

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
Programa de Pós-Graduação em Psicologia

Maíra Marchi Gomes

**DISCURSO JURÍDICO SOBRE VIOLÊNCIA SEXUAL À LUZ DA
PSICANÁLISE E DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA: a presença da
subjetividade nas ações jurídicas dos operadores do Direito**

Florianópolis

2018

Maíra Marchi Gomes

**DISCURSO JURÍDICO SOBRE VIOLÊNCIA SEXUAL À LUZ DA
PSICANÁLISE E DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA:
a presença da subjetividade nas ações jurídicas dos operadores do
Direito**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Psicologia como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Psicologia.

Orientador: Prof. Dr. Adriano
Beiras

Coorientador: Prof. Dr.
Fernando Aguiar

Florianópolis

2018

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Gomes, Maira Marchi

DISCURSO JURÍDICO SOBRE VIOLÊNCIA SEXUAL À LUZ DA
PSICANÁLISE E DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA : a presença
da subjetividade nas ações jurídicas dos operadores
do Direito / Maira Marchi Gomes ; orientador,
Adriano Beiras, coorientador, Fernando Aguiar, 2018.
343 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas,
Programa de Pós-Graduação em Psicologia,
Florianópolis, 2018.

Inclui referências.

1. Psicologia. 2. Violência sexual. 3.
Operadores do Direito. 4. Subjetividade. 5.
Psicanálise. I. Beiras, Adriano. II. Aguiar,
Fernando. III. Universidade Federal de Santa
Catarina. Programa de Pós-Graduação em Psicologia.
IV. Título.

Maira Marchi Gomes

**O DISCURSO JURÍDICO SOBRE VIOLÊNCIA SEXUAL À LUZ
DA PSICANÁLISE E DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA: A
PRESENÇA DA SUBJETIVIDADE NAS AÇÕES JURÍDICAS
DOS OPERADORES DO DIREITO**

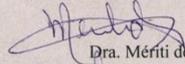
Tese aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Psicologia, Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Centro de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis, 12 de Novembro de 2018.

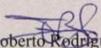
Dr. Carlos Henrique Sancineto da Silva Nunes
(Coordenador - PPGP/UFSC)

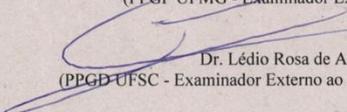

Dr. Adriano Beiras
(PPGP UFSC - Orientador)

Dr. Fernando Aguiar Brito de Sousa
(PPGP UFSC - Coorientador)


Dra. Mériti de Souza
(PPGP UFSC - Examinadora Interna)

Dr. Alexandre Morais da Rosa
(PPGD UFSC - Examinador Externo ao PPGP)


Dr. Fábio Roberto Rodrigues Belo
(PPGP UFMG - Examinador Externo)


Dr. Lédio Rosa de Andrade
(PPGD UFSC - Examinador Externo ao PPGP)

Dra. Andréia Isabel Giacomozzi
(PPGP UFSC Examinadora Interna Suplente)

Dra. Andréa Máris Campos Guerra
(PPGP UFMG Examinadora Externa Suplente)

*Ao meu avô Ângelo Mário Marchi, minha origem catarinense.
Pelo pão cortadinho, com melado e molhado no café com leite.
Pelas histórias do grilinho cheio de cores e adornos, por uma linha telefônica que atravessava centenas de quilômetros. Pelo medo da onça embaixo da cama, que era lenta e insistentemente criado e tão rápida e engraçadamente espantado. Por me fazer rir do temor frente ao seu enigmático tremor de seus olhos. Pelos passeios no cangote pela natureza fincada no urbano coração de Curitiba. Por comer metade do bolo todo errado que fiz, dizendo estar delicioso. Pela bravura que alcançou seus irmãos. Pelas histórias de guerra e pelo silêncio. Por gostar de minha companhia. Por se alegrar com minha alegria. Por ter brincado comigo.
Por me ter dito “o amor só não pode ser forçado”. Pelo olhar que, literalmente e de outras maneiras, me salvou da morte. Por me ter cantado, até fazer eco em meus ouvidos, “vou com o vô”.*

AGRADECIMENTOS

Ao Fernando Aguiar, coorientador e anterior orientador desta tese, por compreender os limites de minha dedicação ao doutorado, e, ao mesmo tempo, me ser um exemplo de dedicação à docência. Agradeço aos desconhecidos sentidos da vida por me terem levado, quando eu já desesperançosa, a ingressar no doutorado sob sua cuidadosa orientação e ter sido sua última orientanda. Agradeço também à maneira com que o tema desta tese atravessou nossa relação.

Ao Adriano Beiras, quem já admirava por quem é e faz, e com quem só estreitei laços profissionais e pessoais durante o doutorado. Grata por sua ética e presença incondicional. Foi-me uma honra e um presente encontrá-lo como orientador.

Ao Alexandre Moraes da Rosa, que, assim como desde que lhe conheci, ajudou-me em tudo o que foi possível neste diálogo com um universo desconhecido. Grata por sua sensibilidade em reconhecer o que precisamente eu pedia.

Aos professores Kleber Prado Filho e Mériti de Souza e aos colegas com quem estive no PPGP-UFSC, que me ajudaram a dar sentido ao meu retorno a um programa de Psicologia. Pelas ressignificações.

Aos delegados de polícia Fabiano Rodrigo da Rocha, Rodolfo Serafim Cabral, Leonardo da Silva e Juliana Oss Dallagnol Menezes, psicólogos Paulo Henrique de Andrade Pinto e Clarissa Moreira Enderle, agentes de polícia Márcia Rejane Hendges, Celso Francisco Peres, Cláudia Regina Tolentino, Tanira Cardinal, com quem trabalhei neste período, por terem compreendido que eu também investia na universidade.

Aos estagiários Bia Borges, Eduardo Turra, Nathália M.S. da Rocha, Thaís Maria Rodrigues Pedroso, André Gustavo Barbosa, Luísa Susin dos Santos, Ricardo Gomes Costa, Vitória Nascimento, Analu Burigo Haushahn, Amanda Pertile e Gustavo Molina que estiveram sob minha orientação, pelo aprendizado e compreensão que eu fui menos do que poderia.

Se a paranóia é o nosso destino, a única maneira que conheço de administrar a paranóia social é o legalismo, ou seja, produzir instâncias sociais que sejam capazes de regulamentar a paranóia social. Talvez não haja democracia possível sem este preço paradoxal.
(Calligaris, 1995, p.22).

RESUMO

Esta tese objetiva problematizar as vias pelas quais a subjetividade do operador do Direito apresenta-se nas ações relativas à violência sexual. Analisando a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que contivesse a expressão “violência sexual”, constatou-se que é a partir dela que estes operadores manejam as leis e código penal e processual penal, bem como conceitos e documentos psicológicos e o próprio discurso de vítimas, testemunhas e autores. A subjetividade dos operadores do Direito em seus posicionamentos sobre os casos de violência sexual apresentou-se exemplarmente ao tratarem da dosimetria. Para além da multiplicidade de tratamento despendido por estes operadores aos casos em questão, um elemento que via de regra atravessou seu discurso foi a concepção de que a repressão seria a melhor resposta que poderiam apresentar à violência sexual devido aos supostos efeitos que a violência sexual teria sobre as vítimas, e devido aos supostos efeitos que a punição teria sobre os autores destes fatos. A partir da Psicanálise, questionou-se a noção de que a vítima sempre deseja a intervenção judicial repressiva, argumentando que todas as vítimas de violência sexual, inclusive aquelas cujas questões inconscientes as levam a recusar a resposta repressiva ofertada pelo Estado, devem ser tratadas de forma não moral ou patologizante. Também com a Psicanálise, alertou-se para a humanidade dos autores de violência sexual. Para tanto, recorreu-se a conceituações psicanalíticas a propósito de violência, agressão e trauma para pensar a vivência destas vítimas (reconhecidas em suas singularidades), bem como às noções de transgressão e perversão para refletir sobre estes autores e a atuação dos operadores do Direito nestes casos. Reportando-se, por sua vez, a discussões criminológicas sobre a seletividade do tratamento jurídico das vítimas e autores e que sinalizam que a repressão é o motor principal do sistema judicial, apontou-se que o discurso que priva a vítima do direito de não desejar a resposta judicial serve para legitimar a repressão de autores. Foi, porém, a partir dos estudos de gênero sobre a apropriação e construção pelo ordenamento jurídico das masculinidades envolvidas em situações de violência de gênero que melhor se vislumbrou este objetivo principal da resposta jurídica ocidental contemporânea: punir. Além disto, destacou-se os danosos efeitos às vítimas e autores de discursos jurídicos nos quais a violência sexual é abordada por um viés maniqueísta. Em termos mais amplos, esta tese

também concluiu que a pesquisa psicanalítica na universidade legitima alguns dos principais conceitos psicanalíticos. Um deles é o de inconsciente, que contribui para que o Direito possa ser mais plenamente uma prática de justiça. Em outros termos, para que o Direito exerça eminentemente a garantia de direitos, e não a imposição de deveres. A partir da noção de sujeito, por sua vez, demarcou-se onde os campos do saber do Direito e Psicanálise se aproximam e se distanciam epistemologicamente. Nessa direção, as lições da Psicanálise sobre a subjetividade daquele que comete crimes são exemplares, alertando que não é a repressão que possibilita a inscrição da alteridade, e que responsabilização não se obtém pela via da culpabilização.

Palavras-chave: Violência sexual. Operadores do Direito. Subjetividade. Psicanálise. Criminologia Crítica.

ABSTRACT

This thesis aims to problematize the ways in which the subjectivity of the Law agent appears in the actions related to sexual violence. Analyzing jurisprudence of the Court of Justice of Santa Catarina that contained the expression "sexual violence", it was verified that it is from this that these operators handle the laws and penal code and penal procedural, as well as psychological concepts and documents and the very speech of victims, witnesses and authors. The subjectivity of law-makers in their positions on cases of sexual violence was exemplary when dealing with dosimetry of penalties. In addition to the multiplicity of treatment by these operators in the cases in question, an element that usually crossed their discourse was the conception that repression would be the best response they could present to sexual violence due to the supposed effects that sexual violence would have on the victims, and due to the supposed effects that the punishment would have on the authors of these facts. Psychoanalysis has questioned the notion that the victim always desires repressive judicial intervention, arguing that all victims of sexual violence, including those whose unconscious questions lead them to refuse the repressive response offered by the State, should be treated as non-moral or pathological form. Also with Psychoanalysis, it was alerted to the humanity of the perpetrators of sexual violence. In order to do so, we used psychoanalytic conceptualizations regarding violence, aggression and trauma to think about the experiences of these victims (recognized in their singularities), as well as the notions of transgression and perversion to reflect on these authors and the work of the legal operators in these cases. Referring, in turn, to criminological discussions about the selectivity of legal treatment of victims and perpetrators and pointing out that repression is the main engine of the judicial system, it was pointed out that the discourse that deprives the victim of the right not to wish the judicial response serves to legitimize the repression of authors. It was, however, from the gender studies on the appropriation and construction by the juridical order of the masculinities involved in situations of gender violence that better glimpsed this main objective of the contemporary Western legal response: to punish. In addition, we highlight the damaging effects to victims and authors of legal discourses in which sexual violence is approached by a Manichean bias. More broadly, this thesis also concluded that psychoanalytic research at the university legitimates

some of the main psychoanalytic concepts. One is that of the unconscious, which contributes to the law being more fully a practice of justice. In other words, for the law to eminently exercise the guarantee of rights, not the imposition of duties. From the notion of the subject, in turn, the fields of knowledge of Law and Psychoanalysis approach were demarcated according to their epistemological distance or proximity. In this direction, the lessons of Psychoanalysis on the subjectivity of the one who commits crimes are exemplary, warning that it is not the repression that makes possible the inscription of otherness, and that accountability cannot be obtained through guilt.

