíduo que comete crimes, entretanto, durante a persecução penal deve-se cumprir os princípios fundamentais do investigado.

No caso de haver recusa do investigado em submeter-se a identificação criminal, SAUTHIER (2015, pg.50,51) assim declarou:

Se a identificação criminal estiver dentro da previsão legal, e caso haja recusa por parte do identificado em comparecer na Delegacia de Polícia, a autoridade policial 147 poderá fazer a condução coercitiva para este fim 148. E se essa recusa tiver sido imotivada, ele poderá inclusive ser preso pelo delito de desobediência, previsto no art. 330, do Código Penal brasileiro. Como a pena máxima deste delito não é maior do que seis meses de detenção, aplicáveis, é claro, as disposições da Lei 9.099/95.

Contudo, com o decorrer do tempo e avanço da ciência, os instrumentos probatórios precisam ser inovados, buscando um aprimoramento na persecução penal e maior efetividade na elucidação de crimes.

3. Inovações na identificação criminal advindas da Lei nº 12.654/2012

3.1 Lei nº 12.037/2009 - Lei de Identificação Criminal

A Lei nº 12.654/2012 alterou a Lei nº 12.037/2009 - Lei de Identificação Criminal, trazendo inovações acerca da identificação criminal, acrescentando a hipótese da coleta de perfil genético do indivíduo como forma de identificação criminal.

Primeiramente, cumpre salientar que a Lei nº 12.654/2012 inseriu o parágrafo único ao artigo 5º da Lei nº 12.037/2009, que assim prescreve:

Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.

A hipótese que autoriza a identificação criminal através da coleta de material biológico para obtenção do perfil genético, encontra-se prevista no artigo 3º, inciso IV da Lei nº 12.037/2009 que assim dispõe:

Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

[...]

IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

[...]

Assim, quando tratar-se da hipótese de identificação criminal através do perfil genético do preso para fins de investigação criminal, a lei prevê como requisitos a necessidade da identificação genética para as investigações criminais bem como a autorização judicial.

Acerca das mudanças advindas da Lei nº 12.654/2012, SAUTHIER (2015, p.95) assim se pronunciou:

Com a Lei 12.654/2012, a tipagem genética a partir de amostras biológicas coletadas do imputado passou a ser usada para duas finalidades: Como um dos métodos de identificação criminal previstos em lei e como uma forma de alimentar o banco de perfis genéticos para fins criminais. Em ambos os casos, e a apesar de ter havido a alteração de um diploma legal específico, a tipagem está a serviço da identificação (id. imediata) e da investigação criminal (id. mediata) genética. Senão vejamos: A (i) primeira situação prevendo tipagem do perfil genético se dá antes da condenação, e tem como objetivos: Diretamente buscou-se a (a) identificação criminal imediata para persecução penal do crime que está sendo apurado no momento presente (fase pré-processual ou instrução criminal); e,

indiretamente, buscou-se (b) armazenar este perfil em um banco de referências, o que permitirá a identificação e a investigação criminal na persecução penal de outros crimes, pretéritos ou futuros.

A Lei nº 12.654/2012 também acrescentou o artigo 5º-A à Lei de Identificação Criminal, que dispõe que os dados pertinentes à coleta do perfil genético devem ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, o qual deverá ser gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

A fim de assegurar os princípios da intimidade e dignidade da pessoa humana, o legislador determinou no artigo 5º-A, § 1º da Lei nº 12.654/2012, que os dados genéticos constantes nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos (informações de saúde e características) ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero.

Neste íterim assim dispôs SAUTHIER (2015, p.63):

É importante lembrar que apesar do DNA conter milhares de informações sobre a pessoa, apenas 5% dele revelam dados codificantes, capazes de desvendar alguma característica do indivíduo. São os chamados genes. Esta parte do DNA não é inserida no banco de dados para fins criminais. O que é inserido são apenas os perfis genéticos, que, conforme Albuquerque são “uma combinação de sequências de DNA não codificantes que permitem a identificação inequívoca do indivíduo”. Hoje, as regiões não codificantes mais usadas são os microssatélites, cuja única utilização é identificar a pessoa, sem expor quaisquer informações somáticas ou comportamentais. O perfil genético, portanto, não contém dados que possam levar a questionamentos éticos, como propensão a doenças, origem étnica, cor da pele, preferência sexual, deficiências físicas ou mentais, etc.

As informações registradas nos bancos de dados de perfis genéticos são sigilosas, respondendo civil, penal e administrativamente quem autorizar ou promover sua utilização para meios diferentes do previsto na lei ou na decisão judicial, conforme disposto no artigo 5º-A, § 2º da Lei nº 12.654/2012.

Acerca do sigilo das informações constantes no banco de dados, se pronunciou LIMA (2015, p.130, 131):

Com o objetivo de se evitar que as informações genéticas constantes desse banco de dados sejam utilizadas para fins alheios à identificação criminal, o art. 5º-A, § 2º, da Lei nº 12.037/09, dispõe que os dados aí armazenados terão caráter sigiloso, sendo possível a responsabilização civil, penal e administrativa daquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos do previsto na referida Lei ou em decisão judicial. Especificamente quanto à responsabilidade criminal, a conduta do funcionário de unidade oficial de perícia criminal que violar o sigilo inerente ao banco de dados de perfis genéticos tipifica o crime de violação de sigilo funcional, previsto no art. 325, § 1º, I, do Código Penal (“Nas mesmas penas deste artigo incorre quem permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública”).

Em relação a exclusão dos perfis genéticos do banco de dados, a Lei nº 12.654/2012 previa que iria ocorrer no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.

Posteriormente, a Lei nº 13.964/2019 - Lei Pacote Anticrime promoveu alterações na Lei nº 12.037/19, passando a dispor que a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados

ocorrerá nas seguintes hipóteses: a) no caso de absolvição do acusado; b) no caso de condenação do acusado, mediante requerimento, após o decurso de 20 (vinte) anos do cumprimento da pena.

3.2 Lei nº 7.210/1984 – Lei de Execução Penal

A Lei nº 12.654/2012 também acrescentou o artigo 9º-A *caput*, e parágrafos primeiro e segundo à Lei nº 7.210/1984 – Lei de Execução Penal, que prevê que os condenados por crime praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa, ou pelos crimes previstos no artigo 1º da Lei de Crimes Hediondos, serão submetidos, obrigatoriamente à identificação do perfil genético.

A identificação do perfil genético ocorrerá através de técnica adequada e indolor, consistente no *swab* bucal, na qual será realizada uma raspagem na mucosa bucal com o *swab* (cotonete), a fim de ser coletado material genético para posterior extração do DNA (ácido desoxirribonucleico).

A definição de DNA segundo SOBRINHO (2013, p.36) consiste em:

O DNA é uma macromolécula encontrada em células nucleadas, sendo possível estudá-lo mediante a análise das amostras de substâncias orgânica que contenha material genético. No homem, este material pode ser extraído de várias substâncias, tais como sangue, sêmen, músculo, osso, dente (polpa dentária) e pelo (raiz).

O perfil genético segundo conceito do Perito Criminal Federal do Instituto de Criminalística JACQUES (2013, p.26), consiste em:

Perfil genético é o conjunto de características, reveladas por meio do exame de DNA, que servem para se individualizar uma pessoa. Essa ‘impressão digital genética’ é obtida de forma a não permitir qualquer inferência sobre as características físicas, comportamentais ou de saúde das pessoas. O perfil genético é expresso por meio de números. Um exemplo de perfil genético seria: 15/16 9.3 28/32.2 15/21 10/12 11/12 8/12 12/13 10/13 14/18 13 8/11 23/26.

Diferentemente da hipótese prevista no artigo 5º, parágrafo único da Lei nº 12.037/2009 que prevê a colheita do perfil genético como forma de auxiliar as investigações policiais na fase de inquérito policial, esta nova modalidade possui a finalidade de ser utilizada como meio de fonte probatória na persecução penal.

O indivíduo que cometer crimes graves contra a pessoa ou crimes hediondos, terá seu perfil genético colhido de forma compulsória, ou seja, este procedimento será realizado independentemente da anuência do condenado, e posteriormente será armazenado em um banco de dados de perfis genéticos de caráter sigiloso.

Assim, para que as autoridades policiais possam ter acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético, deve haver inquérito policial instaurado, além de fazer um requerimento ao juiz competente, conforme leciona o parágrafo 2º do artigo 9º-A da Lei nº 7.210/1984.

A Lei nº 13.964/2019 - Lei Pacote Anticrime também promoveu alterações na Lei nº 7.210/1984 - Lei de Execução Penal, e dentre essas inovações legislativas, as principais são a prevista no artigo 9º-A, § 3º da Lei nº 7.210/1984 que prevê que deve ser disponibilizado ao titular de dados genéticos o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa.

Outra importante inovação legislativa advinda da Lei do Pacote Anticrime é a que prevê que constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético (Art. 9ºA, § 8º da Lei nº 7.210/1984).

Ocorre que, este novo instrumento probatório previsto no artigo 9º-A da Lei nº 7.210/1984, será objeto de análise quanto a sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, após a interposição do Recurso Extraordinário (RE) 973837 que teve repercussão geral reconhecida, na qual o acusado declarou que referido dispositivo viola os princípios da não autoincriminação (artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal) e o da legalidade (artigo 5º, II, da Constituição Federal).

No entanto, busca-se demonstrar que essa nova modalidade probatória não fere direitos fundamentais do acusado, como o princípio de *nemo tenetur de detegere*, conforme será analisado pela Suprema Corte, mas pelo contrário, que esse instrumento acautela direitos inerentes ao investigado, como o princípio da intimidade, dignidade humana e inocência.

4. Análise acerca da constitucionalidade da colheita do perfil genético do acusado de forma obrigatória

O princípio do *nemo tenetur se detegere* será objeto de análise pela Suprema Corte, após a interposição de Recurso Extraordinário que teve repercussão geral conhecida, na qual o condenado alegou que a obrigatoriedade da colheita do perfil do genético aos condenados por crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa, ou por crimes hediondos, é inconstitucional.

Neste íterim, o princípio do *nemo tenetur se detegere*, também conhecido como o princípio de não produzir provas contra si mesmo encontra-se previsto no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal que dispõe que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Acerca desse princípio, GRECO FILHO (2012, p.99) assim se pronunciou:

Outro princípio constitucional de fundamental importância no processo penal é o que a doutrina denomina “direito de não se autoacusar”, o “direito ao silêncio”, ou, em latim, *nemo tenetur se detegere*, também formulado como *nemo tenetur seipsum accusare*[34] (art. 5º, LXIII). Entende-se o princípio como decorrência ou complemento da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII) e tem diversos desdobramentos processuais, entre os quais o de que o ônus da prova dos elementos do crime é da acusação, o de que o silêncio não pode ser entendido como confissão ficta, o de que ninguém pode ser compelido a participar de reconstituição de fato delituoso ou de que lhe seja exigido qualquer comportamento que possa, por exemplo, levar à produção de prova negativa, como submeter-se ao exame de alcoolemia ou colheita de sangue ou outro tecido para qualquer perícia com a qual não concorde, inclusive o DNA. O princípio consta também da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto n. 678/1992), incorporada ao sistema constitucional brasileiro.

O princípio da não autoincriminação abrange duas garantias constitucionais, consistentes no direito ao silêncio e no direito de não produzir provas contra si mesmo.

O direito ao silêncio é admissível tanto na fase investigatória quanto na fase processual, sendo que as autoridades policiais e judiciárias (Juizes e Promotores de Justiça) devem informar o sujeito previamente ao interrogatório acerca dessa garantia, sendo que o uso dessa prerrogativa constitucional não poderá ser interpretado contra o investigado ou acusado.

Este princípio também leciona que o investigado não pode ser compelido a produzir ou participar da produção de provas que venham a lhe desfavorecer, ou seja, não está obrigado a produzir provas contra si mesmo.

No intuito de respaldar a futura decisão da Suprema Corte acerca da constitucionalidade do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal, o ministro Gilmar Mendes determinou a realização de audiência pública que ocorreu no dia 25 de maio de 2017, ocasião em que foram ouvidos os maiores especialistas do país e do mundo acerca de genética forense.

João Costa Ribeiro Neto (Academia Brasileira de Ciências Forenses – ABCF) participou da audiência pública e sustentou que a Lei nº 12.654/2012 não viola o princípio de não produzir prova contra si mesmo. Neste íterim, segue o entendimento de NETO (2017, p.55):

Em primeiro lugar, pode-se indagar: a Lei viola o direito de não produzir prova contra si mesmo? A mim me parece óbvio que não. Conforme o STF, o direito de não produzir prova contra si mesmo veda apenas duas coisas: em primeiro lugar, que o acusado seja obrigado a colaborar por meio de comportamentos ativos à produção de provas; e, em segundo lugar, meios de extração de provas invasivos. Não se pode exigir, por exemplo, que o réu participe da reconstituição do crime, porque isso exigiria uma colaboração ativa do acusado contra seus próprios interesses. Também não se pode extrair sangue do acusado coercitivamente, já que a extração é considerada invasiva e diz respeito diretamente à integridade corporal do acusado.

MASSON e MARÇAL (2017) compactuaram com o posicionamento de Sérgio Moro sobre a possibilidade da realização compulsória do exame de DNA:

Deve ser afastado como óbice a velha máxima latina de que ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. Como foi demonstrado, não existe base normativa para um direito genérico da espécie, resguardando a Constituição e a lei apenas o direito ao silêncio. Não há [...] argumentos jurídicos, históricos, morais e mesmo de direito comparado que autorizem a ampliação do direito ao

silêncio para um direito genérico de não produzir prova contra si mesmo. A invocação de pretensão de direito da espécie pela doutrina e jurisprudência brasileiras é mais fruto de um slogan do que de uma robusta argumentação jurídica. Portanto, há a possibilidade legal e constitucional, com limites no princípio da proporcionalidade, como os sugeridos, de colheita compulsória de material biológico do acusado e do investigado para exames genéticos em casos criminais.

A técnica utilizada para colheita do material genético consistente no *swab* bucal não é invasiva, pois não exige uma conduta ativa do indivíduo para ser efetivada, mas apenas sua colaboração com a justiça.

Neste sentido, se posicionou NETO (2017, p.56):

Mas a extração de DNA pelo chamado *swab* bucal não é nem invasiva, nem demanda comportamento ativo por parte do acusado. Logo, não fere o direito à não autoincriminação. Da mesma forma que se pode obrigar um acusado a participar de um reconhecimento de pessoas, pode-se também obrigar o acusado a permitir que um cotonete seja levemente passado no céu da sua boca. É só isto que o *swab* bucal envolve: passar um cotonete no céu da boca de uma pessoa. Diferentemente da extração de sangue, o cotonete não penetra no corpo do acusado. A colheita de provas é totalmente superficial. Com efeito, não se trata de meio invasivo.

Sobre outra análise, também não há que se falar em violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere* na colheita compulsória do material genético do acusado, posto que a extração ocorrerá após o trânsito em julgado de sentença condenatória, ou seja, já estará precluso a possibilidade de recorrer da decisão condenatória.

Ressalta-se ainda que, assim como previsão legal da obrigatoriedade da colheita do perfil genético, a lei também prevê a condução coercitiva do acusado que não atender a intimação para o interrogatório, reconhecimento pessoal, ou qualquer outro ato que sem o acusado não possa ser realizado, conforme disposto no artigo 260 do Código de Processo Penal.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal ao julgar as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) nº 395 e 444, declarou inconstitucional a condução coercitiva para o interrogatório do acusado, ressaltando violação à liberdade de ir e vir e ao princípio da não autoincriminação, não estando incluída nesta decisão a condução coercitiva para o reconhecimento pessoal do condenado.

Deste modo, considerando que a condução coercitiva do acusado para reconhecimento pessoal é considerada lícita pelo ordenamento jurídico, pode-se estender essa legalidade a obrigatoriedade da colheita do perfil genético, que assim como no reconhecimento exige apenas a colaboração e não conduta ativa, não acarretando violação ao princípio da não autoincriminação.

A Lei nº 12.654/2012 também assegurou princípios fundamentais do investigado como o da intimidade e dignidade da pessoa humana, pois determinou o sigilo das informações constantes no banco de dados, além de determinar que os dados genéticos constantes nos bancos

de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais do indivíduo.

Após a extração do material genético do acusado será incluído no banco de dados, na qual ficará armazenado como forma de instruir futuras investigações, o que não implica automaticamente em condenação ao acusado.

Se posteriormente ocorrer um *match*, que consiste na correspondência entre o material do acusado constante no banco de dados com o material genético encontrado no local do crime ou da vítima, o acusado não será declarado condenado apenas com base na prova genética.

Será feita uma análise dessa prova com todas as demais constantes na investigação, sendo que o investigado terá direito a acompanhar todo esse procedimento, ou seja, a Lei do Pacote Anticrime incluiu o artigo 9º-A, § 3º a Lei nº 7.210/1984, passando a prever que o investigado terá direito ao contraditório e ampla defesa mesmo na fase investigatória.

Esta nova modalidade também poderá acautelar o princípio da inocência, pois após a realização da comparação entre o resultado da tipagem genética do indivíduo com as demais provas constantes na investigação, se o resultado for negativo, o indivíduo será absolvido.