Keywords: Sexual violence. Operators of the law. Subjectivity. Psychoanalysis. Critical criminology.

RESUMEN

Esta tesis ofrece un abordaje crítico de las vías por las cuales la subjetividad del operador del Derecho se presenta en las acciones relacionadas a la violencia sexual. Del análisis de jurisprudencias del Tribunal de Justicia de Santa Catarina, particularmente las que poseyeran la expresión "violencia sexual", se constató que es a partir de estas que dichos operadores manejan las leyes, el código penal y procesal penal; como así también conceptos, documentos psicológicos y puntualmente el propio discurso de víctimas, testigos y autores. La subjetividad de los operadores de Derecho en sus posicionamientos sobre los casos de violencia sexual hallóse expuesta de manera ejemplar al tratar de la dosimetría. Además de la multiplicidad de abordajes desgastados por parte de dichos operadores a los casos en cuestión; un elemento que por regla general atravesó su discurso fue la concepción de que "la represión sería la mejor respuesta que podrían proponer ante los hechos de violencia sexual", ello en virtud a los "supuestos" efectos que este tipo de ataques provoca sobre las víctimas, y debido a las "supuestas" consecuencias que el castigo tendría sobre los autores de tales hechos. A partir del psicoanálisis, se cuestionó la noción de que la víctima "siempre" desea la intervención judicial represiva, ello argumentando que todas las víctimas de violencia sexual, incluso aquellas cuyas cuestiones inconscientes las llevan a rechazar la respuesta represiva ofrecida por el Estado, resultan ser tratadas de forma no moral o patologizante. También mediante el ejercicio del psicoanálisis, se advirtió a la humanidad respecto de los autores de violencia sexual. Por lo tanto, se recurrió a conceptualizaciones psicoanalíticas relacionadas con violencia, agresión y trauma, ello para pensar en la vivencia de las víctimas de los hechos en cuestión (reconocidas en sus singularidades), así como a las nociones de transgresión y perversión para reflexionar sobre los autores de dichos actos y la actuación de los operadores del Derecho en estos casos. Por su parte, se reportan discusiones criminológicas sobre la selectividad del tratamiento jurídico de las víctimas y autores que señalan que la represión es el motor principal del sistema judicial, se apuntó que el discurso que priva a la víctima del derecho de no desear la respuesta judicial sirve para legitimar la represión de autores. Fue sin embargo, a partir de estudios sobre la apropiación y construcción por el ordenamiento jurídico de las masculinidades envueltas en situaciones de

violencia de género que mejor se vislumbró este objetivo principal de la respuesta jurídica occidental contemporánea: castigar. Además de ello, se destacaron los dañinos efectos a las víctimas y autores de discursos jurídicos en los que la violencia sexual es abordada por un sesgo maniqueísta. En términos más amplios, esta tesis también concluyó que la búsqueda psicoanalítica en la universidad legitima algunos de los principales conceptos psicoanalíticos. Uno de ellos es el de inconsciente, que contribuye para que el Derecho pueda ser más plenamente una práctica de justicia. En otros términos, para que el Derecho ejerza eminentemente la garantía de derechos, y no la imposición de deberes. A partir de la noción de sujeto, a su vez, se demarcó donde los campos del saber del Derecho y Psicoanálisis se aproximan y se distancian epistemológicamente. En esa dirección, las lecciones del psicoanálisis sobre la subjetividad de aquel que comete crímenes son ejemplares, alertando que no es la represión que posibilita la inscripción de la alteridad, y que la responsabilización no se obtiene por la vía de la culpabilización.

Palabras clave: Violencia sexual. Operadores del Derecho. Subjetividad. Psicoanálisis. Criminología Crítica.

REPRENDRE

Cette thèse a pour but de problématiser les voies par lesquelles la subjectivité de l'opérateur du Droit se présente dans les actions liées à la violence sexuelle. En analysant des jurisprudences de la Cour de Justice de Santa Catarina, contenant l'expression "violence sexuelle", on a constaté que c'est bien à partir de celle-ci que ces opérateurs manient les lois, le code pénal et la procédure pénale, ainsi que des concepts et des documents psychologiques et le discours lui-même des victimes, des témoins et des auteurs. La subjectivité des opérateurs du Droit dans ses positionnements sur les cas de violences sexuelles s'est présentée de manière exemplaire quand il s'agit de la question de la dosimétrie. Au-delà de la multiplicité du traitement consacré par ces opérateurs aux cas en question, un élément qui a en règle générale traversé son discours fut la conception selon laquelle la répression serait la meilleure réponse à présenter aux violences sexuelles, étant donné les effets supposés que la violence sexuelle aurait sur les victimes, ainsi que la punition sur les auteurs de ces faits. Avec la psychanalyse, on a interrogé la notion selon laquelle la victime souhaite toujours l'intervention judiciaire répressive, en arguant que toutes les victimes de violences sexuelles, y compris celles dont les questions inconscientes les amènent à refuser la réponse répressive offerte par l'Etat, doivent être traités de manière non morale ou pathologisant. Également avec la psychanalyse, on a appelé l'attention sur l'humanité des auteurs de violences sexuelles. À cette fin, on a utilisé des conceptualisations psychanalytiques à propos de la violence, l'agression et le traumatisme pour réfléchir sur l'expérience de ces victimes (reconnues dans leurs singularités), ainsi que les notions de transgression et de perversion pour réfléchir sur ces auteurs et la performance des opérateurs du Droit dans ces cas. En se référant, à son tour, aux discussions criminologiques sur la sélectivité du traitement juridique des victimes et des auteurs, et qui indiquent que la répression est le ressort principal du système judiciaire, on a fait remarqué que le discours qui prive la victime du droit de ne pas vouloir la réponse juridique sert à légitimer la répression des auteurs. C'est cependant à partir des études de genre sur l'appropriation et la construction par la planification juridique des masculinités impliquées dans les situations de la violence de genre qu'on a le mieux compris cet objectif principal de la réponse juridique occidentale contemporaine: punir. En outre, on a mis en évidence les effets néfastes sur les victimes et les auteurs par les

discours juridiques où la violence sexuelle est traitée par un biais manichéen. En termes plus larges, cette thèse a également conclu que la recherche psychanalytique à l'université légitime certains des principales concepts psychanalytiques, l'un étant celui de l'inconscient, qui contribue à ce que le Droit soit entièrement davantage une pratique de justice. En d'autres termes, pour que le Droit puisse exercer éminemment la garantie de droits et non pas l'imposition de devoirs. A partir de la notion de sujet, à son tour, on a délimité où les domaines de connaissance du Droit et de la psychanalyse se rapprochent et s'éloignent épistémologiquement. Par cette voie, les enseignements de la psychanalyse sur la subjectivité de celui qui commet des crimes sont exemplaires, tout en avertissant que ce n'est pas la répression qui rend possible l'enregistrement de l'altérité, et que l'on n'arrive pas à la responsabilité par la voie de la culpabilité.

Maîtres mots: Violence Sexuelle. Opérateurs du Droit. Subjectivité. Psychanalyse. Criminologie Critique.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	22
2 QUESTÕES METODOLÓGICAS E EPISTEMOLÓGICAS SOBRE OS PROCEDIMENTOS DE PESQUISA.....	43
2.1 Das questões primeiras e gerais.....	43
2.2 Das condições para uma epistemologia psicanalítica.....	45
2.3 Da especificidade das pesquisas psicanalíticas.....	52
2.4 Das possibilidades da pesquisa não regida por ideais modernos.....	55
2.5 Da interface com outras disciplinas na pesquisa psicanalítica..	57
2.6 Considerações pontuais.....	61
2.7 A propósito dos dados pesquisados.....	63
3 SOBRE SUJEITO DO DIREITO E SUJEITO DA PSICANÁLISE.....	68
3.1 O império da consciência: sobre o sujeito do Direito.....	69
3.2 O inconsciente retirando o sujeito de si: sobre o sujeito da Psicanálise.....	75
3.3 Reprovar o mal não implica o dever ser bom.....	77
3.3.1 Responsabilidade como efeito da culpabilização ou responsabilização.....	78
3.4 A importância para o Direito da consideração da subjetividade.....	82
3.5 Considerações pontuais.....	88
4 CONSIDERAÇÕES PSICANALÍTICAS SOBRE O CONCEITO DE “TRAUMA” EM SUA RELAÇÃO COM AGRESSÃO, VIOLÊNCIA, INTENCIONALIDADE, LIVRE ARBÍTRIO E VULNERABILIDADE.....	92
4.1 A propósito das manifestações ditas traumáticas.....	92
4.2 Questionamentos sobre a aproximação entre sofrimento e trauma.....	97
4.3 Das diferenças entre agressão e violência.....	101
4.3.1 Sobre abuso e “desposseção” em casos de violência sexual.....	103
4.4 Sobre consciência da intencionalidade e plenitude do livre- arbítrio.....	113
4.5 Dos marcadores de vulnerabilidade.....	117

4.5.1 O corpo como expressão da vulnerabilidade.....	117
4.5.2 Vulnerabilidade entendida como desconhecimento de sexo.....	119
4.5.3 Sobre a imprecisão da diferença entre crianças e adolescente....	123
4.6 Sobre o que faz alguém ser reconhecido como vítima de violência sexual.....	124
4.6.1 O autor de violência sexual não precisa ser imoral, monstro ou doente.....	126
4.6.2 Análise de tipificação e de agravantes como resposta à dificuldade de conceber a violência sexual como ato não-racional, mas ainda assim humano.....	131
4.6.3 A propósito da patologização da conduta e sua influência no agravamento da ação.....	134
4.6.4 A vulnerabilidade como categoria eminentemente moral.....	136
4.7 Possibilidades de relação entre moral e lei.....	143
4.8 Considerações pontuais.....	144
5 POR UMA DISTINÇÃO ENTRE TRANSGRESSÃO E PERVERSÃO: DESOBEDECER A LEI NEM SEMPRE É PERVERSÃO.....	147
5.1 Diferenças entre perversão e transgressão na atuação de operadores do Direito.....	148
5.2 Dos tipos de transgressão: ética e não-ética.....	152
5.3 A feminilidade em diálogo com a distinção entre perversão e transgressão.....	155
5.4 Reflexões a propósito da (im)postura do operador da lei para com a vítima.....	163
5.5 A postura tirana de operadores do Direito.....	166
5.6 Considerações pontuais.....	169
6 CONCEPÇÕES DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA A PROPÓSITO DE VIOLÊNCIA SEXUAL: INOCENTES E CULPADOS TÊM ALGO EM COMUM.....	172
6.1 Definições de criminologia crítica e suas relações com a Psicanálise.....	172
6.2 Criminologia crítica e feminismo.....	179
6.3 A presença de representações religiosas de família na jurisprudência sobre violência sexual.....	182
6.4 Representações dos operadores do Direito sobre a sexualidade feminina.....	188