Neste sentido, João Costa Ribeiro Neto mencionou na audiência pública dois casos reais do perito criminal de Polícia Civil do Distrito Federal, Samuel Ferreira, de solução de autoria a partir do banco de dados genéticos (NETO, 2017. p.65):

No dia 1º de janeiro de 2007, uma mulher de vinte e quatro anos, com uma filha de apenas sete meses, foi estuprada e roubada. A mulher estava sozinha em um ponto de ônibus quando foi abordada por um desconhecido que utilizava uma faca. Não havia testemunhas. Ainda naquele ano, a delegacia de polícia responsável pelo caso indicou dois suspeitos do crime, ambos foram inocentados após exames de DNA. Durante oito anos, não houve mais suspeitos para o caso. Em 2015, nove anos depois, portanto, foram coletadas amostras genéticas de setenta condenados que cumpriam pena, em regime semiaberto no Centro de Progressão Penitenciária, aqui no DF. A partir da inserção das informações coletadas dos condenados no Banco Nacional, houve um *match*, uma coincidência entre o perfil genético masculino e a amostra coletada na vítima em 2007. Identificou-se, então, o autor dos crimes de estupro e roubo, depois de nove anos, graças ao Banco Nacional de Perfis Genéticos. Descobriu-se também que o condenado havia aproveitado a saída temporária de Natal e Ano Novo de 2006/2007 para cometer os crimes.

Também apresentou o segundo caso que foi solucionado devido ao uso do banco de dados, (NETO, 2017. pgs.66,67):

[...] Entre setembro e outubro de 2014, em um intervalo de dezenove dias apenas, foram praticados três estupros em Brasília. Todos ocorreram entre seis e meia e sete e meia da manhã. Nos três casos, o estuprador abordava as vítimas de carro e usava uma faca. Ainda em 2004, as três delegacias que investigaram esses três diferentes estupros enviaram as respectivas amostras genéticas colhidas nas vítimas para a perícia. Com base nas amostras, dois suspeitos deixaram de ser injustamente acusados e foram liberados ainda naquele ano. A perícia detectou que as três amostras coincidiam entre si, o que demonstrava que os três crimes foram praticados por um estuprador em série. Em 2015, mais um suspeito foi inocentado e havia sido injustamente acusado, e, graças ao DNA, foi liberado. Finalmente, em 2016, a Polícia Civil de Minas Gerais incluiu, no Banco Nacional, o perfil de um

investigado que fora preso em flagrante em julho de 2015. Percebeu-se, então, que o estuprodo preso em Minas Gerais era também autor dos três estupros praticados em Brasília. Esse fato foi ainda corroborado pelos modus operandi e pelas características do acusado. São três estupros que só foram solucionados, porque, no caso concreto, o juiz de direito de Belo Horizonte entendeu, em decisão circunstanciada e fundamentada à luz do caso concreto, que o perfil genético desse investigado deveria ser recolhido. Em março de 2017, ele foi, inclusive, transferido para Brasília. O sucesso trazido pelo DNA, que só não é maior, porque ainda há muita resistência à aplicação da Lei, não se limita ao DF.

Neste sentido se pronunciou SAUTHIER (2015. pgs.104,105):

Porém, não podemos ter uma percepção fatiada do sistema de justiça criminal. É necessária uma visão ampla. Também estão em jogo outros direitos. Albuquerque mostra que no Estado do Rio Grande do Sul, nos dois primeiros meses de funcionamento, o banco de dado serviu para inocular um indivíduo condenado. Vestígios coletados de três vítimas de estupro cometido em Lajeado apresentaram a mesma origem genética, apontando para um único agressor. Num dos casos, havia um agressor apontado. Em outro, não havia autoria conhecida. E no terceiro, havia um segundo indivíduo condenado. Assim, como se vê, a genética forense além de propiciar a identificação de criminosos, também auxilia na exclusão de suspeitos inocentes, garantindo assim o (viii) “**direito a inocência**”, decorrência da própria presunção de inocência. Conforme Jacques, “Num Estado Democrático de Direito, poucas situações podem causar mais repulsa que a condenação de um inocente.

Hoje no Brasil ocorrem muitos erros judiciais quanto à atribuição da autoria do delito, além da morosidade da justiça em solucionar os crimes. Isso ocorre em decorrência de inúmeros fatores, tais como falta de estrutura judiciária, excesso de demanda, dentre vários outros problemas.

Guilherme Jacques é perito criminal federal e também se apresentou na audiência pública, e defendeu o uso da lei de identificação genética, salientando que no Brasil há muitos erros de identificação por meio de reconhecimento pessoal, o que leva a condenações de inocentes, JACQUES (2017, p.85):

Mas, por fim, eu gostaria de salientar o seguinte: não basta olhar, nesta questão, apenas o direito à dignidade, privacidade e intimidade. É necessário também levar-se em consideração o direito à vida, o direito à segurança e à proteção de inocentes. Não existe pior atentado que um Estado que se diga democrático e de Direito possa cometer do que a condenação equivocada de pessoas que são inocentes. Isso, sim, é um problema sério! E se nós retrocedermos nesse sentido, o que tem gente que não está vendo é que, no momento em que você desvaloriza a prova pericial, desvaloriza a prova científica, o que você vai estar valorizando? As confissões, que nós sabemos que são irmãs de condutas do tipo tortura - tortura física, tortura psicológica -, ou então favorecendo o reconhecimento, que nós sabemos que é a principal forma de condenações equivocadas. Nós vamos continuar trabalhando com retratos falados e duas pessoas sendo condenadas baseadas no mesmo retrato falado, ou nós vamos avançar nesse sentido? E é preciso que se diga também que, embora estejamos falando de casos concretos para ilustrar nesta Corte, isso já foi estudado, essa utilização de banco de dados de DNA é uma tecnologia extremamente eficiente para o combate à criminalidade.

O primeiro país a implementar o banco de dados de perfis genéticos foi a Inglaterra, conforme leciona SAUTHIER (2013, p. 62)

A base de dados britânica, por ter sido a primeira (criada em 1995), encontra-se em um estágio mais desenvolvido. Os resultados exibem a sua eficiência: Informações publicadas em 2006 mostram que, a partir da sua adoção, a taxa de resolução de delitos passou de 26% para 40% quando vestígios encontrados em cenas de crime são inseridos no banco de dados.

Posteriormente, diversos países em todo o mundo implementaram o banco de dados como forma de solucionar crimes, e como já utilizam esta ferramenta há anos, o sistema está avançado, pois possuem um grande número de armazenamento de perfis genéticos no banco de dados.

Os principais bancos de perfis genéticos segundo SAUTHIER são (2013, p.63):

Atualmente, os principais bancos de perfis genéticos para fins criminais no mundo são o CODIS (Estados Unidos da América), o NDNAD (National DNA Databank, Inglaterra), o EMBL – Bank (European Molecular Biology Laboratory – Bank) e o Interpol DNA Database.

Muitas vezes, nestes países avançados na técnica, passam-se anos após a ocorrência de um crime, mas através de confronto de dados de condenados com materiais deixados na cena do crime, encontram o autor do delito.

Por sua vez, no Brasil foi implementado o Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) através do Decreto nº 7.950 de 12 de março de 2013, que assim dispõe:

Art. 1º Ficam instituídos, no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos.

§ 1º O Banco Nacional de Perfis Genéticos tem como objetivo armazenar dados de perfis genéticos coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes.

§ 2º A Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos tem como objetivo permitir o compartilhamento e a comparação de perfis genéticos constantes dos bancos de perfis genéticos da União, dos Estados e do Distrito Federal. [...]

Desde então, segundo dados constantes no XIII Relatório da Rede Integrada de bancos de perfis genéticos – RIBPG, tem-se:

Até 28 de novembro de 2020, 20 laboratórios estaduais, 1 laboratório distrital e 1 laboratório da Polícia Federal compartilhavam perfis genéticos no âmbito da RIBPG [...].

Segundo dados consoantes neste relatório, faltam apenas os estados do Acre, Piauí, Sergipe, Rio Grande do Norte, Roraima e Tocantins a participarem do compartilhamento com o RIBPG.

Ainda, conforme dados extraídos do XIII Relatório da Rede Integrada de bancos de perfis genéticos – RIBPG, a evolução do número de perfis genéticos totais no BNPG passou de 2.584 (novembro de 2014) para 91.902 (novembro de 2020).

Em relação a efetividade do Banco de dados de perfis genéticos, consta no XIII Relatório da Rede Integrada de bancos de perfis genéticos – RIBPG:

A RIBPG aplica alguns indicadores para melhor compreensão do impacto dos resultados obtidos com o uso de bancos de perfis genéticos. Para tanto, mensura-se o número de coincidências confirmadas e o número de investigações auxiliadas. O conceito de investigação auxiliada é definido como um procedimento de investigação criminal no qual o banco de perfis genéticos adiciona valor ao processo investigativo. Já as coincidências confirmadas são aquelas observadas entre vestígios ou entre vestígio e indivíduo cadastrado criminalmente.

Até o dia 28 de novembro de 2020, a RIBPG apresentou ao poder público 2662 coincidências confirmadas, sendo 2088 entre vestígios e 574 entre vestígio e indivíduo cadastrado criminalmente, e auxiliou 1977 investigações [...].

A expectativa que a Lei de Identificação Criminal representa é a de aumento em números de soluções de crimes, pois quanto maior os números constantes nos bancos de dados de materiais genéticos encontrados no local do crime, bem como de perfil genético dos condenados, maior a probabilidade de ocorrer um *match* (*corresponder*), que é quando há o cruzamento dos dados e coincide o material genético com o perfil genético do suspeito.

5. Conclusão

A implementação do banco de dados de perfis genéticos no Brasil representa um grande avanço no que tange à persecução penal, consistindo em um instrumento científico de alta tecnologia, hábil para a elucidação de crimes, bem como para auxiliar na prevenção de delitos.

O julgamento pelo Supremo Tribunal Federal quanto a constitucionalidade da colheita compulsória do perfil genético ainda não foi realizado, contudo, espera-se que a Suprema Corte decida pela sua constitucionalidade, uma vez que não fere direitos e garantias fundamentais, como o princípio do *nemo tenetur se detegere*, mas pelo contrário, protege direitos inerentes ao indivíduo como o direito à vida, segurança e o princípio da inocência.

Não há que se falar em violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere* na extração compulsória do material genético do acusado, primeiramente porque nesta hipótese ele já foi condenado com sentença transitada em julgado, tendo sido devidamente observado o princípio do contraditório e ampla defesa.

Em segunda análise, a Lei nº 12.654/2012 estabeleceu uma técnica para a extração do material genético consistente no *swab* bucal, que não é invasiva, ou seja, não exige uma conduta ativa do condenado, mas apenas uma colaboração, assim como é feito em outras modalidades probatórias aceitas como constitucional, como a condução coercitiva do investigado para reconhecimento pessoal.

Como última análise, verifica-se que este novo instrumento não fere o princípio de não produzir provas contra si mesmo, pois este material genético apenas servirá como prova para ajudar na identificação da autoria em crimes futuros, não implicando em uma condenação automática do indivíduo caso ocorra um *match*.

Neste caso, se ocorrer um *match*, essa prova será analisada juntamente com as demais provas constantes na investigação probatória, de modo a elucidar a autoria do delito.

Ressalta-se ainda que, o acusado terá direito a acessar seus dados genéticos, além de todos os documentos constantes na cadeia de custódia que gerou esse elemento, garantindo-se

portanto o princípio do contraditório e ampla defesa durante a investigação criminal, que consiste em uma exceção no processo penal.

Dentre os benefícios advindos desse novo instrumento, tem-se que a precisão da prova obtida com base no DNA garante ao indivíduo que a autoria do delito será atribuída de forma precisa, garantindo o princípio da inocência.

O Estado por diversas vezes já condenou inocentes, como foi demonstrado alguns casos reais em que o perfil genético atribuiu a autoria correta ao delito e liberou condenados injustamente.

O tempo que uma pessoa passa presa injustamente, fere o princípio da inocência e liberdade, que são direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, na qual apenas uma indenização pecuniária pelo Estado não restituirá os danos causados ao indivíduo que cumpriu pena por um crime que não cometeu.

O Estado possui o dever de punir quem infringe as leis, todavia, deve contar com instrumentos eficazes para auxiliar a investigação criminal, e não se respaldar apenas em provas falhas como o reconhecimento pessoal ou o reconhecimento através de fotografia, que acabam gerando várias condenações errôneas.

Assim, para que haja um equilíbrio entre a obrigação de punir do Estado frente aos direitos e garantias fundamentais do acusado, é plausível aplicar o princípio da proporcionalidade, na qual o Estado deverá cumprir a rigor todos os aspectos constantes na lei, desde a produção dessa prova (cadeia de custódia) até a utilização como fonte probatória.

Para que isso ocorra, são necessários investimentos financeiros, técnicos, e inspeções frequentes por parte do Estado, tanto para assegurar que o procedimento esteja sendo realizado da forma correta, quanto para garantir que os direitos fundamentais inerentes ao investigado sejam cumpridos.

A Lei nº 12.654/2012 foi cautelosa ao implementar a identificação criminal do perfil genético no país, pois determinou que os dados constantes no banco de dados não podem conter traços somáticos ou comportamentais do acusado, além de determinar o sigilo das informações constante no banco de dados, resguardo os princípios da intimidade e privacidade.

Por fim, é indispensável que exista verificações da lei na prática, de forma a garantir que esteja sendo cumprida a lei de identificação criminal em todas suas esferas, e que caso haja o descumprimento a alguma norma, como por exemplo ao sigilo, que sejam implementadas novas tecnologias de sigilos, ou outros meios eficazes para garantir o acesso às informações constantes no banco de dados apenas à quem a lei autoriza.

Deste modo, a Lei nº 12.654/2012 e as inovações que ela acarretou ao processo penal podem ser consideradas como uma das fontes mais eficazes na atualidade para se elucidar crimes que antes não eram solucionados, acarretando perspectiva de um sistema de justiça efetivo.

6. Referências bibliográficas

Audiência Pública. Supremo Tribunal Federal. **Armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos**. Recurso Extraordinário 973.837. Ministro-Relator Gilmar Mendes. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Transcricoes_Armazenamento_de_Perfis_Geneticos.pdf>. Acesso em fevereiro de 2021.

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

BRASIL. **Lei nº 7.210/1984**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em fevereiro de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 7.950/2013**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7950.htm>. Acesso em fevereiro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.037/2009**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm>. Acesso em fevereiro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.654/2012**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20112014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em fevereiro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964/19**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em fevereiro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 973837/MG**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Repercussão Geral. Tribunal Pleno. Brasília, 23 de junho de 2016. Disponível em:<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991018%20>>. Acesso em fevereiro de 2021.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JACQUES, Guilherme. **Banco de perfis genéticos: a ciência em prol da justiça**. Revista Jurídica Consulex. Ano XVII, nº 389, 1 abril de 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2.ed. Niterói: Impetus, 2012.

MACORIN, Priscila Santos Campêlo. **A Utilização do Banco de Dados de Perfis Genéticos na Persecução Criminal: uma abordagem sobre os direitos de personalidade e o princípio da não autoincriminação**. Revista Brasileira de Ciências Policiais. Brasília, v. 9, n. 1, p. 91-108, jan/jun 2018. Disponível em:

<<https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/517/341>>. Acesso em fevereiro de 2021.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **A Identificação Compulsória pelo Perfil Genético e a Hipérbole do Direito ao Silêncio.** Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/06/01/identificacao-compulsoria-pelo-perfil-genetico-ehiperbole-do-direito-ao-silencio/>>. Acesso em fevereiro de 2021.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **XIII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG):** Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/relatorio/xiii-relatorio-da-rede-integrada-de-bancos-de-perfis-geneticos-novembro2020.pdf/view>> Acesso em março de 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado.** 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Notícia STF. **Plenário declara a impossibilidade da condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=381510>>. Acesso em fevereiro de 2021.

SAUTHIER, Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12.** Curitiba: CRV, 2015.

SOBRINHO, Mário Sérgio. **A identificação criminal.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

A INEFICÁCIA DA LEI MARIA DA PENHA

THE INEFFICIENCY OF THE MARIA DA PENHA LAW

Alessandra Souza Vicente¹

Resumo: O presente trabalho trata sobre a Lei nº 11.340/2006, comumente conhecida por Lei Maria da Penha, que visa proteger a mulher da violência doméstica e familiar, e que tem como objetivo, em um sentido amplo, coibir e prevenir a violência de gênero no âmbito doméstico e familiar, posto que a violência doméstica se tornou um problema social que vem causando danos irreparáveis em mulheres. De início, esse trabalho tratará da violência doméstica no Brasil, relatando os tipos de violência doméstica descrita na lei e em seguida, se realizará uma análise acerca da ineficácia das medidas protetivas de urgência.

Palavras-Chave: Legislação; Medidas Protetivas; Mulher; Violência.