6.5 Jurisprudência sobre o discurso da vítima de violência sexual.....	190
6.5.1 A busca de um discurso inequívoco.....	191
6.5.2 Silêncio enquanto indício ou não de credibilidade.....	194
6.5.3 As diferentes expectativas sobre os detalhes.....	196
6.5.4 A exigência de que a palavra seja acompanhada, ou no mínimo não contraposta, por elementos do conjunto probatório.....	199
6.5.5 Situações em que a fala é autônoma em relação aos demais elementos do conjunto probatório.....	210
6.5.6 Quando a fala é desnecessária.....	215
6.5.7 O recurso da linguagem não verbal como fundamento decisional.....	217
6.5.8 Os julgamentos sobre a motivação do discurso.....	218
6.5.9 Menções às manifestações discursivas da infância e adolescência.....	219
6.5.10 O discurso da vítima como via de punição.....	221
6.5.11 Operadores jurídicos: que masculinidade eles querem?.....	224
6.6 Considerações pontuais.....	228

7 A DOSIMETRIA ENQUANTO VIA POR EXCELÊNCIA DA MANIFESTAÇÃO DA SUBJETIVIDADE DOS OPERADORES DA LEI.....	230
7.1 Considerações básicas sobre dosimetria.....	233
7.2 As inovações na aplicação dos fundamentos da dosimetria para tornar menos gravosa a resposta penal.....	235
7.3 As inovações na aplicação dos fundamentos da dosimetria para tornar mais gravosa a resposta penal.....	237
7.4 A autonomia dos operadores do Direito em relação à Corte... 241	241
7.5 As possibilidades de compreensão e quantificação do conceito de “personalidade”.....	244
7.6 As possibilidades de compreensão e quantificação do conceito de “culpabilidade”.....	249
7.7 As possibilidades de definição das circunstâncias do crime e seus diferentes efeitos.....	254
7.8 Maneiras de se conceber e dosar as consequências do crime.. 257	257
7.9 A subjetividade presente na interpretação da conduta social...258	258
7.10 A subjetividade na compreensão e aplicação das causas especiais de aumento.....	262
7.11 A subjetividade moral do operador do Direito enquanto resposta a uma impossibilidade estrutural do Direito.....	263

7.12 Considerações pontuais.....271

8 A APROPRIAÇÃO POR OPERADORES DO DIREITO DO SABER PSICOLÓGICO.....273

8.1 A expectativa de que sujeitos responsáveis pelas vítimas sejam orientados pela consciência racional em sua ação e omissão..... 274

8.2 Psicologizações sobre a conduta do autor.....278

8.2.1 A expectativa de que o autor dirija-se pela consciência racional.....278

8.2.2 A expectativa de que o autor tivesse se dirigido no momento da ação, e em toda a sua vida, pela moral.....281

8.2.3 Suposições psicológicas sobre o testemunho do autor.....283

8.3 Interpretações psicológicas sobre a revelação pela vítima da violência sofrida.....285

8.3.1 As possibilidades de atribuição de legitimidade à revelação da violência sofrida.....285

8.3.2 Psicologizações que subsidiam como deve ser o testemunho da vítima.....286

8.3.3 A concepção de que crianças e adolescentes não possuem experiência sexual.....298

8.3.4 A credibilidade da palavra da vítima como uma decisão anterior a sua escuta.....300

8.4 Interpretações psicológicas sobre os efeitos da violência sexual..... 301

8.4.1 Noções psicológicas sobre reparação da violência sexual.....304

8.5 Psicologizações sobre vulnerabilidade.....305

8.6 Interpretações psicológicas sobre indícios de violência sexual..... 306

8.7 Considerações psicológicas sobre a melhor resposta frente à violência sofrida.....308

8.8 Psicologizações sobre a fala da testemunha.....310

8.9 A desqualificação por parte dos operadores do Direito de outros campos do saber.....313

8.10 Possibilidades práticas de diálogo da Psicologia com o Direito no tema da violência sexual.....315

8.10.1 A desqualificação do que a Psicologia propõe fazer frente à violência contra crianças e adolescentes.....315

8.10.2 Perícia psicológica.....319

8.10.3 Quesitos psicológicos possíveis e impossíveis.....326

8.10.4 A exclusão dos psicólogos nas varas criminais.....	329
8.11 Considerações pontuais.....	330
9 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	333
REFERÊNCIAS.....	341

1 INTRODUÇÃO

O interesse pela temática desta pesquisa deu-se a partir de minha prática como psicóloga em delegacias da criança, adolescente, mulher e idoso, ao escutar crianças e adolescentes que, contra todas as expectativas, e ao menos naquele momento, não demonstravam haver desenvolvido reações traumáticas à violência que sofreram. E quando indícios havia dessa ordem, chegava a me perguntar, talvez arriscadamente, se o evento resultava traumático muito mais em resposta aos discursos morais e apriorísticos de familiares e operadores do Direito a respeito do suposto autor (via de regra, alguém com vínculo significativo: marido, pai, padrasto, avô, tio, irmão, primo, professor...), do que em decorrência da violência sexual em si.

Foi-me igualmente possível observar que algumas crianças e adolescentes simplesmente se negavam a falar sobre o assunto, não só naquele momento como, em alguns casos, também no contexto judicial. Em contrapartida, conforme familiares e o Conselho Tutelar, elas falavam em outra situação e a outras pessoas que não policiais. Ao mesmo tempo, intrigava-me a insistência de alguns delegados em encontrar, no discurso da criança ou adolescente, a comprovação da ocorrência ou não ocorrência do ato violento, bem como de todos os seus detalhes. Aliás, pareceu-me ser o mesmo procedimento de alguns promotores, quando retornavam os autos à delegacia para que crianças e adolescentes fossem novamente ouvidos, na expectativa de que, a partir de sua fala, se convencessem de ter ou não havido a violência, bem como, em caso afirmativo, de obter seu detalhamento.

É sabido que por se tratar de ações incondicionadas¹, há a necessidade de a situação ser investigada pela Polícia; mas nem por isso deixei um dia sequer de questionar a exigência de recolher, na delegacia, o depoimento da suposta vítima, sobretudo criança ou adolescente, transformando em dever o que é de fato um direito: serem ouvidos. Pude mesmo confirmar que se prevê, no Art.12 da Convenção Internacional de Direitos da Criança (1989), promulgada pelo Brasil através do Decreto nº 99710 de 21 de novembro de 1990, a possibilidade de crianças e adolescentes não serem ouvidos no sistema judicial:

¹Que não exigem manifestação do interesse da vítima em dar andamento ao procedimento policial e judicial como um todo.

Os Estados Partes² garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade. Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja diretamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional.

Além de ser um direito, em procedimentos nos quais crianças e adolescentes estão envolvidos, esta oitiva pode ser indireta, ou seja, mediante representantes. E sendo um direito, vale repetir, não pode ser uma obrigação.

Na mesma perspectiva, tampouco deixei de indagar sobre o que sempre me pareceu uma insistência em escutar crianças e adolescentes na apuração de crimes em que elas figuram como testemunhas, por exemplo, ao se tratar de denúncia de crime cometido pelo pai contra a mãe. Ora, cabe lembrar que existem condições nas quais, segundo o Código de Processo Penal, qualquer pessoa pode eximir-se da obrigação de depor, quando a testemunha é, por exemplo, ascendente ou descendente do acusado – “salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias” (art. 206). Além disso, os menores de 14 anos não assumem o compromisso de falar a verdade (Código de Processo Penal, Art. 208). Rosa (1997) já se perguntava sobre a necessidade da oitiva de vítimas infanto-juvenis, indagando sobre a construção de outros mecanismos de produção de verdade no processo penal democrático que não sua oitiva, inclusive em modalidades ditas “especiais”. Para ele, haveria outras formas de apontar os sintomas do ocorrido.

Assim, foi-me sempre muito penoso presenciar a dificuldade da vítima em se fazer respeitar quando se recusa a falar – por ser ameaçada ou temer sofrer represálias após revelar a violência sofrida, por ser ambivalente com o autor, ou simplesmente por não querer falar naquele momento, ou pelo menos não a um operador do Direito cujo objetivo é judicializar a situação. Igualmente difícil foi entender a exigência feita à criança para depor como testemunha de violência entre os pais,

²Dos países presentes no momento de elaboração desta Convenção, dois não a assinaram: Somália e Estados Unidos.

porquanto ela o faz como se precisasse falar em nome de um deles, o que frequentemente acarreta sentimentos variados de culpa.

Por fim, resta ainda mencionar meu desconforto com leituras relacionadas à participação da vítima na violência sofrida. Por exemplo, a concepção segundo a qual, se a adolescente concordou em manter relação sexual com o suposto autor, tendo se encontrado consensualmente com ele em local isolado, deve-se suspeitar de sua declaração de haver sido violentada. Ou ainda, se uma mulher declara ter sido violentada pelo marido quando em situação de divórcio, é porque isso faz parte, como tantas outras coisas, da expressão de suas mágoas – ou porque almeja algum ganho financeiro.

A mesma leitura – reduzida, digamos, ao comportamento observável – parece tornar insuportável aos operadores do Direito escutar quando o autor de violência sexual contra crianças dá a entender que a vítima o seduzia, ou pelo menos não esboçava resistência. A imediata compreensão que eles têm de tal alegação é que, desse modo, o autor espera ser desresponsabilizado por sua ação, projetando na vítima a autoria da violência que ela própria sofreu. Igualmente de forma indireta, dão a entender como absurdo todo posicionamento sobre manifestações inconscientes da vítima de sua sexualidade (no caso de crianças, que supostamente não teriam sexualidade), ou partem do princípio de que tais manifestações são um “convite” das vítimas para serem violentadas – aliás, em flagrante incongruência com o posicionamento referido acima.

Sempre me pareceu árduo explicar, no âmbito de meu trabalho, que a sexualidade não se reduz à genitalidade, que o desejo inconsciente nem sempre é o de ser violentado e que o exercício da sexualidade não autoriza ninguém a violentar.

À maneira de um resumo das inquietações que geraram esta proposta de pesquisa, podemos assim legitimamente perguntar: que garantias temos de encontrar no depoimento da vítima a um operador do Direito a prova de ter ou não havido violência sexual e de que esta prova estaria na manifestação de sofrimento ao relatar o fato aos operadores do Direito?

Ao que parece, são concepções que fundamentam esta insistência em depositar sobre as vítimas a responsabilidade pela oferta ou não da “verdade dos fatos”: a de que as vítimas de violência sexual via de regra se traumatizam, a de que essas vítimas sempre esperam uma resposta jurídica para elaborar o que sofreram, e de que, se falamos de desejo inconsciente da vítima, estamos justificando a ação do autor.

Tomo como ponto de partida de discussão uma reviravolta nesta noção segundo a qual a lei pode desnaturalizar e desmoralizar a violência, quando talvez seja mesmo o contrário: a lei pode criar a violência como justificativa de sua existência. A abordagem dos operadores do Direito que “naturaliza”, “patologiza” e moraliza a condição de vítima de violência sexual serviria precisamente para atender a esta regra implícita, que, em seu fundamento, significa um rechaço de seu desejo inconsciente, e relaciona-se à concepção de que não se pode desejar o mal. Em outras palavras, de que a vítima não pode ser capaz de inscrever a violência numa cadeia associativa, de modo que o evento desprazeroso faça sentido em sua constituição subjetiva. Nesta direção, a vítima não poderia não se traumatizar, e principalmente (como veremos a seguir) não poderia não ter interesse em criminalizar o fato.

De forma correlata, a leitura da participação da vítima que se reduz à análise da “consciência” também faz com que não se compreenda que, por exemplo, mesmo consentindo com uma relação sexual, o sujeito pode vir a não mais consentir em um dado outro momento. Ou que não pode recusar determinada modalidade sexual se consentiu em se relacionar sexualmente. Ou ainda: se a suposta vítima enviava fotos, marcava encontros, usava determinadas roupas, já tinha se relacionado com o suposto autor, ela não pode ser vítima de violência sexual³.

Esta discussão recai necessariamente nos estatutos de consciência e inconsciência envolvidos na violência, e leva-nos, inevitavelmente, à noção de livre-arbítrio do Direito. Há uma tendência em compreender, por um lado, o livre-arbítrio da vítima como inexistente e, por outro, o livre-arbítrio do autor de ato interpretado como violência sexual como sendo sempre inteiramente pleno.

Indica-se que a construção desta noção de livre-arbítrio inexistente dessas vítimas serve para se compreender ser plenamente imputável quem está do outro lado, criando-se assim um argumento inquestionável à aplicação da pena. Neste sentido, tais noções serviriam a um direito penal que possui mais interesse em punir o autor que em reparar à vítima o dano sofrido. O foco estaria no autor, e não na vítima.

³Esta análise jurídica da participação dos sujeitos nos fatos parece ser ainda mais comum quando sobre a vítima recaem preconceitos. Por exemplo, quando são adolescentes, prostitutas e há relações homossexuais envolvidas.

O estado de vulnerabilidade é outra questão relacionada ao manejo que discursos e práticas jurídicas fazem do dispositivo do livre arbítrio. Compreende-se que, diferentemente de alguns entendimentos jurídicos, jurisprudenciais e até dogmáticos, a própria noção de vulnerabilidade não pode ser analisada de forma abstrata, e principalmente como algo que possa ser demarcado a partir de dados como faixa etária, mas precisa ser buscada acima de tudo no discurso da vítima.

Se o Direito precisa estabelecer marcadores genéricos, universais (como a idade marco da vulnerabilidade), isto não precisaria substituir discussões mais aprofundadas e aplicadas ao caso particular, sobre este tema e outros. Acredita-se que tais análises, oferecidas pela Psicanálise, por exemplo, podem contribuir para que a subjetividade dos operadores do Direito não influencie sobremaneira sua atuação, já que, não conseguindo antecipar a universalidade completa dos casos, as previsões normativas sempre permitem diferentes aplicações e interpretações. E estas ficam por conta, eminentemente, do operador do Direito⁴.

⁴Outra forma, não restrita à temática da violência sexual, de dizer deste objetivo no diálogo entre Psicanálise e Direito é: “...os aspectos sociais e psicológicos dos magistrados e dos demais atores da cena judiciária nunca são estranhos à complexa tarefa de jurisdicionar [...]. Assim, quanto melhor qualificado estiver o magistrado com as contribuições da psicologia, melhor ele poderá distinguir os aspectos intrínsecos de sua personalidade, tanto aqueles de natureza consciente quanto aqueles de natureza inconsciente, e saber utilizá-los de maneira adequada para que funcionem como um recurso para enriquecer sua decisão, e não um obstáculo capaz de gerar dúvida, insegurança ou distorções no momento de valorar a prova, ou mesmo antes, por ocasião das audiências e do contato com as partes e os advogados” (Trindade; Trindade& Molinari, 2010, p.94-95).

No aprofundamento desta discussão, os autores alertam para a projeção que todo operador do Direito pode realizar de seus conflitos nas relações familiares e profissionais, incluindo o que denominam como limitações e mecanismos de defesa, nos casos julgados. Mencionam, acertadamente, que isto pode causar danos à saúde mental do operador do Direito, bem como há o risco do jurisdicionado não ser prestacionado da maneira a que tem direito. Ressalvo, entretanto, que considero que os mecanismos psicológicos envolvidos na atuação dos operadores do Direito são também de outra ordem além da neurótica (o que estaria em jogo nos referidos mecanismos de defesa), como também penso que estes aspectos

É importante demarcar, de qualquer modo, que garantir ao sujeito a legitimação de que sua sexualidade pode levá-lo ao que não é bom (ou pelo menos que isso de mau que lhe acomete não aniquilará seu psiquismo) não implica em supostamente desresponsabilizar o autor. Ou dito de outra maneira, para reforçar ainda mais esta afirmativa só aparentemente controversa: a proposta de garantir ao sujeito legitimar o que, comportamental e genericamente, pode ser lido como “violência sexual” mas não necessariamente representado como um mal pelo sujeito (porque ele pode não se traumatizar pelo ocorrido) não implica na suposição de desresponsabilizar o autor.

Ambos precisariam ser antes responsabilizados por seu desejo, e a participação do outro – que só pode existir enquanto parceiro imagético no discurso de um sujeito que dele fale – só pode ser aquela trazida em seu discurso. Assim, a vulnerabilidade, os danos e o “livre arbítrio” dos envolvidos não poderiam ser buscados no ato (na imagem) ou em normativas generalizantes (no texto da lei), mas no discurso posterior de ambos sobre o que ocorreu.

Também não se está propondo, com esse convite à análise do caso singular, que haja atenuação da pena ou até a não tipificação do fato. Em outros termos: não se está pregando uma “proteção do autor”, mas, antes disto, uma proteção da vítima. E isto inicia por sua escuta. Ademais, sabe-se que os agravantes e atenuantes das ações baseiam-se claramente em valorações eminentemente subjetivas dos atos, como se percebe na dosimetria da pena. E também se sabe que ultrapassagens do que prevê a lei ocorrem, como, por exemplo, nos casos em que não se criminaliza atos sexuais de adultos com menores de 14 anos, ainda que a

inconscientes que atravessam seu exercício profissional não são apenas de ordem individual, mas também social, cultural, política e histórica.

De qualquer modo, assim como os citados autores, penso que todos os operadores do Direito beneficiar-se-iam não de um processo analítico propriamente dito (isto poderia servir a alguns), mas de “possibilidades de aperfeiçoamento mediante uma formação continuada e permanente, viabilizada através de cursos, palestras, seminários, encontros e, principalmente de grupos operativos” (Trindade, Trindade& Molinari, 2010, p.98). Estes mesmos autores chegam a dizer que este contato consigo a partir do contato com o outro (os colegas destas atividades) contribuiria para romper as distâncias entre quem julga e quem é julgado, porque superaria os maniqueísmos e exclusões entre os sujeitos atendidos por advogados, membros do Ministério Público, defensores públicos, jurados e magistrados e estes profissionais.

lei seja categórica neste aspecto. Ou, igualmente, quando na delegacia se permite que a mulher abdique de seu direito de representar criminalmente em casos de violência física. Ambos estes casos são ações incondicionadas, o que faz com que o interesse da vítima, da autoridade policial e do Ministério Público em representar ou não criminalmente não seja considerado, por se pressupor que o autor é uma potencial ameaça à coletividade.

A expectativa é que seja também considerado o desejo da vítima nestas decisões por indiciar, oferecer denúncia, atenuar ou agravar, que até o momento parecem se sustentar basicamente na subjetividade dos operadores do Direito, já que a lei sozinha não prevê toda a singularidade dos casos. Este desejo, cabe lembrar, pode se manifestar pela não judicialização do fato, por uma pena não tão gravosa ao autor, etc., que podem se expressar por meio de silêncios, mudanças de versões, e outras modalidades singulares de discurso. Afinal, nem para todos a nomeação jurídica do que sofreu é um acalanto. E nem para todos a nomeação criminalizatória repara o sofrido.

A proposta deste trabalho de pesquisa é que a Psicanálise e a criminologia crítica têm suas contribuições a dar a esta questão que aos poucos está sendo aqui construída. Compreende-se que tais contribuições são específicas ao campo do Direito, como se falará a seguir, mas são antes disto apontamentos que podem interessar às políticas públicas. Ou, mais especificamente, a reflexões sobre o Estado brasileiro contemporâneo. Nesta direção explica Elia (2013, p.81) que ainda que saibamos que a Psicanálise e Estado não se conjugam internamente (e, portanto, que seria ingênuo esperar que as políticas públicas adotem a Psicanálise como norteador de suas propostas), isto não deveria nos levar a uma subjugação a um “Estado blindado, tecnoburocrático, sem princípios nem fundamentos, reduzido a ações e metas produtivas e protocolos operacionais”.

Para o autor, o Estado brasileiro atual não se pauta em princípios democráticos na tomada de decisões, reprimindo a tensão fundamental entre ele e movimentos sociais. Nesta conjuntura, técnicos substituem os políticos na condução das políticas e as manifestações de rua são, em alguns casos, a única maneira dos movimentos sociais furarem a suposta plenitude do Estado. Muitas vezes o Estado é unicamente um instrumento do capitalismo, mas também há momentos e situações em que gerencia, governa e assegura o que é público a todos. De qualquer modo, os efeitos do inconsciente, do sujeito, são evitados pelo Estado. Neste sentido é que, ainda acompanhando Elia (2013), há um certo

obstáculo de diálogo entre Estado e Psicanálise. “...o sujeito de cuja relação com o Estado estamos tratando é o sujeito do inconsciente, e não o sujeito histórico, antropológico ou filosófico, só a psicanálise dá acesso a ele” (Elia, 2016, p.170).