Abstract: The present work deals with the Law nº 11.340/2006, known as Lei Maria da Penha, is a that aims to protect women from domestic and family violence. The law gained this name due to the fight of the pharmacist from the State of Ceará Maria da Penha to see condemned her aggressor. It aims, in a broad sense, to demonstrate that domestic violence against women occurs daily, confronting human rights and becoming a social problem that need to be remedied, because it causes irreparable damage due to the different forms of violence in women. Initially, domestic violence in Brazil, reporting the types of domestic violence described in the law, will then be analyzed on the ineffectiveness of emergency protective measures.

Keywords: Legislation; Protective; Measures; Woman; Violence.

Sumário: 1. Introdução; 2. Lei Maria da Penha; 2.1 A Violência Doméstica; 2.2 Perfis dos Agressores; 2.3 Tipos de Violência; 3. A Ineficácia das Medidas Protetivas; 4. Delegacia de Defesa da Mulher; 5. Da Assistência à Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar; 5.1 Do Atendimento pela Autoridade Policial; 6. Das Medidas Protetivas de Urgência; 6.1 Das Medidas que obrigam o Agressor; 6.2 Das Medidas Protetivas de Urgência à Ofendida; 7. Da Assistência Judiciária; 8. Das Mudanças com a Lei Maria da Penha; 9. Conclusão; 10. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Maria da Penha é uma biofarmacêutica cearense que foi casada com o professor universitário Marco Antonio Herredia Viveros. Em 1983, ela sofreu a primeira tentativa de assassinato, levou um tiro nas costas, enquanto dormia, esse tiro a deixou paraplégica. A segunda tentativa de homicídio aconteceu meses depois, quando seu marido a empurrou da cadeira de rodas e tentou eletrocutá-la no chuveiro. Apesar de a investigação, sobre essas violências, terem começado em junho do mesmo ano, a denúncia só foi apresentada ao Ministério Público Estadual, em setembro do ano seguinte, e o primeiro julgamento só aconteceu oito anos após os crimes. Em 1991, os advogados de Marco Antonio conseguiram

¹ Acadêmica de Direito do Centro Universitário de Maringá. e-mail: alessandravicente20@outlook.com.

anular o julgamento. Já em 1996, o réu foi julgado culpado e condenado a dez anos de reclusão, mas conseguiu recorrer.

Mesmo após 15 anos de luta e pressões internacionais, a Justiça Brasileira ainda não havia dado nem uma decisão ao caso, nem uma justificativa para a demora, com a ajuda de várias ONG's, Maria da Penha conseguiu enviar o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA), que pela primeira vez, acatou uma denúncia de violência doméstica. Marco Antonio só foi preso em 2002, condenado a cumprir apenas dois anos de prisão (FERNANDES, 2015, pág. 108).

O Brasil foi condenado internacionalmente em 2001, e a OEA impôs o pagamento de uma indenização no valor de 20 mil dólares em favor de Maria da Penha, responsabilizando o Estado Brasileiro por negligência e omissão, em relação à violência doméstica, recomendando a adoção de várias medidas de segurança, além de, simplificarem os processos judiciais penais, para que possa ser reduzido o seu tempo processual.

E por fim, a ementa contida na Lei Maria da Penha à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

O Projeto da Lei Maria da Penha, foi aprovado em 2002, por um consórcio de 15 ONG's que combatem a violência doméstica sofrida pelas mulheres, criado pelo decreto nº 5.030/2004, sob a coordenação da Secretaria Especial de Políticas para as mulheres elaborou um projeto que, em novembro de 2004, foi enviado para o Congresso Nacional. A Lei nº 11.340/2006, sancionada pelo Presidente da República, em 7 de agosto de 2006, está em vigor desde 22 de setembro de 2006, quando o Presidente Lula assinou a Lei Maria da Penha e relatou, "Esta mulher renasceu das cinzas para se transformar em um símbolo da luta contra a violência doméstica no nosso país" (FERNANDES, 2015, pág.14).

Em face da inércia da Justiça, Maria da Penha escreveu um livro, uniu-se ao movimento de mulheres, não perdeu nenhuma oportunidade de manifestar sua indignação, mesmo com as marcas das agressões físicas e psicológicas, nada a impediu de canalizar a dor e o sofrimento em favor da luta contra a violência.

Conhecer a existência da Lei Maria da Penha e dos benefícios de proteção não são motivos suficientes para que as vítimas procurem o Estado, é por isso, que os casos de violência doméstica vêm aumentando diariamente, mesmo com o advento da lei e de sua política de proteção, em favor da vítima, a mulher agredida, por diversas razões, não quer se afastar do marido, ou muitas vezes não busca por medidas eficazes que possam impedir a ação do agressor. Esta lei trouxe transformações para o Código Penal, incrementou as penas referentes ao crime

de violência doméstica e estabeleceu garantias de assistência e de proteção à pessoa da mulher ofendida.

A finalidade da Lei é proporcionar instrumentos para coibir, prevenir e erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher, assim como a violência de gênero ou de relação íntima de afeto, de forma a garantir sua integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial.

A análise da lei, que aqui será realizada, por meio de análise documental e bibliográfica de livros, revistas jurídicas, artigos, sites, jurisprudências, dentre outras fontes de pesquisa ligada ao tema, apresentará o seu surgimento, os benefícios, as medidas protetivas de urgência, em favor da vítima, a eficácia e ineficácia dessas medidas de proteção, que o Judiciário coloca como forma de tentar solucionar este problema vivido em nossa sociedade. Ainda se analisará dados estatísticos fornecidos por sites governamentais.

2. A Lei Maria da Penha

A Lei nº 11.340/2006, de 07 de agosto de 2006, denominada de Lei Maria da Penha como homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes, que sofreu agressões, por seis anos, do seu marido ciumento, após dezenove anos sem ser julgado, Maria da Penha conseguiu que seu marido fosse julgado e preso. Porém, ela só conseguiu isso após a ajuda do Comitê Latino Americano de Defesa dos Direitos da Mulher e do Centro pela Justiça do Direito Internacional, eles interpretaram a denúncia frente à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, órgão responsável pelo arquivamento das denúncias decorrentes de violação dos acordos internacionais.

Esta vitória só foi possível graças a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, assinada pelo Brasil em 31 de março de 1981, e aprovado pelo Congresso Nacional Brasileiro em 14 de novembro de 1983, pelo Decreto Legislativo nº 93/83, revogado pelo Decreto Legislativo nº 26, de 22 de junho de 1994, passando a referida Convenção a vigorar a partir de 02 de março de 1984.

O objetivo da lei é proteger os direitos das mulheres e impedir que seus maridos ou companheiros, batam ou até mesmo assassinem suas esposas ou parceiras, coibindo e prevenindo a violência doméstica e familiar contra a mulher, assim como estabelece o artigo 226º, § 8º da Constituição Federal, “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL, 1988).

A Lei Maria da Penha alterou até mesmo o Código Penal Brasileiro, que estabelece a prisão em flagrante ou a decretação de prisão preventiva aos agressores, aumentando também

a pena máxima de um ano para três anos. Dependendo da situação, a lei estipula medidas que autorizam o juiz a determinar a saída do marido do local onde a família reside e a proibição de se aproximar da mulher.

O artigo 3º desta lei determina que o Poder Público, a família e a sociedade são responsáveis por garantir à mulher condições para usufruir do seu direito à vida, à liberdade, ao respeito, à moradia, à saúde, à segurança, à dignidade, à justiça, ao trabalho e a convivência familiar, e fica obrigado a desenvolver políticas públicas, que possam assegurar à mulher o exercício desses direitos e dessas garantias.

2.1. A Violência Doméstica.

Para melhor compreender a lei Maria da Penha deve-se saber o que é a violência doméstica, do que se trata e como ela vem sendo abordada pela lei.

“Segundo a lei nº 11.340/2006 em seu artigo 5º, violência doméstica e familiar contra a mulher é qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, quando praticada no âmbito da relação doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto” (BRASIL, 2006).

Pode-se dizer que a violência doméstica é aquela em que ocorre no seio do convívio familiar, não sendo apenas reconhecida como violência a agressão física, mas sim, todo e qualquer tipo de violência, seja física, moral ou psicológica contra a mulher. A própria lei, em seu conteúdo, explica o que é caracterizado como violência doméstica e familiar contra a mulher, tal violência que ocorre no próprio lar, causando danos em todos daquele ambiente.

Podemos observar que a lei é taxativa ao elencar que para se caracterizar a violência doméstica, deve apenas existir uma relação íntima de afeto em que o agente conviva ou tenha convívio com a vítima.

O conceito de violência doméstica abrange qualquer tipo de transtorno moral ou psicológico contra a mulher, além de patrimonial e familiar. Podemos perceber que a maioria das pessoas só conhece como violência a agressão física, não sabendo que a lei é ampla em relação a outros danos sofridos.

“Sendo uma legislação para tutelar as mulheres, e que, inegavelmente, tende a considerar que tais, tradicionalmente, ocupam uma posição de vulnerabilidade social em relação ao homem, a Lei Maria da Penha deve ser vista também como a busca de implementação de uma política pública de proteção e combate à violência de gênero, pelo que, temos que as medidas protetivas, são regulamentadas também em razão da necessidade de prestação de tutela jurisdicional rápida para casos de urgência, como o são esses” (Amaral, 2012).

A violência doméstica e familiar contra a mulher é um fenômeno histórico, desde a antiguidade o homem já possuía o papel de chefe de família, aquele que trazia o dinheiro e o alimento para a casa, aquele que tinha a força física e a autoridade sobre os integrantes daquela sociedade familiar.

No espaço doméstico, as relações patriarcais promovem a opressão das mulheres, atuando internamente nessa dimensão, mas alcançando todas as outras, com especificidades inerentes a cada sociedade (HERMAM, 2007, pág.61).

A relação de dominação tornou-se predominante: o homem passou a dominar, a mulher, ser dominada. Estava plantada a semente da violência no seio das relações de gênero (HERMAM, 2007, pág. 52).

A mulher restava apenas a tarefa de parir e criar filhos, providenciar fiel e diligentemente o bem-estar do seu homem provedor. Essa dominação do mais forte sobre o mais fraco, fundamentado no patriarcado, não afetou apenas as relações homem e mulher. Afetou também na edificação de uma estrutura política hierarquizada, de discriminação com base no gênero, raça, etnia, classe, cor, e outros preconceitos, que surtem efeitos desagregadores e vitimizadores até os dias de hoje (HERMAM, 2007, pág. 54).

Na sociedade está tão forte a predominância do poder patriarcal, que até mesmo em crimes as mulheres eram punidas diferentemente. O Código Penal de 1890, em seu Capítulo IV, Art. 279, deixava claro que nos casos de crime de adultério a mulher seria penalizada, podendo ser presa por até três anos.

CAPÍTULO IV

Do adultério ou infidelidade conjugal:

Art. 279. A mulher casada que cometer adultério ou será punido com a pena de prisão celular por um a três anos;

§ 1.º Em igual pena incorrerá:

I. O marido que tiver concubinato teúda e manteúda;

II. A concubina;

III. O co-réu adúltero.

§ 2.º A acusação deste crime é lícita somente aos cônjuges, que ficarão privados do exercício desse direito, si por qualquer modo houverem consentido no adultério (BRASIL, 1890).

Já o homem que tinha sua sexualidade liberada, podendo ser punido por adultério somente nas hipóteses de possuir alguma concubina teúda e manteúda, ou seja, mesmo casado sustentava outra mulher, desviando dinheiro de sua família para sustentar outra.

Desde aquela época e até os dias de hoje a mulher ainda é considerada por muitos como sendo submissa aos ensejos do seu companheiro, vitimadas pela violência física e psicológica dentro de seu próprio lar, por aquele que deveria estar ali para lhe proteger, apoiar e, na maioria das vezes por motivos fúteis e incompreensíveis. A sociedade ainda continua com a ideia de que a mulher é frágil e necessita de proteção. Dentro dessa sociedade machista, muitas são representadas como sendo a rainha do lar que cuida da casa e do marido, aquele que escolheu para amar, ser seu protetor, aquela pessoa que deposita toda sua confiança.

Na verdade, o homem se vê na qualidade de proprietário da mulher, no espaço doméstico, a forma privilegiada de poder é o patriarcado, no espaço da produção a exploração,

no espaço do mercado tem lugar privilegiado o consumismo, no espaço da comunidade destaca-se a diferenciação desigual, ou seja, a subtração das alteridades. No espaço da cidadania situa-se a dominação, no espaço mundial é o imperialismo explorador e as muitas formas de exclusão decorrentes das relações globais desiguais capitalistas (HERMAM, 2007, pág. 60 – 61).

Maria Berenice Dias aponta a sociedade como à maior culpada pela violência contra a mulher,

“A sociedade protege a agressividade masculina, constrói a imagem de superioridade do sexo que é respeitado por sua virilidade. Afetividade e sensibilidade não são expressões da masculinidade.

Desde o nascimento o homem é encorajado a ser forte, não chorar, não levar desaforo para casa, não ser mulherzinha” (Dias, 2007, pág. 16).

Mesmo estando no século XXI, este contexto de desigualdade, dominação e violência ainda é muito presente, mesmo depois de muitos anos e conquistas femininas, o principal reduto é o espaço onde deveriam prevalecer afeto e respeito, dentro de casa. O Marco da violência doméstica é a expressão de resistência do patriarcado em declínio (HERMAM, 2007, pág. 15).

É praticamente diário, nos programas jornalísticos da televisão, reportagens, pesquisas na mídia sobre maridos, que estão agredindo suas companheiras dentro de seu próprio lar, com violência verbal, psicológica, física, sexual e brutal. O agressor, na maioria dos casos age quando não consegue realizar, satisfatoriamente, seu mandado social, que é a manutenção de sua família, ou às vezes com o abuso de álcool e de outras drogas, situação que deixa o agressor mais violento.

Combater a violência doméstica significa construir um mundo mais justo, a luta por paz no mundo e ao compromisso de construir uma nova humanidade, valorizando o papel de todos, homens e mulheres, sem desigualdades, respeitando o espaço de cada um (HERMAM, 2007, pág. 256).

2.2. *Perfis dos Agressores.*

Temos uma visão de que os homens têm o poder da casa, aquele de quem depende todos daquela família, mas se por algum motivo seu castelo vira ruínas, cai em profundo baixo astral. Ele se sente humilhado, dentro e fora de casa começam a aparecer outros problemas, como sendo um dos piores a impotência sexual, situação que ele nunca admite ser ele o problema, descontando em sua companheira, como se a culpa fosse dela.

O perfil dos indivíduos violentos ou agressivos é basicamente a baixa autoestima, a alta vulnerabilidade à humilhação, os freqüentes sentimentos de impotência, a ausência de projeto de vida, o fator cultural, a inabilidade no autodomínio e deficiente controle de seus impulsos, a situação de rejeição parental e sofreram agressões no passado ou tem histórico familiar violento. (OSÓRIO, 2001, pág. 96)

Estes homens não conseguem mais progredir, vivem aquele sentimento que está lhes corroendo, e começam a agredir seus entes familiares. Na maioria das vezes, são pessoas que

sofreram as mesmas agressões quando eram crianças, pois tinham pais que não se entendiam, chegando ao mesmo ponto que ele agora se encontra, ou seja, a violência (OSORIO, 2001, pág. 98).

São pessoas sem perspectiva de uma vida melhor, definem seus atos por impulso, que por algum motivo sofreram agressões no passado, ou que têm um histórico familiar violento, podendo ser, marido ou mulher, em uma relação de íntima de afeto.

O homem desempregado se sente impotente, porque está destituído do principal papel que define sua masculinidade, já que não é mais provedor, o que ameaça a hierarquia doméstica. Neste sentido Safiotti afirma, “O próprio gênero acaba por se revelar uma camisa de força: o homem deve agredir, porque macho deve dominar a qualquer custo. E mulher deve suportar agressões de toda ordem, porque seu destino assim determina” (SAFIOTTI, 1999, pág. 88).

Conhecer o perfil dos agressores é um dos primeiros passos para combater e prevenir os tipos de violências, ou seja, é imprescindível saber, primeiro, quem e como são os sujeitos para, depois, serem traçadas as políticas públicas capazes de superarem as vulnerabilidades sociais que os acometem.

2.3. Tipos de Violência

Os tipos de violência praticados por seus agressores são caracterizados no Art. 7º da Lei nº 11.340/2006 como,

- Violência Física: a agressão que deixa marcas corporais, como tapas, chutes, empurrões, tudo que se fez uso da força, e que ofendeu a integridade corporal da vítima.

- Violência Psicológica: marcada pelo dano emocional, que diminuiu a auto-estima da vítima, mediante ameaças, xingamentos, humilhações. Esta é a mais difícil de ser diagnosticada, pois as marcas são deixadas no interior e afetam a saúde psicológica da mulher.

- Violência Sexual: é a conduta constrangedora, na qual o agressor, com o uso da força, tenta manter relações sexuais com sua mulher, sem o consentimento dela, muitas vezes, acaba por machucá-la fisicamente.

- Violência Patrimonial: são as brigas que ocorrem dentro de casa, que destrói móveis, objetos do lar, documentos, a violência patrimonial pode ser caracterizada, também, quando o agressor pega algo pertencente a sua esposa, sem ela perceber.

- Violência Moral: é a conduta que configura a calúnia, difamação ou injúria, é a ofensa a vítima (BRASIL, 2006).