Poder-se-ia indagar, então, o que se pretende com esta tese. Em termos de condição de possibilidade, pode-se responder seguindo a proposta de Elia (2013, p.81):

Defendo não um Estado inclusivo do sujeito, que morre ao ser incluído demais, mas um Estado vulnerável, menos forte, mais tenso, mais afetado e ameaçável pelos movimentos sociais, que suporte não o que lhe é insuportável – Basaglia, Freud, Marx, loucos, psicanálise, sujeitos – mas as tensões produzidas por esses e outros elementos discursivos perturbadores, que nós, até mesmo em uma Universidade, quem diria?, podemos formular e transmitir

Em se tratando desta tese, estes elementos discursivos perturbadores são a Psicanálise a criminologia crítica, em seus conceitos que auxiliam a suspender as representações frequentemente genéricas, auto-referentes e pretensamente inequívocas apresentadas pelos operadores do Direito quando em seu exercício profissional de servidor público do Estado brasileiro. Isto parece essencial em tempos de um Estado brasileiro como o contemporâneo, que faz jus ao fato de que “os governos têm permanecido no nível do jus-positivismo, direito de todos, mas não fazem reger sua ação estatal por princípios maiores, que se situam em um nível que transcende a ação operacional” (Elia, 2013, p.75-76).

Desta maneira, questionar as ações dos operadores do Direito é, fundamentalmente, questionar as respostas estatais, já que o Estado tem cada vez mais se reduzido ao campo do jurídico. A propósito, o mal-estar que a Psicanálise, conforme Elia (2016), traz ao laço social decorre precisamente do incômodo trazido pelo sujeito e suas mazelas incuráveis, que dizem respeito a sua dimensão de loucura, e, para o que mais interessa nesta tese, sua “ineducabilidade”. Poderíamos pensar de que maneira e com que intensidade incomoda especialmente ao Direito, discursivo normativo, prescritivo, preditivo, esta dimensão não-educável do sujeito.

É fundamental apontar que a discussão deste autor também se dirige às crianças. Nesta tese tratar-se-á deste público, respeitando suas particularidades, e em outros momentos tomar-se-á as crianças enquanto

vítimas de violência sexual, indiscriminadamente. Ainda assim, neste momento cabe considerar um dos aspectos lembrado por Elia (2016, p.172): que a criança, sendo um sujeito psicanalítico, é um ser de desejo. Sendo um sujeito do inconsciente, não é abarcado plenamente pelo Estado, que representa o laço civilizatório com suas instituições, políticas públicas, dispositivos e regulações. “Toda luta, que deve ser decidida e integral, por um Estado protetivo à criança deverá levar em conta o que sempre excederá toda e qualquer medida protetiva, assistencial ou cidadã, por colocar o sujeito em cena, dar-lhe lugar e fazê-lo ser suportado no laço social”.

De qualquer forma, isto não quer dizer que o Estado não tenha por função proteger a criança em termos de assegurar o acesso aos direitos sociais de saúde, educação. Em outros termos, assegurar o “exercício da *infantilidade*, entendida como o conjunto de ações próprias à infância e não condição infantil anacrônica, fora de hora, como o termo costuma designar” (Elia, 2016, p.171). O que é criticado pelo autor, ainda que na obra em questão ele aborde as políticas públicas de saúde, é a crença do Estado de que protege por meio da repressão.

Para ele, quando o Estado foraclui o sujeito-criança ele não realiza uma proteção real, mas uma superproteção engessadora, reduzindo-a a objeto de cuidado e proteção. Isto se dá por uma política patologizante, medicalizante e, para o que mais interessa ao presente trabalho, judicializante. Nesta direção, esta tese questiona o tratamento oferecido pelo Estado às vítimas de violência sexual, incluindo as crianças. Tratamento reduzido a respostas repressivas e, ainda, oferecido como se fosse proteção.

Tudo isto se mostra ainda mais importante se considerarmos o alerta também feito por Elia (2016) de que se a conjuntura descrita dá-se num Estado cujo governo é de caráter popular, voltando à pobreza extrema, fome, moradia e desemprego, isto é ainda mais grave num governo neoliberal, como é o nosso atualmente.

Partindo então para como se problematizará o tratamento despendido pelos operadores do Direito à violência sexual por meio da Psicanálise e da criminologia crítica, começa-se pelo que a descoberta de Freud pode contribuir. A Psicanálise diferencia violência e agressão e discutir esta diferenciação pode nos auxiliar a pensar alguns aspectos relacionados à dificuldade em se conceber que a vítima de suposta violência sexual possa representar o que lhe ocorreu como agressão, mas não como violência, daí resultando não uma aniquilação do psiquismo, mas um sofrimento. Refiro-me à associação direta feita por alguns

operadores do Direito entre violência sexual e trauma, a qual por sua vez fundamenta a noção de que a violência sexual sempre é traumática. Talvez essa diferenciação auxilie a problematizar algumas situações em que a vítima não deseja criminalizar o fato sofrido, ou se recusa a discorrer sobre o mesmo no contexto jurídico.

Dentre os obstáculos para se conceber que alguém pode ter sido vítima de um ato considerado crime mas que nem por isto ela precisa ser tratada como se sua identidade fosse a de vítima (já que pode haver uma distância entre a fenomenologia do ato sofrido e sua representação psíquica), há a construção social, histórica e política do corpo como espaço de autonomia, independência do sujeito, com o intuito de retirá-lo do espaço público e político.

A Psicanálise, com seus construtos teóricos, permite ainda refletir sobre o alcance da responsabilidade (o que é diferente de culpabilização) do sujeito pelo seu desejo, o que implica considerar sua condição de significar e ressignificar os eventos externos, de modo a tanto lhes atribuir existência no universo subjetivo, como a lhes atribuir uma existência mais ou menos traumática⁵. Desta forma, para a Psicanálise,

⁵A concepção freudiana de “realidade psíquica” é, como se sabe, um ato fundador da Psicanálise, quando Freud, sem abandonar a ideia de uma etiologia sexual para as neuroses, é levado a concluir que o relato de suas pacientes histéricas sobre terem sido molestadas sexualmente pelos pais, na infância, era da ordem do imaginário, embora não desconhecesse ou negasse sua existência no real da vida cotidiana: quando de sua estadia com Charcot em Paris, ele acompanhou não apenas pelos jornais mas de perto, como médico, as denúncias de abusos sexuais de crianças, bem como as discussões das autoridades médicas, contra e a favor da veracidade do relato da crianças. Ainda a acrescentar, para a Psicanálise, o real só pode ser apreendido, a rigor, como realidade psíquica. A propósito, tal concepção relaciona-se a outra, igualmente cara à Psicanálise: a de que o humano é movido por pulsões (que nele atuam permanentemente) e não apenas por necessidades e estímulos externos (que são pontuais) (Freud, 1915).

Conforme Laplanche e Pontalis (1998), o desenvolvimento histórico da noção psicanalítica de realidade psíquica dá-se justamente com o abandono, ou no mínimo limitação, da teoria da sedução e correlata concepção do papel patogênico dos traumatismos infantis reais. As fantasias, em determinado momento do percurso freudiano, passam a ter o mesmo valor patogênico que as lembranças. Para Freud, os processos inconscientes podem desconsiderar e mesmo substituir a realidade exterior, sendo o sofrimento por eles trazido suficiente para atestar sua existência.

quem melhor sabe a resposta para um fato sofrido é o sujeito que o sofreu; portanto, é primeiramente ele quem deve expressar se deseja a intervenção jurídica, e tanto quanto possível em que medida esta poderia se dar.

Por sua vez, apoiados em considerações da criminologia crítica⁶, podemos problematizar a dificuldade em se tomar a vítima de violência sexual que não seja a partir dos lugares de pura, imoral ou doente. São concepções que parecem atravessar a idéia de que a vítima necessariamente se traumatiza perante a violência sexual, e que, dado haver um estranhamento perante a vítima que não lida assim com o que sofreu, espera a resposta criminal.

Cabe precisar que a literatura disponível analisa a violência sexual a partir do viés de gênero. Mas os questionamentos nela realizados possibilitam pensar (para além da seletividade com que se trata vítimas e autores, a ponto de umas serem mais vítimas que outras) o quão difícil é, para os operadores do Direito, não julgarem moralmente uma mulher que não se queixa (pelo menos a eles) de que o exercício da sexualidade feminina não se dá apenas para a manutenção da organização familiar e produtiva burguesa e capitalista. Para garantir os direitos destas vítimas, a proposta seria atribuir uma credibilidade ao seu

Nesta direção, realidade psíquica seria “Expressão utilizada muitas vezes por Freud para designar aquilo que no psiquismo do sujeito apresenta uma coerência e uma resistência comparáveis às da realidade material; trata-se fundamentalmente do desejo inconsciente e das fantasias conexas” (Laplanche & Pontalis, 1998, p.426).

⁶Definir-se-á a criminologia crítica em capítulo específico. No entanto, de início, apresenta-se a breve definição de Vitral (1986, p.226): “um movimento radical, caracterizado pela orientação de questionar a ordem social que produz o fenômeno do crime e pelo compromisso com uma prática social transformadora, em condições estruturais da desigualdade material e da marginalização econômica nas sociedades fundadas na divisão e na exploração de classes. É também chamada de Nova Criminologia, Teoria Radical do Desvio e de Criminologia Radical, para Nildo Nery dos Santos”.

Já num diálogo com a Psicanálise, Rosa (1997) propõe que a criminologia crítica resgata a vítima do lugar em que foi colocada pelo processo penal herdeiro da modernidade. A criminologia crítica não mais a trataria como um “não sujeito” do ato na resposta estatal, e, em relação ao autor, não se buscaria defenestrar o mal (por ele representado). Preocupar-se-ia com os efeitos danosos cometidos pelo Estado sobre ambos.

testemunho, daí incluindo o seu desejo, principalmente naquilo em que ele se contrapõe à moral vigente.

Inegavelmente se faz necessário abordar, em discussões sobre a violência, esta variante entre Estado e sujeito. Que se pense nas situações em que operadores do Direito impõem sua leitura segundo a qual o sujeito sofreu algo que aniquilou seu psiquismo. E, não menos importante, quando eles reduzem o sujeito ao ato em questão e a sua condição de vítima, não tendo como principal norteador de suas respostas a legitimação de sua condição de elaborar o que houve e responder por seu próprio universo psíquico.

A criminologia crítica ainda enfatiza a manipulação que alguns profissionais podem fazer da honra e prestígio social da vítima de um ato entendido como violência sexual, quando ostentam, como se fossem atributos do belo, de bondade, de integridade, sua condição de vítima; quando fascinam a vítima, para poder ocultar seu assujeitamento, negar sua condição de sujeito desejante e de se apresentarem como detentores da melhor resposta que elas podem ter frente à violência sexual. Daí, portanto, a utilização dessas representações da vítima de violência sexual de modo a cancelar o poder dos operadores do Direito (de significação do fato, da “solução” do conflito, etc.) e a punição (do autor e, em alguns casos de violência sexual contra a mulher, mesmo da vítima).

Seria possível questionar se a concepção de que todo ato juridicamente compreendido como violência sexual é *representado* como violência, bem como que todas as vítimas deste ato esperam uma resposta incriminadora, não serve inclusive para se acreditar que a voz de um Estado, que rechaça a feminilidade, é a única saída. E aqui se retorna à Psicanálise, com sua compreensão de feminilidade enquanto condição de não orientação pela ordem fálica, de desamparo perante a lei. Integrando as contribuições da criminologia crítica com a Psicanálise, neste momento pode-se apontar a dificuldade de representantes da lei admitirem haver sujeitos que, numa posição feminina, abdicam de estabelecer uma relação adversarial, competitiva, inclusive com quem cometeu um ato de violência sexual contra eles.

Neste ponto retoma-se a noção de “responsabilidade”, cara tanto ao Direito como à Psicanálise. Há responsabilidade (em lugar de alguma culpa, principalmente aquela juridicamente construída) de todos os envolvidos no Sistema Judicial por responder a partir da posição de sujeitos. No caso da vítima, por elaborar como se pode o que lhe ocorreu, podendo ou não desejar auxílio jurídico para isto. Em se

tratando do autor, responsabilidade que pode ou não ser conquistada por meio da punição. Em ambas as situações, seria preciso escutá-los para se melhor constatar se houve responsabilização, ou apenas vitimização ou culpabilização.

A responsabilidade dos operadores do Direito está justamente em escutá-los, destacando-se o risco de agirem pautados em algumas representações que, somadas à pretensão de encontrar a verdade “real”, levam a equivocadas traduções imaginárias dos discursos das partes envolvidas na apuração de um fato. Não escutar o não dito ou o mal dito (o que há de simbólico, desejante) das partes pode fazer com que a única verdade que conste nos autos seja a dos operadores do Direito, os quais, talvez, anseiem vingança contra o outro (autor ou vítima, dependendo da circunstância) e, ainda talvez, proteção de si mesmos (de seus conflitos mal elaborados e desejos mal conhecidos).

A proposta deste trabalho de tese teve assim como fio condutor temático as (im)possibilidades de restauração subjetiva oferecida pelo direito penal contemporâneo de origem romana⁷ às vítimas de violência sexual, discussão esta atravessada por apontamentos sobre os limites da subjetividade do operador do Direito no proceder com esses casos. Seu exame se faz à luz das ferramentas conceituais da criminologia crítica e da Psicanálise.

Em uma palavra, a criminologia crítica possibilita perceber que, diferentemente do prometido pelo direito penal, a eficácia simbólica da

⁷Direito pautado na codificação prévia de leis e acessível a todos, ao qual se contrapõe o modelo inglês, cujo paradigma é conhecido como “common law”. Nele, retira-se o poder do cidadão decidir se vai ou não delinquir, e se o delega a magistrados e júris, que decidem o tamanho da culpa (portanto, da reprobabilidade da conduta) após o ato ter-se dado. De qualquer modo, nesta tese algumas especificidades se mostram desnecessárias. Assim como Andrade (2007, p.88) o faz em sua obra: “em um sentido amplo, fala-se em lei como a constituição de interditos culturais à ação humana. Assim, lei pode significar norma jurídica ou, até mesmo, Direito em seu conceito lato. Também não se fará distinção – pois, sob o ponto de vista psicológico, isto não faz muita diferença – entre os sistemas jurídicos (romano-germânico, *Common Law*, muçulmano, socialista, etc.), tampouco entre as fontes do direito ocidental (empirismo exegético francês, lei escrita; historicismo casuístico inglês, jurisprudência; ou o racionalismo dogmático alemão, doutrina). A lei, em sentido psicanalítico, representa a força efetiva da prescrição, do proibido, não importando se vem de um texto escrito, moral, religioso ou, até mesmo, simbólico”.

resposta penal em casos de violência sexual – efetivada por meio da seletividade do tratamento jurídico das vítimas e autores e na publicização/penalização como motor principal do Sistema Judicial – duplica a vitimização da vítima. Por sua vez, a Psicanálise permite pensar sobre a existência de situações em que a construção e decodificação feitas da violência sexual pelo Sistema Penal contemporâneo de origem romana não garante a proteção das vítimas de violência sexual, mas interdita o desejo (inconsciente) da vítima nos atos tipificados como violência sexual. Tal interdição, desresponsabilizando, patologizando ou moralizando a vítima, faz com que a resposta jurídica tenha efeitos psíquicos dessubjetivantes.

Destacando de imediato a carência de produções acadêmicas intertextuais entre Psicanálise e a criminologia crítica, este trabalho de pesquisa teve, no entanto, a pretensão de continuar um caminho já aberto pelo próprio fundador da Psicanálise, em seus textos que demarcam o interesse de sua disciplina para outras áreas de conhecimento; em particular o Direito (Freud, 1906/1996, 1913/1996, 1916/1996, 1931/1996). Com relação ao Direito, um dos argumentos da importância para este diálogo é a necessidade de serem suspensas as categorias jurídicas de apropriação do humano – daí, portanto, a importância de se pensar o Direito a partir de outras áreas de conhecimento, como a Psicanálise, o Contratualismo⁸, e talvez, como proposto aqui, a criminologia crítica. Logo, os temas de interesse do Direito não seriam estudados em si, mas sim os discursos e práticas jurídicas mediante diálogos com outros códigos linguísticos.

Phillippi (2001) destaca que esta leitura interdisciplinar dos temas de interesse do Direito mostra-se ainda mais fundamental no Ocidente contemporâneo, em que esta área de conhecimento é cada vez mais absorvida por um agigantamento e uma espécie de redução em si mesmo, por se considerar auto-suficiente. Ainda que contemos com uma proliferação de textos jurídicos nos mais variados âmbitos, estaria havendo uma perda da função simbólica do Direito. Esse aparente

⁸Conjunto de teorias que discutem a formação de governos e manutenção da ordem social. Suas origens remontam à filosofia grega, mas obteve destaque teórico e político no pensamento liberal moderno, que considera a sociedade humana e o Estado originados de um acordo ou contrato estabelecido entre cidadãos autônomos, em detrimento da autocracia ou dos excessos da ingerência estatal. Seus representantes mais conhecidos são Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau e John Locke.

paradoxo – uma quantidade de leis, em espaços nos quais existe apenas o domínio da lei, não implicar em sua maior efetividade nesses mesmos espaços – é analisado pela autora a partir da ditadura das leis de um mercado devastador e excludente. Tendo já enfatizado a importância de não restringir a leitura dos eventos humanos a partir da letra da lei, neste momento refere-se à insuficiência do Direito como resposta aos conflitos sociais, ao se apresentar unicamente por meio repressivo. Apesar de todo o aparato coercitivo que sustenta as práticas cotidianas do Direito, “em um quadro social catastrófico de desconhecimento dos pressupostos fundamentais da ordem simbólica, [o Direito] perdeu o seu fundamento ético e, portanto, não possui mais o efeito de Lei” (Phillippi, 1991, p.41).

Na mesma linha, Andrade (2002) ensina que a civilização, por meio da cultura, inscreve uma ordem simbólica. Para isto, cria leis simbólicas, que, por sua vez, transcendem o direito positivo. Conforme o autor, apenas se houvesse a transmissão cultural de valores simbólicos democráticos se inscreveria, no sujeito, valores morais que permitiriam o convívio suportável entre os sujeitos. Estes valores, universais (logo, independentes de classe social ou posição nas relações de poder) e inconscientes, possibilitariam que o direito penal fosse mínimo. Com isto, o Direito poderia resolver efetivamente conflitos sociais, porque não reduzido ao direito penal e porque o direito penal dirigir-se-ia apenas a psicoses individuais e também coletivas (exemplo: nazismo)⁹. Para Andrade (2002), a única tutela efetiva é o Lei simbólica.

Nesta perspectiva, a garantia ao exercício do desejo, da autonomia e da liberdade do sujeito deveria ser a maior preocupação do Direito, inclusive e, sobretudo, ao tratar de sexualidade. No entanto, como este trabalho de tese buscou fundamentar, tal garantia também demandaria que os operadores do Direito suportassem toda a humanidade manifestada na sexualidade – incluindo a humanidade que, não tendo como único motor o prazer, pode desejar (inconscientemente) o próprio desprazer. O humano pode encontrar satisfação no mal, como aqui se pretende igualmente sustentar.

Observa-se uma carência bibliográfica em criminologia crítica sobre violência sexual; mas não é difícil perceber que em parte ela tem sido discutida pelo viés da identidade de gênero, em diálogo com a

⁹Poder-se-ia debater sobre a função do direito penal para as perversões. Porém, aqui o fundamental da contribuição do autor é o conceito de lei simbólica, agigantamento do Direito.

criminologia feminista. Por sua vez, o diálogo com a Psicanálise poderia enriquecer o debate da criminologia crítica a propósito da violência sexual. De todo modo – levando em conta a impossibilidade de interpretar os eventos humanos utilizando apenas os textos jurídicos –, algo já significativamente demarcado nestes estudos é que a efetiva garantia de direitos às vítimas de violência sexual passa por outro lugar que não o da criminalização.

Andrade (1996) explica tal mecanismo, mas reitero que a sua análise dos discursos e práticas jurídicas sobre a violência sexual é pautada por questões de gênero. A seu ver, na grande maioria dos casos de violência sexual contra as mulheres, o sistema de justiça penal não apenas é ineficaz para sua proteção, como duplica a violência exercida contra elas. Daí seu entendimento de não ser através do sistema penal que se construirá igualdade e diferença feminina; e, portanto, que a criminalização de novas condutas sexuais não é uma forma de melhor defender os interesses das mulheres ou a construção de sua cidadania. Mais: (re)construir um problema e redimensioná-lo como problema social não deveria necessariamente levar à concepção de que a melhor resposta a ele ou a sua solução resulte em convertê-lo numa questão penal (crime). Ademais, considerando que o sistema penal tem seus próprios efeitos sobre os problemas com os quais se defronta, a conversão de um problema privado em problema social, e deste em problema penal, seria um grande equívoco, porque neste processo desencadeia-se mais violência.

Podemos entender que a afirmativa fundamenta-se no fato de ser o sistema penal um (sub)sistema de controle social seletivo e desigual (de homens e mulheres) e que ele próprio é um sistema de violência institucional (inclusive contra as vítimas dos casos em que atua). Apresentando-se como culminância de um processo de controle (que não se inicia com ele) em casos de violência contra a mulher, o sistema penal duplica a vitimização feminina. O sistema penal expressaria e reproduziria a violência estrutural das relações sociais capitalistas (a desigualdade de classe) e patriarcais (a desigualdade de gêneros) de nossas sociedades, estando os estereótipos que elas criam e recriam especialmente visíveis na moral sexual dominante.