3. A INEFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS

As medidas protetivas são estabelecidas pelo juiz para garantir que a mulher vítima possa agir livremente na busca da proteção estatal e jurisdicional, contra o seu agressor. Para que essas medidas sejam formalizadas é preciso comprovar a violência doméstica contra a mulher, sendo desenvolvida no âmbito das relações familiares.

Na maioria das vezes, estas medidas não são estabelecidas e se tornam ineficazes, não por motivo de falha da Justiça, mas porque a vítima resolveu se retratar ou reatar com o agressor. Nem sempre é o Judiciário o responsável pela ineficácia, pois quando a vítima se retrata, conseqüentemente as medidas de proteção são revogadas pela autoridade que as estabeleceu;

“Podemos compreender por medidas protetivas as medidas que visam garantir que a mulher possa agir livremente ao optar por buscar a proteção estatal e, em especial, a jurisdicional, contra o seu suposto agressor. E para que haja a concessão dessas medidas, é necessária a constatação da prática de conduta que caracterize violência contra a mulher, desenvolvida no âmbito das relações domésticas ou familiares dos envolvidos” (BRUNO, 2013).

Por outro lado, outros casos são mais difíceis de solucionar, por conta do medo das vítimas de denunciarem seus agressores, assim, ficam impunes, e continuam praticando a violência doméstica.

Embora, estes agressores sejam denunciados, as medidas impostas não são efetivadas para que o agressor fique afastado da vítima, conseqüentemente, voltando a praticá-los mesmo sobre a imposição da Justiça.

Não é apenas afastar o agressor da vítima, é necessário ter uma fiscalização para saber se está havendo o cumprimento da medida de afastamento, pois, muitas vezes, o agressor ameaça a mulher para que ela retire a queixa, com isso acaba se retratando da representação, fazendo com que as medidas sejam ineficazes e o agressor fique livre para praticar outros atos de violência doméstica (HERMAM, 2007, pág. 139).

O que se pode notar é a grande dificuldade da aplicação e da fiscalização das medidas de proteção contra a violência doméstica, do ponto de vista de que se torna difícil aplicar tais dispositivos.

É certo que a lei é eficaz e competente, porém, há falhas na aplicabilidade e isso se dá por conta do Poder Judiciário, que se torna negligente quando não são tomadas as providências em coibir e prevenir os atos violentos contra a mulher, pois a lei determina a punição para quem comete violência doméstica. Falta ao Poder Público agir com responsabilidade nas ações corretas que dê segurança à mulher agredida (SOUZA, 2014, pág. 152).

Enquanto a lei garante direitos às mulheres violentadas, o governo deve estabelecer condições favoráveis na proteção da vítima, construindo programas de ressocialização das vítimas da violência, para que elas possam se reconstruir e voltar ao seu seio familiar.

Por fim, podemos identificar que não há ineficácia na “Lei Maria da Penha”, ela foi criada com força nos movimentos feministas para proteger as mulheres vitimadas, o que acontece é que as vítimas vão até as delegacias, denunciam seus agressores, e por medo ou ameaça pedem a retratação, ou o Poder Judiciário falha em fiscalizar e aplicar as medidas estabelecidas pela lei, para proteger a mulher contra a violência doméstica.

4. DELEGACIA DE DEFESA DA MULHER

A primeira Delegacia de Combate e Prevenção à Violência contra a Mulher do Mundo foi criada, em 06 de agosto de 1985, na cidade de São Paulo, a partir de manifestações e de revoltas das mulheres, em face da falta de interesse no atendimento das ocorrências de violência doméstica e sexual, por parte dos Distritos Policiais e do Poder Judiciário.

Os policiais e delegados tinham muita dificuldade em reconhecer o crime de violência doméstica e sexual como sendo crime passível de penalidade, pois as agressões entre marido e mulher eram consideradas como brigas familiares, portanto, era difícil ser um “caso de polícia”. Dessa forma, quando as mulheres reuniam forças para denunciar seus agressores, eram humilhadas nos Distritos Policiais, forçadas a acreditarem que elas eram as responsáveis pelas agressões sofridas.

Grupos feministas, na década de 80, foram criados para fazer o papel que o Estado deveria fazer, pois estes grupos atendiam as mulheres que eram vítimas de violência, dando apoio social, psicológico e jurídico. Diante de tanta pressão dos movimentos feministas, o governo não teve outra alternativa do que a de criar uma instituição pública que defendesse os interesses daquelas mulheres vítimas de violência doméstica e sexual. Por isso, foi criada a Delegacia de Defesa da Mulher, composta por policiais do sexo feminino, responsáveis pelas investigações e pelas apurações de delitos de violência doméstica, sexual, ameaças, lesões corporais, entre outros.

Esta instituição não só cumpria o papel de penalizar o agressor, mas servia também como um local onde as mulheres vítimas da violência, podiam contar seus problemas que elas seriam ouvidas com atenção.

Cecília Macdowell Santos, afirma ainda “que desde a criação da Delegacia da Mulher, os crimes mais vistos são de lesão corporal e ameaça, em 1994, dos 114.832 Boletins de Ocorrências registrados nas delegacias de Defesa da Mulher de São Paulo, 33% eram de lesão corporal e 26% de ameaça, onde estes 33%, apenas 71,5% originaram inquéritos policiais e dos 26%, apenas 7,9%” (SANTOS, 2010).

Além de existirem preconceitos e discriminações contra a delegacia da mulher, gerando falta de material para trabalho, como viaturas, armamentos, carceragem, computadores, até falta de pessoal, levando ao acúmulo de funções por parte de algumas delegadas. A finalidade não

se restringe apenas em punir os agressores, mas amparar as vítimas, fazendo com que seus direitos sejam respeitados, para que acabe o silêncio e que, cada vez mais, aconteçam denúncias de agressores.

Muitas mulheres não conseguem nem sequer olhar para a cara de seus companheiros violentos, que se tornou seu inimigo, causador de todas as dores físicas e psicológicas, estas mulheres sofrem caladas, com medo de ameaças de seu agressor, depois que a polícia vai embora, por isso, apanham, são desprezadas dentro de sua casa, e ficam caladas para tentar garantir a permanência de sua família.

Algumas chegam a procurar as Delegacias e fazer a denúncia, por estarem cansadas de sofrerem caladas, machucadas, porém quando vão formalizar a denúncia, para colocar o agressor preso dentro de uma cela, desistem, pensam na integridade de sua família, pois aqueles que as machucam são os mesmo que sustentam a casa. Estes são os pensamentos que passam na cabeça das mulheres vítimas da violência doméstica, fazendo com que deixem de prosseguir na queixa, libertando o agressor, na promessa de que ele não será violento novamente e com o passar do tempo toda a violência recomeça.

A delegacia da mulher, em seus 25 anos de existência, ainda continua sendo aprimorada para aperfeiçoar o atendimento às mulheres, porém a dificuldade da funcionalidade das medidas protetivas da Lei Maria da Penha é a falta de fiscalização por parte do Estado e a falta de atitudes das vítimas.

A falta de fiscalização se atribui ao pequeno número de efetivo que a polícia possui para fazer valer às medidas protetivas, aquelas em que o juiz determina que o agressor fique a determinada distância da vítima. Como consequência dessa falta de fiscalização, o agressor consegue se aproximar e voltar a agredir a ofendida, muitas vezes, a agressão se torna pior por causa da denúncia que a vítima fez (SOUZA, 2014, pág. 152).

A outra dificuldade da lei é o sentimento da mulher, que o juiz determina que o agressor fique longe da residência em que moravam, mas a vítima, pelo amor que ainda sente pelo marido, pelos filhos que pedem o retorno do pai a casa, aceita a entrada do agressor novamente em seu lar, onde por um tempo ele mantém sua promessa de nunca mais agir com violência, basta apenas uma nova oportunidade para que volte a violentar aquela que lhe acolheu e perdoou suas atitudes violentas.

5. DA ASSISTÊNCIA À MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR.

A Lei Maria da Penha traz em seu Título III as medidas disponíveis para a assistência da mulher em situação de violência doméstica e familiar, como medidas integradas de prevenção, políticas públicas voltadas a coibir ou prevenir a violência, visando atendimento, intervenção, assistência em várias áreas, social, física, psicológica e o atendimento policial voltado à segurança da vítima, garantindo através da repressão penal.

Assistências essas determinadas pelo juiz, com a finalidade de garantir a integridade física e psicológica da vítima de violência doméstica e familiar, garantindo, inclusive, seu vínculo trabalhista pelo prazo de até 06 meses.

5.1 DO ATENDIMENTO PELA AUTORIDADE POLICIAL

No Art. 11º da lei, estão estipuladas as providências que a autoridade policial deve adotar, proteção policial, encaminhamento da vítima ao hospital ou IML, transportá-la, e se for o caso seus dependentes, para um lugar seguro, acompanhar a vítima até o local da ocorrência ou o domicílio da família para a retirada de seus pertences, informar a vítima os seus direitos e os serviços disponíveis, e por fim, registrar a ocorrência, seguindo os procedimentos do Art. 12º da lei, como se vê:

Art. 11º - No atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial deverá, entre outras providências:

- I – Garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário;
- II – Encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal;
- III – Fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida;
- IV – Se necessário, acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar;
- V – Informar à ofendida os direitos a ela conferidos nesta Lei e os serviços disponíveis.

Art. 12º - Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

- I – Ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;
- II – Colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias;
- III – Remeter, no prazo de 48 horas expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência.
- IV – Determinar que se proceda ao exame de corpo de delito da ofendida e requisitar outros exames periciais necessários;
- V – Ouvir o agressor e as testemunhas;
- VI – Ordenar a identificação do agressor e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes criminais, indicando a existência de mandado de prisão ou registro de outras ocorrências policiais contra ele;
- VII – Remeter, no prazo legal, os autos do inquérito policial ao juiz e ao Ministério Público (BRASIL, 2006).

Este atendimento policial é uma garantia de proteção a vítima, como uma medida cautelar, que ocorre no momento que a vítima leva os fatos ao conhecimento da autoridade policial, lhe garantindo a sua segurança, para que o agressor revoltado, não torne as coisas piores, e para que a vítima possa tomar a decisão de representar, longe da influência do agressor.

6. DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

A Lei Maria da Penha traz um rol de medidas protetivas para dar efetividade ao seu cumprimento, que é assegurar a mulher o direito a uma vida sem violência. Este papel de garantir a segurança da vítima está a cargo da autoridade policial, do juiz e do Ministério Público, de modo eficiente e imediato;

Conforme demonstra o artigo 18º, recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 horas:

- I – Conhecer do expediente e do pedido e decidir sobre as medidas protetivas de urgência;
- II – Determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso;
- III – comunicar ao Ministério Público para que adota as providências cabíveis (BRASIL, 2006).

A autoridade policial toma suas providências no momento em que tiver o conhecimento da violência doméstica, se for de vontade da vítima a de representar a agressão sofrida, é encaminhado o pedido para o juiz ou o requerimento ao Ministério Público, que decidirá sobre as medidas protetivas de urgência sobre o ocorrido.

A grande inovação que trouxe a Lei Maria da Penha foi que no momento que a vítima registrar a ocorrência da violência doméstica ela pode pedir a separação de corpos, alimentos, limite de aproximação do agressor, e ainda, proibir que o agressor freqüente os mesmos lugares que a ofendida, todas essas são providências que podem ser tomadas pela autoridade policial (artigo, 22º da Lei nº 11.340/2006).

Caso as medidas protetivas se tornem ineficácias, elas poderão, a qualquer tempo, ser substituída por outras de maior eficácia, sempre que os direitos das mulheres, explícitos na lei, estejam ameaçados ou violados (artigo 22º, § 1º da Lei nº 11.340/2006).

O agressor poderá ter sua prisão preventiva decretada a qualquer momento durante o inquérito policial, desde que haja a representação da autoridade policial ou do requerimento do Ministério Público. No curso do processo o juiz poderá revogar a prisão preventiva, caso não haja motivos para mantê-la, e poderá novamente decretá-la, caso haja necessidade (artigo 20º e parágrafo único da Lei nº 11.340/2006).

6.1 DAS MEDIDAS PROTETIVAS QUE OBRIGAM O AGRESSOR

A medida protetiva de urgência tem a finalidade de garantir a integridade física, psicológica, moral e material da mulher vítima de violência doméstica, para que ela possa agir livremente ao optar por buscar a proteção estatal contra o seu agressor, estas medidas estão elencadas no artigo 22º da Lei Maria da Penha.

Tudo dependerá da onde ocorreu a violência e de que modo ela foi realizada, dependendo da situação, o juiz poderá aplicar medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor a se afastar do local onde moram e não pode se aproximar da vítima por uma distância

mínima fixado pelo próprio juiz, e até mesmo impedir que o agressor faça visitas aos filhos do casal, evitando novas violências e protegendo a vítima de não desistir de representar contra o agressor (artigo 22º, inciso II, III, alínea A,B,C, e inciso IV, da Lei nº 11.340/2006).

Essas medidas podem perdurar por todo o momento da ação penal, e caso o juiz verifique que após o trânsito em julgado da sentença se faz necessário, é prorrogável por um tempo razoável determinado pelo juiz. Mesmo assim, o juiz pode impetrar outras medidas que se façam necessárias, desde que seja justificado para o aumento da segurança da vítima e seus familiares.

6.2 DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA À OFENDIDA

Quanto à vítima, está previsto no Art. 23º da lei, as medidas de proteção que prevê a garantia da efetividade dos seus objetivos.

As medidas que o juiz pode adotar são: determinar o afastamento da vítima do seu lar, sem nenhum prejuízo, até a separação de corpos, para garantir o fim da violência é possível a saída de qualquer um deles da residência, determinando o afastamento do agressor, é encaminhado à ofendida a um programa oficial de proteção e atendimento multidisciplinar, dotados de segurança máxima, para que a ofendida se liberte do medo, da insegurança, da fragilidade em que se encontra, dará um apoio de início (artigo 23º da Lei nº 11.340/2006).

Com relação aos bens patrimoniais da ofendida, o juiz poderá suspender todos os atos notariais realizados pela ofendida em favor do agressor, ainda poderá determinar que sejam devolvidos os bens da vítima subtraídos pelo agressor, proibição da realização de atos notariais de venda e compra locação e outros, que tenham por objeto os imóveis em comum do casal, como descrito no artigo 24º da lei Maria da Penha (BRASIL, 2006).

7. DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

A mulher em situação de violência doméstica tem o direito a Assistência Judiciária Gratuita, bem como, ser acompanhada por um advogado em todos os atos processuais, assim como traz na lei. Serão criados Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher compostos por profissionais da área psicossocial, jurídica e de saúde, visando garantir a assistência integral da dignidade da pessoa vitimada.

O Art. 28º traz o direito da mulher no acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, quando não puder arcar com os honorários advocatícios e com os custos judiciais, de forma que o processo civil lhe seja garantido (BRASIL, 2006).

8. DAS MUDANÇAS COM A LEI MARIA DA PENHA

Antes de ser criada a Lei Maria da Penha, os casos de violência doméstica eram tratados pelo Juizado Especial, por serem considerados crimes de menor potencial ofensivo, as penas eram mínimas, como pagamento de cestas básicas e prestação de serviços à comunidade. Com o novo texto da lei, aumentaram as penas impostas ao agressor, e surgiram às medidas de proteção às vítimas, podendo até ser decretada a prisão preventiva do agressor ao ser preso em flagrante. Ainda, decreta a saída do agressor do seu lar, a proibição de visita aos filhos do casal e se aproximar da mulher, o novo texto também aumentou a pena de detenção de 1 (um) para 3 (três) anos, essas mudanças fizeram com que a lei se tornasse ainda mais rigorosa (SOUZA, 2009, pág. 210).

Houve outra mudança em 2012, ela estabeleceu que o agressor fosse processado, mesmo se a vítima retirar a queixa, assim decidiu o STF:

“Por 10 votos a 1, o Supremo Tribunal Federal decidiu que as ações penais fundamentadas na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) podem ser processadas mesmo sem a representação da vítima. Ou seja, ainda que a mulher não denuncie seu agressor formalmente ou que retire a queixa, o Estado deve atuar, no que se chama de ação pública incondicionada. Essa possibilidade era defendida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4424, apresentado pela Procuradoria Geral da República, que questionava previsão contrária da lei que pune a violência doméstica contra a mulher” (BRASIL, 2012).

O STF esclareceu que ficam proibidas as ações de violência doméstica contra a mulher no âmbito do Juizado Especial e declarou que a lei não ofende o princípio da igualdade. Operando no sentido de impedir o crescimento da violência contra a mulher nos últimos dez anos, a lei serviu para poupar vidas e para conter os inúmeros casos envolvendo agressões de gênero.

9. CONCLUSÃO

Atualmente, no Brasil, enfrentamos inúmeros casos de violência doméstica contra a mulher e seus filhos, estes violentados por seus companheiros, que acabam ficando impunes, ilesos, ocultos, pelo medo das vítimas. Diante desta situação de medo, fica difícil fazer com que a lei que protege as vítimas, seja realmente eficaz, tanto pelas vítimas, quanto pela falta de fiscalização para saber o seu efetivo cumprimento.

A lei que garante proteção à mulher mostra suas falhas e lacunas, não sendo tão eficaz para combater os números de violência doméstica no Brasil, que só vem aumentando ano após ano. A lei foi criada para mulheres, e ao mesmo tempo são ineficazes por conta delas mesmas. A ineficácia é um assunto que não deve deixar de ser discutido no âmbito jurídico penal, pois de nada servirá a lei, se ela não tem capacidade de produzir seus efeitos. Tornam-se ineficazes, pela própria vítima que ao se retratar fazem com que as medidas sejam revogadas, ficando assim sem efetividade.

Portanto, fica evidente que não tem eficácia nas proteções que a Lei nº 11.340/2006 apresenta em seus artigos. A Lei Maria da Penha constitui um avanço e um retrocesso. É um avanço porque traz diretrizes importantes no sistema protetivo de atenção, de valorização da vítima e de prevenção das práticas violentas no âmbito das relações domésticas e familiares. É um retrocesso na proporção que sobrevaloriza a repressão penal, ou seja, não tem resultados efetivos em termos de prevenção e de proteção às vítimas.

Mais do que avanço e retrocesso, a Lei Maria da Penha é um misto de realidade e promessa, a realidade repressiva, com foco na punição do agressor, e a promessa protetiva, com foco na mulher. Essa lei deve ser vista em uma sociedade de igualdade, respeito e consenso, para dar efetividade às disposições preventivas, protetivas e assistenciais. Combater a violência doméstica significa empenhar-se em construir uma sociedade mais justa, à luta pela paz no mundo, não se trata de uma batalha isolada das mulheres, mas sim uma luta de toda a sociedade.

10. Referências

CUNHA, R. S.; PINTO, R. B. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha comentada**

artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 6ª Edição, Revista atualizada e ampliada. **página citada.**

CURY, Myriam Therezinha. **Violência Doméstica e de Gênero.** Revista Justiça e Cidadania nº 102, 2009.

DIAS, M. B. **Lei Maria da Penha: a efetividade da lei nº 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 4ª Edição.

FERNANDES, V. D. S. **Lei Maria da Penha: O Processo Penal no caminho da efetividade. Abordagem Jurídica e Multidisciplinar.** São Paulo, Editora Atlas, 2015.

HERMANN, L. M. **Maria da Penha Lei com Nome de Mulher: Violência Doméstica e Familiar.** Campinas/SP, Editora Servanda, 2008.

OSORIO, L. C. **Violência nosso de cada dia.** Florianópolis/SC, Grupos, 2001. 3ª Edição.

PORTO, P. R. da F. **Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, análise crítica e sistêmica.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007. 1ª Edição.

SOUZA, S. R. **Comentários à Lei de Combate à Violência contra a Mulher.** Curitiba, Editora Juruá, 2007.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. **O que é a Violência Contra a Mulher**. São Paulo. Editora Brasiliense, 2002.

Criação da **1º Delegacia de Defesa da Mulher do País completa 30 anos**. Governo do Estado de São Paulo. 6 de agosto de 2015. Disponível em:

<http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/ultimas-noticias/criacao-da-1-delegacia-de-defesa-da-mulher-do-pais-completa-30-anos.com.br>. Acesso em: 15 de novembro de 2017.

SANTOS, C. M. **Delegacias da Mulher em São Paulo. Percursos e Percalços**. S. D.

Disponível em:

www.dhnet.org.br/dados/relatorios/dh/br/iglobal/redesocial/redesocial2001/cap4delegacia.htm. Acesso em: 16 de novembro de 2017.

BRUNO, T. N. **Lei Maria da Penha X Ineficácia das Medidas Protetivas**. Monografia.

Disponível em: www.monografias.brasilecola.com/direito/lei-maria-penha-x-ineficacia-das-medidas-protetivas.htm. Acesso em: 29 de outubro de 2017.

SOUZA, P. R. A. **Lei Maria da Penha e sua contribuição na Luta pela erradicação da discriminação de gênero dentro da Sociedade Brasileira**. Âmbito Jurídico. Rio Grande, XII, nº 61, 2009. Disponível em:

www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?nlink=revistaartigosleitura&artigoid=5886. Acesso em 04 de novembro de 2017.

AMARAL, T. M. **A Ineficácia do Estado na Implementação das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha, enquanto políticas públicas de efetivação dos Direitos de Cidadania**. Disponível em:

www.unisc.br/portal/imagens/stories/mestrado/direito/dissertações/2012/tatianamartinsdoamaral.pdf. Acesso em: 29 de outubro de 2017.

BRASIL, **Lei Maria da Penha, STF decidiu que agressor pode ser processado mesmo se a vítima retirar a queixa**. Portal de Notícias. 2012. Disponível em:

[HTTP://www.12senado.gov.br/noticias/materiais/2012'02/09/lei-maria-da-penha-stf-decide-que-agressor-pode-ser-processado-mesmo-se-vitima-retirar-queixa](http://www.12senado.gov.br/noticias/materiais/2012'02/09/lei-maria-da-penha-stf-decide-que-agressor-pode-ser-processado-mesmo-se-vitima-retirar-queixa). Acesso em: 29 de outubro de 2017.

BAUMAN E O DIREITO: A NORMA COMO FUNDAMENTO E REFLEXO DO MUNDO LÍQUIDO

BAUMAN AND LAW: THE NORM AS A BASE AND REFLEX OF THE LIQUID WORLD

Ian Muriel De Col¹
Belmiro Jorge Patto²

Resumo: O presente artigo pretende discutir a Modernidade líquida de Zygmunt Bauman e suas relações, representações e consequências para o Direito. Durante o projeto, do qual esta escrita faz parte, foi pesquisado diversos nomes da ciência jurídica, tanto atual como passada, nacional e internacional, a fim de estabelecer diálogo com as principais obras do sociólogo polonês. Sem prejuízo, e a fim de melhor organização e didática, o trabalho foi separado em duas partes. A primeira, na qual foi reconhecido paralelo entre algumas ideias de Bauman e certos autores do Direito Penal. Bem como a segunda, onde se trabalhou o fenômeno do divórcio no tempo, com sua evolução no Direito Civil, e o surgimento da fragilidade dos laços afetivos.

Palavras-Chave Pós-modernidade; amor; cárcere; divórcio; modernidade líquida.

Abstract: This article intends to discuss the Zygmunt Bauman's liquid modernity and its relations, representations and consequences to Law. During the project, which this writing composes a part, was researched several names of law science, as current as past, national and international, with the objective of establishing a dialogue with the polish sociologist's main works. Thus, and aiming a better structuring and didactic, the study was separated in two parts. The first one, in wich some parallels between Bauman's ideas and certain Criminal Law authors were recognized. And the second one, where was developed the divorce's phenomenon in time, with its evolution in Civil Law, and the weakness of affective bonds;

Keywords: Postmodernity; love; prison; divorce; liquid modernity.

1. Introdução

O sociólogo polonês Zygmunt Bauman usou no fim do século XX certas expressões para resumir nosso estágio da era moderna: liquidez, fluidez, leveza. Todas qualidades de sua modernidade líquida. Esta então se caracterizaria pela velocidade de suas mudanças, pela fugacidade de ideias, por fragilidade de valores, e, ainda segundo Bauman, pela insegurança e ansiedade geradas.

O presente artigo pretende ser mais um passo na direção de entender o Direito, partindo de certas considerações feitas por Zygmunt Bauman.

Com o intuito de que a mensagem seja didática e o estudo melhor organizado, o trabalho foi direcionado para duas áreas do Direito, o Penal e o Civil. Quanto à primeira seara jurídica,

¹ Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. E-mail: iandecol@outlook.com.

² Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2014). Docente (Professor Adjunto) na Universidade Estadual de Maringá; Maringá – PR, Brasil. E-mail: bjpatto@gmail.com.

a que abarcou a modernidade líquida e o Direito Penal, iniciou-se uma pesquisa sobre a influência do medo líquido no aparato de Justiça Criminal. O medo do “outro”, como se verá nas próximas folhas, possui ligações com o cárcere e outras ferramentas de exclusão do “estranho”, do “delinquente”.

Já em relação à segunda parte do estudo, analisou-se a evolução do divórcio no direito brasileiro, tentando entender sua lógica e suas particularidades ao longo da História, relacionando com o que Bauman chamou de desmonte e fragilização dos laços amorosos, visto que tal tema fora tão importante no pensamento do sociólogo a ponto de merecer livro próprio.

Por fim, cabe lembrar que o presente estudo é apenas uma introdução. É primeiro passo para pesquisas futuras, já que tal tema tende a ganhar relevância com o passar dos anos. Afinal, escrevia Bauman, sem entender a modernidade líquida, não há como compreender a situação humana atual (BAUMAN, 2001, p. 15):

“Seria imprudente negar, ou mesmo subestimar, a profunda mudança que o advento da ‘modernidade líquida’ produziu na condição humana”.

2. A Pós-modernidade de Bauman.

Antes de iniciar os paralelos da ciência jurídica com alguns escritos de Bauman, é importante a compreensão de certos conceitos que atravessam toda sua obra. O livro que melhor explica tais conceitos, e até mesmo quem foi Zygmunt Bauman, é “Bauman sobre Bauman: diálogos com Keith Tester” publicado no Brasil pela Editora Zahar em 2011.

A primeira questão: modernidade líquida foi a maneira que Bauman chamou a pós-modernidade. Este estado sociológico atual da vida humana, iniciado no fim do século passado, recebeu e recebe diversos nomes. Por exemplo, Gilles Lipovetsky preferiu a expressão hipermodernidade. Bauman optou pela metáfora com o “líquido”, já que suas obras focam numa suposta fragilização, liquefação, de laços, conceitos e instituições outrora “sólidos”.

Outro conceito é a modernidade em si. Para Bauman, como para Weber, essa se caracterizou pela burocracia, pela racionalidade e, usando uma expressão weberiana, pela gaiola de ferro. As relações humanas e o imaginário humano moderno refletiam as características de seu tempo. Segundo Bauman, tão pesados, sólidos e grudados ao chão como as fábricas do século XIX e parte do XX eram.

Ainda, é interessante notar que Bauman considera a modernidade líquida tão somente outra face da modernidade, e não como etapa da vida humana que supera o período sociológico moderno. Vários aspectos da fase sólida ainda persistem, contudo, segundo aquele, novas

características surgiram e marcam agora o cotidiano humano a ponto de distingui-lo do que as gerações passadas viveram.

Por fim, o autor polonês cita duas causas principais para a suposta condição líquida da humanidade, são elas: o consumo e o individualismo. Para Bauman, o consumo é a razão de ser da sociedade atual, fazendo com que todas as esferas da vida sejam direcionadas a tal fim. Dessa maneira, todas as relações do homem com seus pares e com o mundo seriam influenciadas pela ideia de comprar, usar e jogar fora. Citando um exemplo, a comparação entre as relações de amor e o mercado imobiliário (BAUMAN, 2004, p. 37):

Quanto menor a hipoteca, menos inseguro você vai se sentir quando for exposto às flutuações do mercado imobiliário futuro; quanto menos investir no relacionamento, menos inseguro vai se sentir quando for exposto às flutuações de suas emoções futuras.

Quanto ao individualismo, para o autor a ideia de indivíduo foi radicalizada ao longo da história moderna e, portanto, transformou-se na causa de diversos fenômenos constitutivos dessa condição agora líquido-moderna. Diz Bauman (BAUMAN, 2008, p. 172):

Exortados, instados e pressionados diariamente a perseguirem seus próprios interesses e satisfações, e a só se preocuparem com os interesses e satisfações dos outros na medida em que afetem os seus, os indivíduos modernos acreditam que os outros à sua volta são guiados por motivos igualmente egoístas – e, portanto, não podem esperar deles uma compaixão e uma solidariedade mais desinteressadas do que eles próprios são aconselhados, treinados e dispostos a oferecer. Numa sociedade assim, a percepção da camaradagem humana como fonte de insegurança existencial e como um território repleto de armadilhas e emboscadas tende a se tornar endêmica. Numa espécie de círculo vicioso, ela exacerba, por sua vez, a fragilidade crônica dos vínculos humanos e aumenta os temores que essa fragilidade tende a gerar.

3. O medo líquido e o sistema de justiça criminal.

Zygmunt Bauman dedicou obra exclusiva ao medo, dizendo que este sentimento, que sempre acompanhou o ser humano, surgiu no século XXI com algumas peculiaridades, entre elas a de que o medo na Modernidade líquida é um temor, principalmente, da maleficência humana e dos malfeitores humanos. Em suma, o medo do “outro” disse Bauman.

Faz-se importante explicar quem é esse “outro”. Para Bauman, o objeto dos medos de hoje é “o diferente, o estranho e o estrangeiro”, ou mesmo “os assaltantes (juntamente com os vagabundos e outros desocupados, personagens estranhos ao lugar em que se movem)” (BAUMAN, 2001, p. 121 a 139). Em resumo, pessoas que não se adaptaram à lógica do consumo e, segundo o sociólogo, merecem ser excluídas, marginalizadas. Bauman citou o encarceramento como uma das formas de exclusão dessas pessoas, junto com a deportação ou assassinato. Estas, então, se apresentando como maneiras daquilo que o autor chamou de “tratamento do lixo”, do “lixo do progresso econômico”, do “lixo humano” na visão da modernidade líquida (BAUMAN, 2004, p.150 e 151).

Para Bauman, o outro, o estranho, o delinquente, o objeto dos medos líquidos, os medos que caracterizam a sociedade de hoje, não se adaptou às exigências do sistema de consumo. Segundo o autor, é gente a quem foi negada a dignidade (BAUMAN, 2011, p. 131):

Viver numa sociedade de consumidores significa ser mensurado, avaliado, louvado ou difamado pelos padrões apropriados à vida de consumo. Àqueles que, por alguma razão, não podem jogar adequadamente o jogo, seria (a seus olhos e aos olhos dos outros) negada a dignidade, e assim, além de todos os sofrimentos físicos e espirituais que teriam de passar, seria imposta a eles a humilhação. A astúcia de alguém num mundo de consumo depende do volume de recursos que pode reunir e empregar. Os que só podem reunir e empregar poucos recursos são consumidores defeituosos, danificados ou falhos. Não passam no teste da dignidade.

Dessa maneira, o sistema de justiça criminal teria papel essencial na exclusão desse grupo de pessoas. As Estatísticas brasileiras apontam nesse sentido, já que, segundo dados do próprio Ministério da Justiça, 53% das pessoas encarceradas no país, em 2014, possuíam o Ensino Fundamental incompleto, um indicador de baixa renda (BRASIL, 2014, p. 58). Deste modo, percebe-se qual tem sido o alvo do aparelho punitivo brasileiro: aqueles que não possuem acesso a bens e serviços, aqueles com pouco poder de compra, aqueles que quebram a lógica da sociedade do consumo, onde a vida só existe para consumir.

Fazendo um paralelo com o Direito Penal, o autor Juarez Cirino dos Santos teceu considerações que vão de encontro ao pensamento de Bauman (DOS SANTOS, 2018, p. 11):

Em consequência, a proteção penal seletiva de bens jurídicos das classes e grupos sociais hegemônicos pré-seleciona os sujeitos estigmatizáveis pela sanção penal – os indivíduos pertencentes às classes e grupos sociais subalternos, especialmente os contingentes marginalizados do mercado de trabalho e de consumo social.

Ao longo de várias de suas obras, o jurista paranaense deixa claro sua opinião de que o sistema de justiça criminal, no modelo econômico capitalista, possui alvo determinado. Os consumidores falhos, aqueles à margem do sistema de trabalho. Ideia esta que encontra em Bauman convergência.

É também pertinente outra passagem da obra de Juarez. Depois de citar a contribuição de vários estudiosos da Criminologia e do Direito Penal, tais como Georg Rusche, Dario Melossi, Massino Pavarini e Alessandro Baratta, Juarez Cirino (DOS SANTOS, 2018, p. 492) comenta:

... depois desses momentos decisivos da história do Direito Penal e da Criminologia, não é mais possível explicar a prisão pela ideologia penal, expressa no discurso oficial da retribuição, da prevenção especial e da prevenção geral do crime; igualmente, não é mais possível explicar a pena criminal pelo comportamento do criminoso, porque exprime a criminalização seletiva de marginalizados sociais, excluídos dos processos de trabalho e consumo social, realizada pelo sistema de justiça criminal (polícia, justiça e prisão)... Ao contrário, somente lógica contraditória da relação fundamental capital/trabalho assalariado pode explicar a proteção seletiva de bens jurídicos pelo legislador, a criminalização seletiva de sujeitos com indicadores sociais negativos e, finalmente, a prisão como instituição central de controle social formal da sociedade capitalista.

Deste modo, seguindo a lógica dos dois autores, a prisão é hoje uma das maneiras de alocar à margem, excluir da sociedade que goza dos devidos direitos legais, as pessoas que não se adaptam à lógica econômica da sociedade do consumo. Cabe ressaltar que, ainda para os dois estudiosos, essa ineficiência em se adaptar não é culpa daqueles sujeitos. Zygmunt Bauman, por sua formação propriamente sociológica, e Juarez Cirino dos Santos, por meio de uma abordagem marxista, apontam que as causas dessa não adequação possuem raízes muito mais ligadas às próprias falhas da economia atual, do que em razões perceptíveis, simplesmente, na trajetória individual desses seres humanos.