Buscou-se assim, com este trabalho de tese, legitimar a voz das vítimas de violência sexual, independentemente se de gênero feminino ou masculino, no entendimento de que isso poderia ocorrer mediante o oferecimento de outras escutas que não apenas a dos operadores do Direito. Por exemplo, como aqui proposto, a Psicanálise e a

criminologia crítica, que podem colaborar para a sinalização de alguns ruídos, surdez e deturpações que têm caracterizado a escuta do direito penal ocidental contemporâneo de origem romana.

É nesta direção que Andrade (1996) inclusive associa a não escuta das vítimas por parte do Sistema Penal à sua impossibilidade de solucionar conflitos bem como sua produção e agravamento. Sobre a função latente e real do sistema penal, que seria de controle seletivo da criminalidade, a autora afirma que a criminalidade não existe ontologicamente na sociedade, mas sua existência depende da intervenção do sistema penal. Logo, o crime não vem antes do sistema penal, mas justamente é por ele criado mediante a definição legal das condutas criminosas pelo Legislativo (criminalização primária); a seleção dos criminosos, pela polícia e a justiça (criminalização secundária); e a estigmatização, pela execução penal. Enfim, a incapacidade/inversão resolutória desse sistema é evidenciada pelo próprio lugar que (não) se dá à vítima no sistema penal. Desde os séculos XII e XIII, ela foi excluída como sujeito atuante do processo penal, e substituída por um representante do soberano ou do Estado. Portanto, desde então, o maior interessado na gestão do conflito é dela excluído.

Este trabalho insere-se neste propósito de reaver uma dívida do direito penal, talvez a maior: a dívida com as vítimas. Vítimas silenciadas por um aparato institucional que se julga dela sabedor. Espera-se que, sendo ouvida pelos discursos e práticas jurídicas naquilo que ela sabe e não sabe de si, a vítima passe a ser o personagem principal. Em outros termos, espera-se que as oitivas destes sujeitos, no que for possível, sejam pautadas por escutas.

A bibliografia psicanalítica, por sua vez, é sempre permeada (explícita ou implicitamente) por concepções fundamentais; primeiro, a impossibilidade de se analisar a vivência traumática a partir da lógica da causa-efeito (o que levaria à compreensão de que o trauma teria como causador, determinante, um evento externo). Segundo, a diferença entre realidade objetiva e subjetiva e a condição sempre existente de elaboração psíquica, que ressaltaria a responsabilidade (inconsciente) do sujeito vítima de violência sexual na constituição de seus efeitos.

Este trabalho de tese defende a fundamentação de uma escuta ampliada e diferenciada para as vítimas de violência sexual, bem com a possibilidade de contribuir para o preenchimento de lacunas bibliográficas sobre a temática acima apresentada, no que se refere ao uso e junção das ferramentas teóricas da Psicanálise e da criminologia

crítica. Teve como objetivo geral problematizar criticamente os discursos e práticas do direito penal contemporâneo de origem romana no que tange à violência sexual, mediante o instrumental conceitual da Psicanálise e da criminologia crítica.

Do lado da Psicanálise, foram destacados, examinados e aprofundados noções e conceitos psicanalíticos que dizem respeito à violência sexual (fantasia e ato, especialmente) visando a demonstrar quão traumáticas podem ser as respostas jurídicas que desconsideram a responsabilidade inconsciente do sujeito na elaboração do ato sofrido. Do lado da criminologia crítica, noções e conceitos que, relativos à violência sexual, demarcam a eficácia invertida da resposta jurídica sustentada no objetivo de resgatar a autonomia da vítima a partir da criminalização do autor.

Para encerrar esta justificativa e fundamentação introdutórias do que será lido a seguir, cabe ainda salientar que a integração entre estes campos de saber, Psicanálise e criminologia crítica, foi viabilizada pelos dados estudados (jurisprudência). A partir deles, deparou-se com a amplitude da presença da subjetividade dos operadores do Direito em suas ações. Uma presença que, se já sabida, porque o texto legal (organizado por princípios modernos como a universalidade) sempre exige a presença de um leitor e operador para sua interpretação e aplicação, mostra-se não apenas exagerada, mas especialmente fundamentada em concepções morais dos profissionais do Direito. Daí se constata a significativa liberdade com que manuseiam e desconsideram previsões do texto legal, e inclusive a autorização com que administram noções psicológicas.

A demarcação simplesmente da subjetividade do operador do Direito talvez seja, em si, fundamental ao Direito, se considerarmos a seguinte análise psicanalítica realizada por Andrade (2007, p.91):

Em toda a história do Direito, a concepção de lei encontra-se vinculada a algo que transcende a única verdade passível de comprovação empírica: as normas jurídicas são elaboradas pelos seres humanos, inicialmente apenas homens, agora também por mulheres, de acordo com suas vontades (conscientes e inconscientes). Isto retira de qualquer força onipotente a responsabilidade por nosso futuro, por nosso presente e por nosso passado, colocando em nossas mãos, e só nelas, a obrigação de respondermos por nossas próprias ações, por nossos acertos e, fundamentalmente, por nossos erros e atrocidades. Diante do desamparo, nós humanos, em busca de alento, criamos várias crenças e, a partir delas, construímos míticas forças superiores a

nós, ordens transcendentais, ilusões capazes de ressuscitar o Pai morto, o qual, então, assumiria a responsabilidade por nossos destino, por nossos atos. Cria-se uma condição psíquica, como se existisse, de fato, alguma força concreta, algum ser superior ou alguma ordem capaz de legislar e produzir as verdadeiras normas, a justiça em si, sem qualquer conotação ideológica, sem qualquer adjetivo

O autor complementa, na continuidade, que a elaboração, interpretação e aplicação da lei e a ordem jurídica resultam exclusivamente da ação humana, não sendo de ordem supra ou transcendental. Pode-se concluir que a Psicanálise pode sinalizar os aspectos subjetivos envolvidos nestas relações entre justiça, Justiça e Direito. O mesmo autor também aponta que nestes jogos de poder e suas formas de legitimação há, além da vontade humana, construção histórica. E disto se pode concluir que as contribuições psicanalíticas podem ser acompanhadas pela criminologia crítica, que parece bem nos alertar para os aspectos políticos, culturais, históricos, econômicos envolvidos nas modalidades com que a Justiça entende fazer justiça, bem como as funções que as leis possuem neste processo¹⁰.

Não se pode deixar de lembrar que o alerta para a subjetividade do operador do Direito, ao Direito, é revolucionária. Conforme explica Rosa (1997), o sistema repressivo fundou-se numa divisão de tarefas, que acabou por (ou tinha justamente como objetivo) blindar o julgador. Escondê-lo, poderíamos dizer. Nesta tese, tirar-se-ão alguns véus, e não apenas do julgador, mas de todo operador do Direito.

No primeiro capítulo, localiza-se o estatuto da pesquisa de que trata esta tese, retomando princípios da pesquisa psicanalítica; em especial, suas condições de diálogo com outros campos do saber e sua contraposição a ideais modernos. Este questionamento feito pela Psicanálise dos valores da modernidade remete-nos, por sua vez, ao segundo capítulo, onde se distingue os sujeitos do Direito e da Psicanálise a partir de algumas noções que parecem ser de interesse a ambas as disciplinas mas que possuem compreensões diferentes. Com

¹⁰Nesta tese, as discussões da Psicanálise e criminologia crítica ao Direito restringir-se-ão ao manejo dos casos de violência sexual. Ainda assim, compreende-se que em certa medida as análises realizadas podem ser aplicadas as ações jurídicas dos operadores do Direito relativas a outros temas.

isso delimitam-se minimamente os limites do diálogo entre estes dois campos do saber.

De qualquer modo, as diferenças mais específicas começam a ser tratadas no terceiro capítulo, quando se suspende as concepções dos operadores do Direito sobre violência sexual a partir das noções de trauma, agressão, violência, intencionalidade, livre arbítrio e vulnerabilidade. Também neste momento problematiza-se os mesmos conceitos a partir da Psicanálise. Ao fim, constata-se que concepções genéricas sobre a violência sexual decorrem de uma apropriação eminentemente moral, por estes operadores do Direito, dos fatos que a eles chegam.

No capítulo seguinte (quarto), aprofunda-se nas contribuições psicanalíticas para a compreensão que os operadores do Direito fazem dos autores de violência sexual, por meio dos conceitos de transgressão e perversão. Aqui também se faz uma aplicação destes conceitos à atuação dos próprios operadores do Direito, o que de alguma forma complexifica a discussão realizada no capítulo anterior sobre a moral enquanto principal orientador da prática dos operadores do Direito, e sobre o fato de que é a subjetividade destes que está em primeiro plano em suas alegações e não a dos envolvidos nos fatos.

A partir disto chega-se à questão da feminilidade, já que o gênero é o principal recorte na seletividade do tratamento oferecido pelo Sistema Judicial a vítimas e autores nestes casos. Então a feminilidade passa a ser o fio norteador do quinto capítulo, que trata das contribuições da criminologia crítica ao estudo da violência sexual.

O sexto capítulo introduz um momento mais propositivo da tese, no qual inicialmente percorre-se a dosimetria da pena, ilustrando como, mesmo neste momento aparentemente tão objetivo, o principal orientador do posicionamento dos operadores do Direito sobre violência sexual é sua subjetividade. Mas aqui se configura um detalhe: esta subjetividade, composta por uma moral, que revela um rechaço a determinados afetos expressos em atos que chegam aos operadores do Direito (como a violência sexual), não se deve apenas à subjetividade do operador do Direito, mas também ao ideal de racionalidade que organiza o Direito.

Por fim, no sétimo e último capítulo, ilustra-se como os operadores do Direito utilizam livremente conceitos psicológicos, para discorrer sobre todos os envolvidos nos atos com os quais lidam. Entende-se que assim procedem como maneira de negar sua subjetividade, projetando em outro campo do saber suas interpretações e

suas decisões. Tenta-se demonstrar, inclusive, como a Psicologia já procurou e ainda procura contribuir no diálogo com o Direito em casos como o de violência sexual.

Sobretudo, a seguinte hipótese de trabalho norteia a leitura dos extratos ou passagens da jurisprudência selecionada: a subjetividade dos operadores de Direito é o principal orientador de sua atuação em casos de violência sexual, ao ponto da subjetividade dos diretamente envolvidos nos atos ser desconsiderada, não solicitarem ou não acatarem documentos psicológicos antes de discorrerem sobre questões psicológicas, bem como ao ponto das próprias previsões nos Códigos Penal e de Processo Penal ser manipulada de maneira extremamente livre. Compreende-se que a Psicanálise, ressaltando a importância da singularidade do tema, contribui para que se aproximem minimamente dos diretamente envolvidos no caso e para que, questionando seus tabus, contatem minimamente suas próprias subjetividades.