Sem prejuízo, e a fim de ressaltar ainda mais o paralelo entre os dois autores, cita-se passagem em que Bauman destaca outra vez a razão da marginalização de certo grupo de pessoas (o fator econômico, o consumo falho, a quebra da lógica capital - trabalho) (BAUMAN, 2011, p. 78):

Os pobres estiveram presentes em todas as sociedades conhecidas, mas os de hoje talvez tenham mais problemas que os de ontem, já que, pela primeira vez na história, não tem função social a desempenhar, e por isso são excluídos do esquema dos negócios compreendidos pela ação social e estão além dos limites das tarefas sociais e das ambições societárias.

Nesta mesma linha é o trabalho dos pesquisadores Kelly de Souza Barbosa e Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho. No artigo “A questão étnico-racial do sonho americano: o encarceramento dos pobres e negros no Estado policial”, os autores trabalham a questão do fim do Estado de bem-estar social, com o surgimento do que chamaram de Estado Policial. Neste, em vez de focar em direitos sociais e setores de bem-estar, tais como educação e saúde, os governos chegam ao século XXI - segundo os autores - tendo cada vez mais o objetivo de punir, investindo em setores como a polícia e o encarceramento daqueles à beira do cotidiano social idealizado. Dizem os autores (BARBOSA; COELHO, 2017, p 164 - 182):

Distorcendo o monopólio estatal da força, com interesses elitizados e capitalistas, os governantes propõem meios de combate ao pobre (e não à pobreza) para viabilizar a ‘qualidade de vida.

Os autores seguem (BARBOSA; COELHO, 2017, p 164 - 182):

Há uma transição do tratamento social da pobreza pelo Estado, para um tratamento penal do pobre, com a promoção do encarceramento coletivo dos pobres e negros, para sua vigilância, adestramento e neutralização.

Reparem nas palavras “encarceramento coletivo dos pobres e negros”. Ao analisar a situação do sistema de justiça criminal, os marginalizados (à margem) da lógica de consumo e as falhas da relação capital-trabalho no Brasil, é imprescindível tocar na questão étnico-racial. Com seu passado marcado por três séculos de trabalho compulsório das pessoas negras escravizadas, com o sequestro de milhões de indivíduos do continente africano, no Brasil hoje se reflete uma realidade focada na cor da pele (SCHWARCZ; STARLING, 2018, p. 79). Um exemplo simples: a maior parte população pobre no país é negra (BRASIL, 2011, p. 39), sendo também pretos e pardos a maioria dos encarcerados no Brasil (BRASIL, 2014, p. 50).

O trabalho não dissertará sobre a questão étnico-racial, tal ímpeto será destinada a pesquisas futuras. Contudo, ao trazer a problemática desta parte do trabalho, os escritos de Bauman e o Direito Penal, para a realidade brasileira, a discussão aparece como vital.

Por fim, os dois autores chegam a citar diretamente Bauman. A passagem vem do livro “Globalização: as consequências humanas” (BAUMAN, 1999, p. 116):

A prisão, porém, significa não apenas imobilização, mas também expulsão. O que aumenta a sua popularidade como meio favorito de “arrancar o mal pela raiz”. A prisão significa uma prolongada e talvez permanente exclusão (com a pena de morte sendo o padrão ideal para medir a extensão de todas as sentenças). Esse significado toca também um ponto muito sensível. O lema é “tornar as ruas de novo seguras” – e o que melhor promete a realização disso que a remoção dos perigosos para espaços fora de alcance e de contato, espaços de onde não possam escapar?

4. O divórcio e a condição líquida do Amor.

4.1. A dissolução do casamento no Direito brasileiro.

As diversas formas de rompimento do instituto do casamento, no Brasil, sempre enfrentaram oposição. Principalmente nos anos em que o Direito Canônico dispunha sobre o matrimônio no país. Com o advento da república em 1889, o casamento passaria a ser secularizado, perdendo seu caráter confessional. Contudo, a característica indissolúvel

permaneceria, sendo que em 1916, com o primeiro Código Civil brasileiro, foi confirmada a impossibilidade da dissolução do casamento pela vontade das partes.

O Código de Beviláqua (1916) trazia instituto interessante: o desquite. Junto com a morte de um dos cônjuges e a nulidade ou anulação do casamento, o desquite permitia terminar a sociedade conjugal. Contudo, não era dissolução integral, visto que muitos efeitos jurídicos do matrimônio permaneciam se o desquite fosse “amigável”, como por exemplo, a impossibilidade de contrair novo casamento. Era de certa maneira uma separação, mas sem quebra do vínculo de jure.

Seguindo a linha histórica, é interessante notar o caráter constitucional da indissolubilidade do matrimônio no Brasil. Desde a Constituição de 1934, todas as Cartas Magnas brasileiras trouxeram tal dispositivo, ao contrário de outros países que costumavam tratar o assunto tão somente na seara do Direito Civil. Colocava-se no Brasil muito mais obstáculos para o surgimento do divórcio, já que qualquer alteração deveria se dar por meio de Emenda à Constituição, e não por lei ordinária.

E assim aconteceu com a Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, a qual deu nova redação ao artigo 175 da Constituição de 1969. Suprimiu-se a indissolubilidade do casamento. A lei que regulamentaria o divórcio seria a Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

No entanto, alguns critérios vieram junto com o divórcio, tais como a separação judicial e períodos mínimos de tempo para a completa desintegração do laço matrimonial. Critérios que alguns anos mais tarde deixaram de existir, já que o tempo mostraria a fragilidade do casamento na pós-modernidade. Isto ficou evidente com a chegada do século XXI e em 2010, com a Emenda Constitucional n. 66/2010, deixou de se exigir a separação judicial e qualquer tempo mínimo para o reconhecimento do divórcio.

Hoje, o casamento não é o mesmo fenômeno jurídico que as gerações passadas conheceram. Há vários dispositivos legais que fazem desse instituto um contrato que pode ser feito e desfeito do dia para a noite, como é o caso da separação extrajudicial presente no artigo 733 de nosso Código de Processo Civil.

O casamento foi, como tantos outros fenômenos da vida social, também influenciado pelo movimento que Bauman chamou de liquefação da modernidade.

4.2. *O Amor Líquido e as compras.*

Feito o breve relato, a primeira coisa que se deve ter em mente ao tratar as relações amorosas dos dias atuais é o consumismo. De acordo com Zygmunt Bauman, vive-se hoje na

sociedade do consumo, onde todas as práticas sociais se baseiam nesse fenômeno. Vida para o consumo, diz o título de um dos livros de Bauman. Como andar por shoppings sem o compromisso de comprar este ou aquele produto, como a liberdade de escolher o que der maior prazer, como a vantagem de me desfazer daquilo que causar o mínimo desconforto, assim acontece com as relações de amor atualmente.

Nas palavras de Bauman (BAUMAN, 2004, p. 21 e 22):

E assim é numa cultura consumista como a nossa (...) A promessa de aprender a arte de amar é a oferta (...) de construir a ‘experiência amorosa’ à semelhança de outras mercadorias, que fascinam e seduzem exibindo todas essas características e prometem desejo sem ansiedade, esforço sem suor e resultados sem esforço.

A sociedade moderna de 100 anos atrás, aquela que convivia com o desquite e não com o divórcio, era uma sociedade de produtores. Segundo Bauman, a vida era mais sólida, a certeza do futuro existia e a palavra “amor” possuía um peso de uma vida de dedicação. Porque assim era a vida da sociedade produtora: solidez. Tão sólida como as fábricas, as chaminés e os trens de sua época. Assim resumem certos pesquisadores em publicação da Universidade de São Paulo (AMORIM; SILVA; ROSA; PEREZ, 2018, p. 70-78):

A fase da modernidade sólida é aquela em que produzir e consumir tinham funções correlatas. Tudo deveria ter materialidade duradoura, permanente, com solidez e segurança, protegida da depreciação, numa sociedade denominada por Bauman de ‘a sociedade de produtores.

Continuam (AMORIM; SILVA; ROSA; PEREZ, 2018, p. 70-78):

Diferentemente dessa sociedade, na sociedade de consumidores o consumismo ‘associa a felicidade não tanto à satisfação de necessidades (como suas ‘versões oficiais’ tendem a deixar implícito), mas a um volume e uma intensidade de desejos sempre crescentes, o que por sua vez implica o uso imediato e a rápida substituição dos objetos destinados a satisfazê-la.

Dessa maneira, de acordo com o sociólogo polonês e os autores brasileiros, pela influência do objetivo básico da economia atual, o consumir, todos os aspectos da vida humana acabam diluídos, inclusive os laços afetivos, já que as relações de consumo são potencialmente mais fracas, frágeis, que as de produção. O consumo sempre pede mais, sempre pede o novo. Os autores citados comentam as consequências da sociedade baseada nesse fenômeno (AMORIM; SILVA; ROSA; PEREZ, 2018, p. 70-78):

Isso implica o surgimento de uma crescente instabilidade dos desejos, de uma insaciabilidade das necessidades, de um consumo instantâneo e conseqüentemente da substituição dos produtos e mercadorias de forma rápida e fluida, caracterizando uma sociedade líquida, inóspita ao planejamento, ao investimento e ao armazenamento de longo prazo.

4.3. *As consequências para o Direito.*

Então aparece o Direito como reflexo da sociedade. Naquele Brasil de 1916, fazia todo o sentido a lei surgir como espelho do que Bauman chamou de relações afetivas sólidas, que começavam com a possibilidade muito remota de um dia acabar.

Em estudo, publicado no ano de 2018, que buscou entender as motivações de casamentos duradouros, entrevistando casais com mais de 50 (cinquenta) anos de união, a segunda razão mais mencionada foi justamente a da indissolubilidade do matrimônio. Nota-se então a solidez da instituição do casamento no imaginário dessas pessoas. Modo de pensar este, concluem os pesquisadores, que foi adquirido por meio das gerações anteriores (SILVA; SCORSOLINI-COMIN; SANTOS, 2018, p. 8):

Esta categoria agrupa as referências ao casamento considerado no seu caráter indissolúvel e eterno, sendo focalizadas em 113 menções ao longo das entrevistas, sendo 43 delas por parte das esposas (38,05%), 46 por parte dos maridos (40,71%) e 24 pelo casal (21,24%). A insinuação dessa conotação tradicional emerge ao longo dos discursos especialmente quando os casais tocam na essência das próprias vivências, ou seja, naqueles eventos que forneceram a base para a construção de suas próprias individualidades.

E os autores citam comentário feito por certo casal (SILVA; SCORSOLINI-COMIN; SANTOS, 2018, p. 8):

Esposa: “Ah... Isso é, é a criação, né?”

Marido: “Eu acho que não é só a criação; é a criação e convivência”.

Esposa: “É... A criação, eu acho...”

Marido: “Tem que ter a convivência também”.

Esposa: “Porque a gente via os pais, como que era que era a vida deles, então acho que a gente tinha por obrigação de... De copiar, entendeu? Porque era o jeito que nós foi criado. Agora hoje não! Hoje é diferente, entendeu?”.

É interessante notar as últimas palavras do relato. Denota a compreensão das gerações nascidas décadas atrás de como as relações afetivas mudaram ao longo dos anos. Como o casamento perdeu seu caráter indissolúvel.

Neste sentido, com o surgimento de novas dinâmicas no século XX, que de acordo com Bauman, seriam mais velozes, fluidas e efêmeras, o Direito precisou ser repensado. As leis não puderam deixar de lado as transformações sociais que aconteciam. Foi preciso compreender que certas mudanças se faziam presente. A indissolubilidade do casamento teria que ser revista mais cedo ou mais tarde na sociedade brasileira que chegava cada vez mais perto do fim do século. Assim comenta Eduardo Carlos Bittar, professor do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), quando da escrita de um artigo científico sobre o fenômeno do amor líquido (BITTAR, 2007, p. 1):

A idéia de família sofre reajustes históricos. Na medida em que isto cria constrangimentos práticos, cujas alterações estruturais trazem conseqüências sociais quantificáveis, o próprio direito de família se vê constrangido a pensar e a entender a origem destas alterações...

Dessa maneira, a adaptação do Direito à liquidez é percebida quando se estuda a antiga impossibilidade de se contrair novo matrimônio, e seu desaparecimento ao longo do tempo. O Direito Canônico não permitia, pois o casamento era juramento perante Deus. O Direito brasileiro secular durante o século XIX e XX proibiu porque a união entre duas pessoas era sólida como todos os outros aspectos da vida o eram, e cabia à norma jurídica auxiliar, impulsionar, com todos seus dispositivos tal rigidez. Hoje, as leis não impedem alguém de possuir nova relação amorosa. Não poderia ser diferente, já que o Direito reflete sua sociedade. Neste movimento de reflexão, o ordenamento jurídico tem cada vez mais afastado sua burocracia das relações afetivas.

5. Conclusão

Por tudo o que foi escrito nestas páginas, resta evidente como vários conceitos e ideias de Zygmunt Bauman recebem acolhimento na ciência jurídica. O medo líquido, junto com outros fenômenos estabelecidos pela Criminologia e o Direito Penal, pode ajudar na explicação do sistema de justiça criminal. A prisão e a figura do criminoso convergem com aquilo que Bauman chamou de medo do “outro”, do estranho, aquele à margem da lógica de consumo.

Da mesma forma, estudando as obras de Bauman, percebe-se como que, para o autor, a fragilização dos laços humanos possui influência nas relações familiares e afetivas praticadas atualmente. Obviamente, o Direito seria influenciado, ou influenciaria, tal processo. Uma das influências foi a abstenção. Ao analisar o caso do Brasil, restou evidente certa flexibilização gradual do instituto do casamento a partir do século XX.

O objetivo da pesquisa foi mostrar como os escritos de Bauman podem contribuir ao Direito. Os praticantes e pesquisadores da ciência jurídica devem estar sempre abertos à ajuda de outras áreas. Neste caso, foi a ajuda de um sociólogo. O autor, tradutor, da modernidade líquida.

6 . Referências

AMORIM, Eliã Siméia Martins dos Santos; SILVA, Elis Rejane Santana da; ROSA, Jéssica; PEREZ, Clotilde. **O princípio do prazer: o hiperconsumo como escape em tempos de modernidade líquida**. Signos do Consumo, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 70-78, 2018. Disponível em: < <https://doi.org/10.11606/issn.1984-5057.v10i2p70-78> > DOI: 10.11606/issn.1984-5057.v10i2p70-78.

- BARBOSA, Kelly de Souza; COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. A questão étnico-racial do sonho americano: o encarceramento dos pobres e negros no Estado policial. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, São Paulo, v. fe/mar. 2018, n. 1, p. 164-182, 2017.
- BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, págs. 21, 22, 37, 150, 151.
- BAUMAN, Zygmunt. **Bauman sobre Bauman: diálogos com Keith Tester**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 78, 131.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, pág. 116.
- BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 172.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 15, 121, 139.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Família, sociedade e educação: um ensaio sobre individualismo, amor líquido e cultura pós-moderna. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 102, n. ja/dez. 2007, p. 591-610, 2007, p. 1. DOI: 10.11606/issn.2318-8235.v102i0p591-610.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2019.
- _____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2017.
- BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (org.). **Retrato das desigualdades de gênero e raça**. 4. ed. Brasília: Ipea, 2011. 39 p. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/revista.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2020.
- BRASIL. Ministério da Justiça/Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Junho de 2014**. Brasília, DF: MJ, 2014. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-esta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2020.
- DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Evolução histórica e legislativa da família e da filiação**. 2011. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-85/evolucao-historica-e-legislativa-da-familia-e-da-filiacao/#_ftn1. Acesso em: 20 jun. 2020.
- GOMES, Isabel Cristina; ZANETTI, Sandra Aparecida Serra. **Laços mal-atados como efeito de funcionamento falso-self em tempos de desconfiança**. *Psicologia Clínica*, Rio de Janeiro, p. 171-183, 2011. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-56652011000100011&script=sci_arttext > DOI: 10.1590/s0103-56652011000100011.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LIPOVETSKY, Gilles. **A Era do Vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo**. São Paulo: Editora Manole, 2005.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 8º ed. Rio de Janeiro: Tirant Lo Blach, 2018, págs. 11 e 492.
- SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa M.. **Brasil: uma biografia**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 79.



SILVA, Lúcio Andrade; SCORSOLINI-COMIN, Fabio; SANTOS, Manoel Antônio dos. **Motivações para a manutenção do casamento.** *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 23, 2018, p. 8. Disponível em: <
<http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/PsicolEstud/article/view/41155/pdf> > DOI:
10.4025/psicolestud.v23.e41155.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva.** 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.

CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: UMA ANÁLISE DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS À LUZ DA PÓS-MODERNIDADE

INTERMITTENT EMPLOYMENT CONTRACT: AN ANALYSIS OF LABOR RELATIONS IN THE LIGHT OF POST-MODERNITY

Victor Silva Dias¹

Resumo: A Reforma Trabalhista, Lei 13.467/2017, trouxe ao ordenamento jurídico pátrio uma série de “inovações” e mudanças na dinâmica trabalhista brasileira. Desta forma, o presente trabalho, busca analisar tal temática, através da ótica da sociologia pós-moderna. Sendo assim, é feita a conceituação do que é a pós-modernidade e suas principais características, relacionando esse imaginário social com as relações trabalhistas atuais, principalmente com o Contrato de Trabalho Intermitente.

Palavras-Chave: Modernidade Líquida. Direito do Trabalho. Sociologia Jurídica. Flexibilização. Desregulamentação.

Abstract: The Labor Reform, Law 13.467 / 2017, brought to the national legal system a series of “innovations” and changes in the Brazilian labor dynamics. That way, the present work seeks to analyze this theme, through the perspective of postmodern sociology. Therefore, the concept of what post modernity is and its main characteristics are made, relating this social imaginary with the current labor relations, especially with the Intermittent Employment Contract.

Keywords: Liquid Modernity. Labor Law. Legal Sociology. Flexibilization. Deregulation.

1. Introdução

A pós-modernidade rompeu com significativos valores sociais e individuais, assim, ameaçando os dogmas norteadores da sociedade humana. Emerge-se, portanto, em decorrência disso, uma nova sociedade, fruto de um capitalismo tardio e extremamente consolidado, pautado pelo consumismo excessivo.

Diante de todas essas mudanças sociais, faz-se necessário apontar e refletir sobre como a pós-modernidade interfere nas relações trabalhistas atuais, bem como no Direito do Trabalho brasileiro.

Assim sendo, o objetivo principal deste artigo é analisar, à luz da sociologia pós-moderna, como o trabalho, o trabalhador e o empregador estão se comportando diante de todas essas profundas alterações sociais. E de uma forma mais específica, trazer à tona, a discussão sobre o

¹ Pós-graduando em Direito Civil pela Universidade Estadual de Maringá (UEM); Pós-graduando em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Damásio Educacional; Advogado; Três Lagoas, MS, Brasil. E-mail: victorsilvadias.adv@gmail.com.

Contrato de Trabalho Intermitente, uma nova modalidade contratual implementada pela Reforma Trabalhista, Lei 13.467/2017.

Para tanto, o método de pesquisa utilizado será o qualitativo com enfoque na revisão bibliográfica de textos históricos, sociológicos, jurídicos e revisões doutrinárias.

A partir disso, o presente trabalho é organizado de uma forma progressiva. De início, será tratado sobre a pós-modernidade, o que ela é e quais são os seus conceitos e características principais. Com base nisso, discorrer-se-á a respeito das relações trabalhistas imersas nessa sociedade pós-moderna, bem como sobre a flexibilização dos direitos sociais e trabalhistas.

Por fim, será apresentado o Contrato de Trabalho Intermitente e como ele se relaciona com todas as análises e conceitos apresentados sobre a modernidade líquida. Não somente criticando a sua natureza, mas sim, analisando-o, o contrato, como um fenômeno social proveniente dos novos valores impostos pela pós-modernidade.

2. Pós-modernidade e seus conceitos

A Pós-modernidade, como o nome sugere, é um “modelo emergente” de sociedade “que se opõe ao funcionalismo dominante da modernidade e que procura ter valor em si mesmo” (DUQUE; CALHEIROS, 2019. p. 47). Ou seja, a pós-modernidade é um conceito de sociedade que rompe com todo o pensamento moderno, compondo a estrutura sociocultural da sociedade do fim dos anos 80 até os dias atuais. Esse “modelo emergente” de pensamento surge com o efetivo triunfo do modo de produção capitalista e sua incidência na dinâmica social e no imaginário da população. Conforme preconiza Adelman,

O momento “pós-moderno” – significado como fase histórica do capitalismo tardio e seu “reflexo” no pensamento - também é representado como deterioração: deterioro de possibilidades críticas e contestatórias, triunfo final de uma sociedade capitalista, sem mais capacidade de manter uma oposição política e cultural autêntica. (ADELMAN, 2019. p. 187)

Sendo assim, a pós-modernidade representa uma sociedade acomodada, sem a real condição de formulação de pensamento crítico e contraditório ao sistema vigente. Na análise de Habermas por Duque e Calheiros,

Para Habermas, a ideia de ser moderno mudou a partir da confiança inspirada na ciência, no progresso infinito do conhecimento e numa profunda melhoria social e moral. (HABERMAS, 1988, *apud* DUQUE; CALHEIROS, 2019. p. 47)

Essa crença geral de que a ciência resolverá todos os problemas existentes na sociedade, aliado ao fato de que o conhecimento humano não possui mais barreiras, transformou o nosso imaginário social em um ambiente totalmente desprovido de criticidade e de cultura genuinamente autêntica.

O pensamento pós-moderno, na visão de Horkeimer, é um estilo de vida que se utiliza da “instrumentalização da razão e da vida” (HORKEIMER, 2000), bem como da afirmação do “vivido em cada momento sem função de preparar outra coisa” (LYOUTARD, 1987). (*apud* DUQUE; CALHEIROS, 2019. p. 47)

A partir da ideia central desses pensadores, tem-se que a função da razão e da vida passaram a ter um caráter de instrumentalização, ou seja, passa-se a crer que a razão serve somente para proporcionar uma maior qualidade de vida, que a ciência, por meio de avanços tecnológicos, irá inventar mais e mais “*gadgets*” para facilitar a nossa existência, contudo, sem uma real função para nos preparar para os problemas futuros e muito menos para resolver os problemas já existentes.

Este Esteticismo é uma crítica frontal às ideologias modernas do desenvolvimento (MORIN, 2001), do crescimento e da sedução reducionista da novidade (MARDONES, 1988). (*apud* DUQUE; CALHEIROS, 2019. p. 47-48)

Portanto, para Ronald Inglehart a pós-modernidade diz respeito a um período de profundas mudanças globais, considerando-as de uma forma bem otimista e positiva, visto que, muitas delas estão ligadas a um aumento da qualidade de vida, aumento do bem-estar. (CASTELA, 2003. p. 100-101)

Diferentemente, Fernando Gil Villa, possui uma concepção mais negativa a respeito da pós-modernidade, para ele este período está relacionado com o *niilismo*.

“Este *niilismo* está fora das posturas pessimistas sendo um estado que se deve aceitar e com o qual se deve viver, não sendo, para o autor, o mesmo que caos” (CASTELA, 2003. p. 100-101).

A pós-modernidade é um “fenômeno complexo” (GILL VILLA, 1999, p. 20), e Castela a distingue em duas classificações diferentes:

O primeiro que considera patológico e no qual o *niilismo* é reactivo ou seja, há uma reacção ao período em que se vive em função de valores superiores, desvalorizando-os. O segundo é um estado normal em que o *niilismo* é ativo deixando o ressentimento do anterior e aceitando “as limitações da natureza humana” (Ibid.: 22). Aceita-se a vida como ela é, sem grandes ilusões. É, pois, este período que estamos a viver na pós-modernidade. (CASTELA, 2003. p. 101)

Boaventura de Sousa Santos, a respeito da pós-modernidade sintetiza como “o tal futuro prometido pela modernidade não tem futuro” (SOUSA SANTOS, 1994, p. 277), diz ainda, que certas pessoas realizam “a morte do futuro para finalmente celebrar o presente” (SOUSA SANTOS, 1994, p. 278). Desta forma, a modernidade líquida se apresenta como uma utopia, e somente através dessa utopia é que se pode reinventar um futuro, procurando novas possibilidades. (CASTELA, 2003. p. 101)

E tanto Inglehart como Sousa Santos referem que as mudanças económicas, políticas e culturais se produzem ao mesmo tempo, ou seja, que os fenómenos mais importantes são ao mesmo tempo políticos, económicos e culturais. (CASTELA, 2003. p. 101)

A partir deste trecho, pode-se realçar ainda mais o fato de que o período pós-moderno é caracterizado por grandes mudanças na sociedade, sejam elas nos campos “político, econômico e cultural”. (CASTELA, 2003. p. 101)

Ademais, depreende-se certas particularidades e características a respeito dessa época.

A principal característica é o individualismo. Esse conceito, no sentido de que o grande protagonista da sociedade atual é o indivíduo, o foco não é mais o bem comum de toda sociedade, ou até mesmo a prosperidade e a força do Estado. E é nesta dinâmica social que o homem e a mulher, se definem “mais pelos seus interesses próprios do que pelos papéis sociais” (CASTELA, 2003. p. 101), referindo-se à crise do “*homo sociologicus*”. Aliado a isso, tal processo de individualização está intimamente ligado com a compulsão ao consumo imposta pelo “capitalismo tardio”.

A modernidade líquida, conforme descrito por Bauman, anuncia um período de desregulamentação, de fragilidade dos laços humanos e de privatização das tarefas e deveres modernizantes.

As relações humanas, sob a égide da modernidade líquida, tendem a uma superficialidade inerente que leva os indivíduos a estabelecer e romper relacionamentos rapidamente, uma vez que se verifica uma espécie de descartabilidade em tal contexto. (BERSANI, 2012, p. 81-82)

Portanto, o individualismo é a característica mais marcante da pós-modernidade. É a partir dele que as relações sociais estão se tornando cada vez mais líquidas e intangíveis. O individualismo segrega as pessoas em sua própria rotina, em seu próprio mundo, enfraquecendo ainda mais a sociedade.

3. As relações de trabalho e a flexibilização dos direitos sociais na sociedade pós-moderna

As mudanças socioculturais provocadas pela pós-modernidade afetaram significativamente a dinâmica trabalhista na atualidade. O trabalho, na modernidade, no capitalismo sólido, estava inserido em um contexto de elevado valor social e moral. O trabalho era visto como uma forma de se chegar ao bem-comum em prol de toda sociedade. Acreditava-se que por meio do trabalho, aliado às novas tecnologias e conhecimentos, os problemas mais graves haveriam de ser resolvidos.

Existia uma íntima ligação entre o capital e o trabalho. Sendo assim, para Bauman, capital e trabalho estavam conectados por uma forte mutualidade e dependência. Os trabalhadores necessitavam do trabalho para sobreviver, ao passo que os empregadores precisavam empregá-los, a fim de produzir capital. (BAUMAN, 2001, p. 168)

Sendo assim, essa ideia de mutualismo entre trabalho e capital era fruto da sensação de solidez e proteção na qual a fábrica transmitia.

Tal qual as paredes feitas de pedra e aço das fábricas, as relações sociais e de trabalho eram sólidas, eis o motivo pelo qual Bauman cunha a expressão “modernidade sólida” e “capitalismo pesado”. Essas relações instituíam uma mentalidade social de longo prazo. Ainda de acordo com Bauman,

Os destinos das pessoas que compram trabalho e das pessoas que o vendem estão inseparavelmente entrelaçados por muito tempo ainda. (BAUMAN, 2001, p. 169)

Ocorre que a mentalidade pós-moderna acaba com a sensação de solidez das relações trabalhistas. A modernidade líquida eleva o ser humano ao grau máximo de individualismo e egocentrismo. Não há mais aquele sentimento de trabalhar em prol de um determinado fim realmente relevante, desta forma, o trabalho:

Adquiriu - ao lado de outras atividades da vida - uma significação principalmente estética. Espera-se que seja satisfatório por si mesmo e em si mesmo, e não mais medido pelos efeitos genuínos ou possíveis que traz a nossos semelhantes na humanidade ou ao poder da nação e do país, e menos ainda a bem-aventurança das futuras gerações. (...) A pessoa é medida e avaliada por sua capacidade de entreter e alegrar, satisfazendo não tanto a vocação ética do produtor e criador quanto as necessidades e desejos estéticos do consumidor, que procura sensações e coleciona experiências. (BAUMAN, 2001, p. 160-161)

As novas tecnologias e a nova dinâmica do capital e da sociedade de consumo, fazem com que o trabalho deixe de ser exercido nas antigas fábricas, as paredes de pedra e aço, símbolo da solidez das relações entre os empregados e o empregador, dão lugar a um local de trabalho volátil, mutável, em constante transformação. O capital não depende mais exclusivamente do trabalho, o capital gera capital.

Na modernidade líquida não há mais fronteiras físicas, a globalização e os meios de comunicação encurtaram as distâncias entre as pessoas. As trocas de informações se tornam extremamente céleres e diretas, sem a necessidade de intermediários, como ocorria na modernidade sólida. O capital e o mercado seguem essa mesma lógica, o sistema financeiro do sec. XXI é pautado na tecnologia e digitalização, meios pelos quais permitem que as transferências mercantis sejam muito mais simples e eficientes. Portanto, não há mais aquela forte relação entre capital e trabalho.

Continuando com a ideia de Bauman,

Numa medida nunca alcançada na realidade pelos "senhores ausentes" de outrora, o capital rompeu sua dependência em relação ao trabalho com uma nova liberdade de movimentos, impensável no passado. A reprodução e o crescimento do capital, dos lucros e dos dividendos e a satisfação dos acionistas se tornaram independentes da duração de qualquer comprometimento local com o trabalho (BAUMAN, 2001, p. 172).

Com isso, pode-se dizer que o trabalho, atualmente, se relaciona muito mais com a sociedade de consumo. Trabalha-se com o intuito de consumir, o trabalhador é seduzido pelo

consumo, a maioria do ganho patrimonial é revertido em favor do consumo e para uma melhor qualidade de vida, contudo, uma qualidade de vida extremamente individualizada.

É a partir desses valores impostos pela modernidade líquida, no qual a solidez das relações trabalhistas e a mentalidade moderna de longo prazo dão lugar às relações trabalhistas totalmente incertas e de curto prazo. A saturação do mercado de trabalho e conseqüentemente a extrema concorrência, fazem com que inúmeros trabalhadores se submetam a jornadas de trabalho excessivas e/ou degradantes, sem nenhuma perspectiva de garantia de seus direitos.

(...) "Flexibilidade" é o slogan do dia, e quando aplicado ao mercado de trabalho augura um fim do "emprego como o conhecemos", anunciando em seu lugar o advento do trabalho por contratos de curto prazo, ou sem contratos, posições sem cobertura previdenciária, mas com cláusulas "até nova ordem". A vida de trabalho está saturada de incertezas. (BAUMAN, 2001, p. 170)

Portanto, a flexibilização dos direitos trabalhistas está relacionada com o conceito de desregulamentação. A desregulamentação e flexibilização das relações de trabalho só é possível em um sistema de regulamentação inflexível. Isto posto, a desregulamentação dos direitos trabalhistas, nada mais é, do que o processo pelo qual eles são revogados, excluindo a sua regulamentação. Portanto, a desregulamentação é uma forma de flexibilização a partir de alterações legislativas (NETO, 1997, p. 36). Ainda segundo Neto,

A flexibilização do direito do trabalho é o conjunto de medidas destinadas a afrouxar, adaptar ou eliminar direitos trabalhistas de acordo com a realidade econômica e produtiva. Ao menos em tese, não necessariamente todo tipo de flexibilização demanda uma desregulamentação. Porém, o receituário neoliberal insiste em vincular a flexibilização à desregulamentação. Não obstante o aspecto funcional da flexibilização indicado, muitos outros significados atribuem-se ao assunto. (NETO, 1997, p. 36)

Partindo-se dos pressupostos da pós-modernidade e, também, do neoliberalismo, essas duas visões de mundo entendem a flexibilização como predominantemente desregulamentação. Atacando diretamente as normas e os direitos trabalhistas positivados, como forma de "fazerem valer" as vontades dos empregadores e do sistema econômico.

Sendo assim, à luz da pós-modernidade e com base na transformação dos meios de produção, ligados ao mercado globalizado e às reduções das fronteiras internacionais para o comércio, tem-se que a flexibilização normativa é uma consequência desse imaginário pós-moderno (NOGUEIRA, 2003, p. 210).

A justificativa para essa flexibilização é a de que o Direito do Trabalho é muito rígido, não acompanhando as rápidas mudanças da dinâmica social e principalmente da dinâmica mercantil e econômica (NOGUEIRA, 2003, p. 210). Sendo assim, a modernidade líquida clama pela precarização das condições de trabalho e pela flexibilização dos direitos e garantias trabalhistas.

Esse ideal pós-moderno é amplamente usado na sociedade brasileira atual, dizendo que, uma das únicas formas de superação da crise econômica é através da supressão de direitos sociais. Alegando que o Estado brasileiro é protecionista ao extremo, impedindo o desenvolvimento econômico. Nogueira afirma que

O discurso propõe a flexibilização, afirmando que o excesso de normas atrapalha o desenvolvimento da economia e, por isso, gera recessão. Há inclusive o discurso da retomada dos postos de trabalho. Contudo, é público e notório que a simples alteração das normas não recupera aquilo que não existe, ou seja, a possibilidade de emprego para todos aqueles que dele dependem para sua sobrevivência. Assim, o que se consegue é apenas o agravamento da situação social atual. (NOGUEIRA, 2003, p. 211)

Portanto, a flexibilização das normas trabalhistas, ou até mesmo dos direitos sociais como um todo, vem como uma resposta a esse sentimento pós-moderno e neoliberal, pautado em uma sociedade individualista e consumista, na qual os personagens mais importantes são o capital e o consumo.

Tanto a flexibilização das relações trabalhistas como a mentalidade de “curto prazo”, são sintetizadas na história recente do Direito do Trabalho, no Brasil, por meio da Reforma Trabalhista, a Lei n. 13.467/2017 e consequente o Contrato de Trabalho Intermitente, uma “nova” modalidade contratual apresentada pela referida Lei.

4. O Contrato de Trabalho Intermitente: uma modalidade contratual genuinamente pós-moderna

O trabalho intermitente é, portanto, a relação trabalhista na qual o empregado atende a uma demanda, casual, de serviços. O empregador chama o empregado para trabalhar, de acordo com a sua necessidade e a da empresa. Com isso, a principal característica dessa modalidade de trabalho é a ocorrência de lapsos temporais entre uma prestação de serviço e outra, contudo, sem a necessidade de se editar novo contrato de trabalho, sem a extinção da subordinação para com o empregador.

Apesar de ser uma modalidade nova aqui no Brasil, a Reforma Trabalhista importou esse instituto com base em ordenamentos estrangeiros. Em especial da Espanha e Portugal, assim sendo, o contrato intermitente, no Direito Espanhol, se encontra no artigo 16 do Estatuto dos Trabalhadores, o qual estabelece que o referido contrato se trata de um acordo por tempo indeterminado, sendo necessário que o trabalho realizado tenha a característica de ser fixo e descontínuo, não se repetindo em datas certas, e que esteja dentro do volume normal de atividades da empresa (ALVES, p. 2-3).

(...) o trabalho “fixo descontínuo” é aquele que é reiterado de forma cíclica e intermitente, não devendo ser confundido com o trabalho eventual, ou por obra, ou por tempo determinado. (ALVES, p. 2-3)

Alves, ao abordar o contrato intermitente em Portugal, expõe que os dispositivos normativos referentes são os artigos 157º a 160º, do Código de Trabalho Português. (ALVES, p. 3)

Sempre que a atividade na empresa tenha desconformidades temporais ou variação de intensidade, pode acordar-se que a prestação de trabalho seja intercalada por períodos de inatividade. No fundo, em vez do paradigma do trabalho de cinco dias por semana e oito horas por dia com intervalo de descanso, pode ajustar-se que os períodos de atividade são interrompidos por períodos de inatividade. Os períodos de inatividade podem ser prolongados, de dias, semana, etc., muito comum em atividades sazonais, ou curtos de horas, caso em que a prestação de trabalho é interpolada em cada dia. (MARTINEZ, 2013. p. 520)

Além disso, o ordenamento jurídico português faz a distinção entre o trabalho intermitente alternado e o de chamada, duas modalidades peculiares de contrato intermitente.

Portanto, tanto para o Direito espanhol, quanto para o Direito português, a principal característica da relação de trabalho intermitente é a ocorrência de aberturas na prestação de serviços, uma fenda, um lapso temporal. Essa fenda pode ser fruto da própria atividade da empresa, como por exemplo uma atividade agrícola que trabalha com a sazonalidade das safras, ou até mesmo algum comércio que possui algum período de temporada. E neste caso, a sub modalidade indicada seria a do Contrato alternado. Ao passo que o contrato por chamada, não dependeria da função ou atividade da empresa, mas sim, sobre a sua produção, a sua demanda de empregados e serviços. (MARTINS, [s/d])

Desta forma, a Lei nº 13.467 de 2017, ao inovar o ordenamento pátrio com essa nova modalidade, utilizou-se dessas mesmas lógicas encontradas nesses ordenamentos estrangeiros. Destarte, a referida Reforma modificou o Art. 443, da Consolidação das Leis do Trabalho, em específico o §3º, afim de que abarcasse essa definição, com isso, o aludido dispositivo legal estatui:

Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.

(...)

§ 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria. (BRASIL, 1943)

Dito isso, conclui-se que o legislador, simplesmente, se valeu das definições já citadas aqui, e de uma forma, um tanto quanto mais simples. Não fazendo nenhuma distinção entre sub modalidades, tal qual o ordenamento português, ou até mesmo impondo algumas maiores restrições, como o espanhol. Deixando a norma muito aberta e sem especificidade.

Diante disso, o contrato intermitente surge como uma das máximas expressões do sentimento pós-moderno dentro da dinâmica social e trabalhista brasileira. Essa nova modalidade

contratual vem com a proposta de se enquadrar como uma forma de dominação do empregado, servindo, principalmente, a favor do capital e do empregador.

Sendo assim, a pretensão dos donos do capital e dos seus “prepostos”, encontrados nos poderes da República, é a de minimizar os custos do trabalho em função da classe trabalhadora e da Constituição Federal. (ALVES, p. 10)

O conteúdo da Lei 13.467/17 desconstrói o Direito do Trabalho como conhecemos, contraria alguns de seus princípios básicos, suprime regras favoráveis ao trabalhador, prioriza a norma menos favorável ao empregado, **autoriza a livre autonomia da vontade individual**; permite que o **negociado individualmente** e coletivamente prevaleça sobre o legislado (para reduzir direitos trabalhistas), **valoriza a imprevisibilidade do trabalho intermitente**, exclui regras protetoras de direito civil e de processo civil ao direito e processo do trabalho. (CASSAR, p.251-252, nosso grifo)

Depreende-se e destaca-se alguns trechos supracitados: “autoriza a livre autonomia da vontade **individual**”; “**negociado individualmente**”; “valoriza a **imprevisibilidade** do trabalho intermitente”. Todos esses termos destacados, demonstram claramente os mesmos símbolos e significados pelos quais a modernidade líquida se assenta.

Tal qual foi demonstrado anteriormente, a sociedade pós-moderna é pautada por relações individuais, imprevisíveis, de curto prazo. Relações líquidas, voláteis, que não demonstram nenhuma segurança. Essa mesma lógica permeia as relações de trabalho, fazendo com que um dos principais focos da modernidade líquida seja a precarização das relações de emprego e dos direitos trabalhistas, a fim de patrocinar o lucro dos empregadores e dos donos do capital.

Em relação à essa ideia, Bauman preconiza que

Quando a utilização do trabalho se toma de curto prazo e precária, tendo sido ele despedido de perspectivas firmes (e muito menos garantidas) e portanto tornado episódico, quando virtualmente todas as regras relativas ao jogo das promoções e demissões foram esgotadas ou tendem a ser alteradas antes que o jogo termine há pouca chance de que a lealdade e o compromisso mútuos brotem e se enraizem. Ao contrário dos tempos de dependência mútua de longo prazo, não há quase estímulo para um interesse agudo, sério e crítico por conhecer os empreendimentos comuns e os arranjos a eles relacionados, que de qualquer forma seriam transitórios. O emprego parece um acampamento que se visita por alguns dias e que se pode abandonar a qualquer momento se as vantagens oferecidas não se verificarem ou forem consideradas insatisfatórias – e não com um domicílio compartilhado onde nos inclinamos a ter trabalho e construir pacientemente regras aceitáveis de convivência. Mark Granovetter sugeriu que o nosso é um tempo de “laços fracos”, enquanto Sennett propõe que “formas fugazes de associação são mais úteis para as pessoas que conexões de longo prazo”. (BAUMAN, 2001, p. 171)

Portanto, o contrato intermitente se encaixa perfeitamente na dinâmica pós-moderna, visto que, uma das principais consequências desse tipo de relação trabalhista é a do enfraquecimento dos laços sociais e pessoais.

Alicerçado no fato de que o contrato intermitente pressupõe lapsos temporais entre uma prestação de serviço a outra, é de se pensar que por esse motivo a relação empregado-empregador se torna infinitamente mais fraca do que uma contratação trabalhista comum. Não há mais a

convivência entre ambas as partes, há simplesmente uma “prestação de serviço”, fazendo com que muitos doutrinadores apelidem esta relação trabalhista como sendo um “bico legal”.

Além do enfraquecimento das relações entre empregado-empregador, tem-se ainda, o enfraquecimento do vínculo entre empregado-empregado. Situação ainda mais alarmante e degradante.

Os direitos trabalhistas foram conquistados durante muito tempo e por meio de muita luta dos trabalhadores. Desta forma, os direitos laborais, garantidores de condições mínimas e direitos básicos para uma relação de trabalho sadia, só foi possível mediante a organização e luta dos trabalhadores e de suas associações, o papel do Estado foi o de simplesmente reconhecer a existência desses direitos. (NOGUEIRA, 2003, p. 210)

Em vista disso, as relações intermitentes, imbuídas por fortes valores pós-modernos, tais quais a liquidez das relações sociais e a individualização do indivíduo, fazem com que as oportunidades de socialização, relacionamento e organização entre os próprios trabalhadores sejam suprimidas. O lapso temporal, característico dessa modalidade contratual, produz no trabalhador um sentimento de não pertencimento, dentro do seu próprio local de trabalho.

A lógica pós-moderna da individualização e das relações a “curto prazo”, limita a luta pelos direitos trabalhistas. Pois, como o trabalhador irá lutar por melhores condições de trabalho, melhores condições de vida, sendo que ele sozinho é apenas um, é apenas uma parte extremamente fraca, em meio ao caos das relações entre empregado-empregador e nas relações de mercado.

A modernidade líquida, através do trabalho intermitente, é tão cruel com o trabalhador que além de desregulamentar as normas de Direito do Trabalho, subtrai de uma forma tão sutil, e avassaladora, as condições para que os trabalhadores se organizem e pleiteiem melhores condições de vida e trabalho.

Os medos, ansiedades e angústias contemporâneos são feitos para serem sofridos em solidão. Não se somam, não se acumulam numa "causa comum", não têm endereço específico, e muito menos óbvio. Isso priva as posições de solidariedade de seu status antigo de táticas racionais e sugere uma estratégia de vida muito diferente da que levou ao estabelecimento das organizações militantes em defesa da classe trabalhadora. (BAUMAN, 2001, p. 171)

Neste mesmo entendimento, Bauman destaca:

Bourdieu conclui que fatos recentes **"quebraram os fundamentos das solidariedades passadas"** e que o resultante **"desencantamento vai de mãos dadas com o desaparecimento do espírito de militância e participação política"**. (BAUMAN, 2001, p. 171, nosso grifo)

Aliado à essa precarização das relações trabalhistas em um âmbito social, imaterial, e de certa forma subjetivo. Há, ainda, problemas objetivos e materiais. Depreende-se com a leitura do art. 443, § 3º, da CLT, que não há nenhuma restrição ao tempo de inatividade pelo qual o

trabalhador poderá estar submetido. Desta forma, através de uma visão mais clara e objetiva, inatividade significa não receber salário. Ao passo que as modalidades contratuais de trabalho tradicionais remuneram até mesmo os eventuais períodos de inatividade. Aqui tem-se que esse período não padece de remuneração, visto que a remuneração será somente mediante após o cumprimento da prestação de serviço, serviço este, que depende única e exclusivamente da convocação do empregador.

De acordo com Delgado, sobre os preceitos jurídicos,

Lidos, apressadamente e em sua literalidade, os novos preceitos jurídicos parecem querer criar um contrato de trabalho sem salário. Ou melhor: o salário poderá existir, ocasionalmente, se e quando o trabalhador for convocado para o trabalho, uma vez que ele terá o seu pagamento devido na estrita medida desse trabalho ocasional. (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 154-155)

Essa situação salarial se torna o ponto mais crítico na vida do trabalhador. No contrato de trabalho intermitente, há uma relação de emprego formalmente registrada em Carteira de Trabalho, contudo, não há garantia nenhuma de que ao final do mês, o trabalhador irá receber algum valor salarial. Ficando, este, preso ao chamado do empregador, havendo a possibilidade de não trabalhar por horas, dias, semanas ou até meses, e é claro, não recebendo salário algum durante esse tempo de espera.

Alves explica que

Trata-se claramente de se dividir os riscos do empreendimento com o empregado, sem que ele participe, obviamente, dos lucros. (ALVES, p. 10)

Evidente que essa questão causa uma enorme incerteza para o trabalhador, não há como programar seus gastos, a sua vida, ele fica jogado à própria sorte, ao acaso. Ou melhor dizendo, o trabalhador fica totalmente à mercê de seu empregador. Isso gera uma sensação de enorme incerteza, incerteza esta, que é também uma das características da modernidade líquida.

O trabalhador inserido nessas relações líquidas de trabalho fica extremamente desamparado. Os seus direitos são incertos, a oportunidade de emprego é mais incerta ainda, e até mesmo quando este é contratado, não quer dizer nada, pois mesmo assim, isso não é garantia de que desempenhará o seu trabalho e ao final do mês receberá a sua remuneração.

a vida de trabalho sempre foi cheia de incertezas, desde tempos imemoriais. A incerteza de hoje, porém, e de um tipo inteiramente novo. (...) A incerteza do presente é uma poderosa força *individualizadora*. Ela divide em vez de unir e como não há maneira de dizer quem acordará no próximo dia em qual divisão, a idéia de "interesse comum" fica cada vez mais nebulosa e perde todo valor prático. (BAUMAN, 2001, p. 170)

Rodeado de incertezas, solitário e preso na sua própria individualização, cercado pelos donos do capital que querem a qualquer custo sugar a sua força em prol de um capitalismo leve e de uma sociedade consumista. Como o trabalhador irá transpor os problemas das relações líquidas?

Como ele irá se proteger das adversidades do Contrato de trabalho intermitente? O Estado, o qual deveria protegê-lo já não o faz com tanta disposição e eficácia, reforçando, ainda mais, o sentimento pós-moderno da descrença nas instituições políticas.

5. Conclusão

A modernidade líquida, decorrente do capitalismo tardio e do consumismo, alterou significativamente as relações trabalhistas e o próprio conceito de trabalho.

Os relacionamentos sociais tornaram-se completamente incertos, líquidos e substituíveis. Culminando com o surgimento do Contrato de Trabalho Intermitente e da Reforma Trabalhista.

Portanto, pensar os Direitos Sociais sob a ótica da pós-modernidade é de extrema necessidade. Não somente para evitar injustiças, mas sim, para compreender o Direito como um fato social, inserido em uma sociedade completamente diferente.

Uma sociedade de indivíduos perdidos, angustiados, individualistas e jogados à própria sorte.

Sendo assim, qual o real papel do Estado e do Direito? Como proporcionar segurança jurídica em uma sociedade líquida, marcada pelas incertezas e inseguranças inerentes à natureza humana?

Questões que necessitam ser respondidas, mas acima de tudo, precisam ser levantadas e discutidas. Aplica-se o Direito, contudo, para transpor as barreiras da pós-modernidade é necessário, acima de tudo, pensá-lo.

6. Referências Bibliográficas

ADELMAN, Miriam. **Visões da Pós-modernidade:** discursos e perspectivas teóricas - Disponível em: http://www.ufjf.br/labesc/files/2012/03/Sociologias_2009_Vis%C3%B5es-da-p%C3%B3s-modernidade-discursos-e-perspectivas-te%C3%B3ricas.pdf, Acesso em: 22 de out. 2019.

ALVES, Amauri Cesar. **Trabalho Intermitente e Os Desafios da Conceituação Jurídica.** Disponível em: <https://www.trt3.jus.br/escola/download/artigos/Artigo-Amauri-Cesar-Alves-Trabalho-intermitente-e-os-desafios-da-conceituacao-juridica.pdf>, Acesso em: 26 nov. 2019.

BAUMAN, Zygmunt, **Modernidade líquida.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2001.

BERSANI, Humberto. **Direito do trabalho na modernidade líquida sob a perspectiva dos Direitos Humanos.** 2012. Dissertação (Mestrado em Diretos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/D.2.2012.tde-27082013-142545. Acesso em: 2019-11-24.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13. jul. 2017. **Diário Oficial**, Brasília, 2017 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.442, de 01. mai. 1943. Consolidação das Leis do Trabalho, **Diário Oficial**, Brasília, 1943. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm.

CASSAR, Vólia Bomfim, Uma Das Novidades Da Reforma Trabalhista: O Contrato Intermitente. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região / Escola Judicial do TRT da 21ª Região**, vol. 25, n. 18, Natal/RN, p.251-257.

CASTELA, Ana. A mudança cultural a que chamamos pós-modernidade: valores em crise vs novos valores. **Gestin**. ISSN 1645-2534. Ano 2, Nº 2, p. 99-107, dez 2003. de 2009. Disponível em: <https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/772/1/artigo2.pdf>.

DELGADO, Maurício Godinho; Delgado, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: Ed LTr, 2017.

DUQUE, Eduardo Jorge e CALHEIROS, António Almeida. **Trabalho, igualdade e inclusividade na pós-modernidade** - Disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/24205>, Acesso em: 22 de out. 2019.

GILL VILLA, F. *El mundo como desilusión*. Madrid. 1999.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do trabalho**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

MARTINS, André Almeida. **O trabalho intermitente como instrumento de flexibilização da relação laboral: o regime do Código de Trabalho de 2009**, [s/d].

NETO, José Francisco Siqueira. **Direito Do Trabalho e Flexibilização No Brasil. São Paulo em perspectiva**, São Paulo, jan. 1997, v. 11, p. 33-41.

NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. O Novo Direito Do Trabalho Na pós-Modernidade E O Papel Da Justiça Do Trabalho. **Revista do TRT da 15ª região**, n. 22, jun 2003, p. 209-2019.

SOUSA SANTOS, B. **Pela mão de Alice: O Social e o Político na Pós-modernidade**. Porto, Ed. Afrontamento, 1994.