2 QUESTÕES METODOLÓGICAS E EPISTEMOLÓGICAS SOBRE OS PROCEDIMENTOS DE PESQUISA

2.1 Das questões primeiras e gerais

Um dos motivos da pertinência em discutir onde se localiza a Psicanálise no campo das ciências é dada de saída com este trabalho de tese, e com o fato mesmo de sua realização se fazer na universidade. A propósito, Garcia-Roza (1994, p.09) chega a justificar a significativa inserção da Psicanálise na universidade mencionando “a incidência inevitável e indispensável do pensamento psicanalítico em qualquer questão referente ao psiquismo, e ainda mais amplamente em qualquer questão referente às formas de vida e da Cultura Contemporânea”.

Outro motivo seria a oportunidade de debater determinadas críticas a ela dirigidas, que, conforme Mezan (2007, p.320), poderiam ser assim resumidas: não ser uma ciência, baixa eficácia de seu tratamento, fragilidade da teoria (por reconhecer e admitir a influência da subjetividade do profissional) e “se basear numa série de pressupostos não comprováveis, [...] formular hipóteses impossíveis de verificar e que, portanto, dão sempre razão a quem as enuncia”. Assim, à maneira de um *compte-rendu* dessas questões, este capítulo insiste em retomar *a priori*, como necessária, a velha discussão que envolve a caracterização da Psicanálise como ciência, para refletir em diversas frentes sobre o tipo de ciência que melhor convém à sua práxis, em particular no que se refere à pesquisa desenvolvida em interfaces com outros campos e áreas do saber universitário.

Isso tem importância para os psicanalistas que transitam no âmbito universitário, dada a óbvia exigência de que demonstrem como a Psicanálise atua, que resultados produz e a quem é indicada. A união do psicanalítico com o acadêmico é via de regra questionada pelos supostos representantes do saber acadêmico (especialmente pelos que avaliam e liberam recursos), e ao mesmo tempo pelos que se apresentam como donos do exercício da formação e transmissão da Psicanálise. Deve-se ainda referir à pouca legitimidade atribuída à Psicanálise, o fato de que a pesquisa e o ensino em Psicanálise habitualmente são realizados em institutos de Psicologia ou em outras faculdades, daí correndo o risco de perder sua identidade e especificidade por meio de sua apropriação por outros saberes. Garcia-Roza (1994) exemplifica os efeitos desta situação

com as habituais críticas sofridas pelo pesquisador acadêmico em Psicanálise trabalha ao lado de pesquisadores em Psicologia. Por parte dos psicólogos, por defender a irredutibilidade do discurso psicanalítico, e, por parte dos psicanalistas, por submeter o discurso psicanalítico às regras do discurso universitário. Birman (1994) lembra, nesta direção, que desde as décadas de 30 e 40 o estatuto científico, teórico e de pesquisa em Psicanálise foi ambíguo no campo da pesquisa em Psicologia. A explicação seria a concepção neo-positivista e empirista que sempre foi e é o modelo epistemológico dominante na psicologia mundial, e especialmente no Brasil.

Herrmann (1994), por sua vez, é um autor que acompanha as reflexões dos autores acima citados. Para ele, há uma tendência epistemológica na crítica das ciências às pesquisas acadêmicas: a filtragem do conhecimento para verificar se algo é ou não verdadeiro. Esta lógica restritiva manifestar-se-ia, por exemplo, com a preocupação em pesquisas psicanalíticas em dizer que, *apesar de* ser Psicanálise, são verdadeiras as postulações em questão. O autor chega a ser radical, afirmando que “a psicanálise é suficientemente forte enquanto método para obrigar a universidade e o conjunto das ciências, especialmente as ciências humanas, a se definirem e a redefinirem a sua forma de entender a própria epistemologia” (Herrmann, 1994, p.54).

Um caminho interessante para problematizar a questão sobre similaridades e diferenças na pesquisa da prática clínica e no discurso conceitual é levantado por Garcia-Roza (1994). Ele alerta que a principal questão não é uma suposta oposição entre discurso conceitual e psicanalítico, mas entre duas concepções de conceito: 1) entidade abstrata, universal formal; e 2) singularidade, que responde a verdadeiros problemas. Aderindo à primeira definição, o pesquisador é aplicador de métodos científicos, e suas conclusões são confirmações vazias de sentido; à segunda, o pesquisador é alguém ávido por decifrar os segredos da sabedoria.

Talvez seja por acompanhar esta “solução” para a questão que Garcia e Silva (1994) compreendem que o que define a pesquisa psicanalítica é a interpretação das forças subjacentes a uma experiência humana ou seu produto. Em outros termos, a busca da determinação desconhecida, ao invés da representação convencional e lógica, passível de mensuração e demonstração. Couto (1996) explica que o empreendimento de Freud não foi o da chamada “ciência normal”, que visa validação, confirmação, esclarecimento de sentido ou refutação de proposições estabelecidas. Fazendo uma revolução científica, o pai da

Psicanálise não aceitou as teorias vigentes, o que seria um pressuposto caso questionasse e buscasse explicações por outro ponto de vista. Da mesma forma, não testou uma conjectura específica de certa teoria, estabelecendo um novo objeto de estudo (o inconsciente, ou, mais precisamente, suas manifestações ou produções), rompeu com o cotidiano das disciplinas.

De fato, não só os psicanalistas que dialogam com o espaço universitário mas qualquer pesquisador que utilize o saber psicanalítico (psicanalista ou não) se dirigem questionamentos desta ordem. Logo, a todos aqueles que operam com a Psicanálise parece fundamental revisitar questões epistemológicas imanentemente, ou seja, a partir da própria Psicanálise.

2.2 Das condições para uma epistemologia psicanalítica

É pertinente antes de tudo aprofundar a discussão sobre a caracterização como ciência (ou não) da Psicanálise para então refletir, em caso afirmativo, sobre qual espécie de ciência ela representaria. Pode-se iniciar as reflexões sobre o tipo de ciência que seria a Psicanálise com Alberti e Elia (2008), porque demarcam o lugar de onde parte o questionamento sobre a Psicanálise ser ou não ciência. Talvez isto seja o que primeiro merece ser considerado. Eles definem ciência como o modo de produção de conhecimento que se orienta pelo método hipotético-dedutivo estabelecido por Galileu, o que por sua vez implica em seguir o discurso cartesiano. Para se fazer ciência, portanto, despoja-se o objeto que se pretende conhecer de suas qualidades anímicas ou sensíveis, recorre-se a um discurso teórico cuja linguagem é desprovida de significações acessíveis ao saber comum e se obedece o princípio da contingência e da universalidade, segundo o qual a ciência deve esclarecer as maneiras pelas quais o elemento estudado é como é e não é de tantas outras formas quantas poderia ser. Para os autores, a Psicanálise deriva deste método inaugural da ciência moderna.

Os mesmos autores, Alberti e Elia (2008), explicam que os atuais militantes da ciência do comportamento são os que consideram a Psicanálise uma folk psychology. E, para estes, a ciência teria uma outra definição: seria um procedimento. Um procedimento orientado pelo método empírico-indutivo, que recorta a realidade em dados da ordem do particular, observa a realidade, estabelece correlações com precisão cada vez maior e, por fim, estabelece determinações causais e universais. Este método teria como origem a filosofia empirista inglesa,

eminentemente a de John Locke, e teria sido retomado pelo positivismo com que as ciências humanas e sociais, por meio de Augusto Comte, apropriaram-se desta compreensão de ciência.

Para se melhor compreender as diferenças entre os pilares metodológicos e, de maneira correlata, os fundamentos discursivos entre o momento inaugural da ciência moderna e o que se seguiu pode-se considerar, como apontado por Alberti e Elia (2008), que se a história da ciência inicia com um método que parte de postulados lógicos, num segundo momento se partia de premissas. Estas premissas tornam-se fenomenológicas ou ontológicas, não chegando a formulações universais. E, por fim, tais premissas desconsideram o contingente, o que as leva a ingressar no campo do necessário.

Referindo-se aos textos em que o próprio Freud discorre sobre o caráter de sua invenção, Mezan (2007) atém-se a “Sobre uma Weltanschauung”, que faz parte das “Novas conferências de introdução à psicanálise” (1932), até por ser uma obra mais próxima de sua morte e, portanto, supostamente mais elaborada e definitiva. A partir dela apresenta a concepção psicanalítica do que seja ciência, que, em linhas gerais, seria o uso da razão e revisão de teoria; oposição à revelação, intuição, adivinhação, religião e filosofia; limitação à esfera do observável, ou pelo menos ao que pode ser inferido como fundamento do observável (força, átomo, inconsciente); um método de investigação (observação, hipóteses, prova lógica, matemática ou experimental, etc.).

Há que se ressaltar, entretanto, que Freud não explicita a suposição fundamental da ciência: a “crença na racionalidade do real, ou seja, na existência de leis que governam os fatos e de causas que os determinam segundo essas leis” (Mezan, 2007, p.325). Ou, em outros termos, que o determinismo seria o pressuposto oculto da ciência, determinismo este evidenciado na crença de ser possível descobrir leis verdadeiras (sobre “o que é”, “como é”). E aqui um destaque: a expressão é mesmo “crença”, porque, para o autor, a pretensão de verdade é impossível a qualquer teoria.

Nos termos de Mezan (1993, p.96), a Psicanálise apresenta “características que a aparentam a uma ciência, tais como a cumulatividade e a comunicabilidade dos conhecimentos”, porém, no que diz respeito especialmente à sua prática clínica, “[aparenta-se] às artes e à ourivesaria”, afirmando a possibilidade “de descrever e compreender a maneira pela qual se constitui a elaboração teórica de um psicanalista”, pela simples mas convincente razão de que “estas elaborações apresentam características que as aparentam às formulações

científicas: coesão interna, comunicabilidade, verificabilidade e cumulatividade” (Mezan, 1993, p.115).

Sobre que tipo de ciência seria a Psicanálise, podemos igualmente retomar Mezan em outro trabalho, este de 2007. Ali, os argumentos percorridos para se atribuir estatuto de ciência aos saberes da humanidade partem curiosamente da aproximação reclamada por Freud entre a Psicanálise e as ciências naturais, cujo modelo é para ele o da Física, inclusive, emprestando dela alguns termos na construção de sua teoria. No entanto, o pai da Psicanálise não teria percebido o quanto foi influenciado por Darwin, e quanto se diferenciou de Newton. Para esta discussão, Mezan (2007) remete-se ao fato de que a evolução por seleção natural não pode ser provada aos moldes da Física e Química: evidência empírica e imediata. A teoria darwiniana, portanto, se fundamentaria em inferências, conjeturas. Por sua vez, as forças psíquicas conforme propostas por Freud também não são mensuráveis e nem passíveis de matematização. Daí, por exemplo, seu fundador ter recorrido à metáfora como forma de conhecimento.

Ainda em sua argumentação de que a Psicanálise articula-se ao modelo de ciências naturais da era vitoriana, Mezan (2007) lembra que não se trata de atribuir o sentido das formações do inconsciente a algo que nelas se exprime, mas principalmente encontrar suas causas. Tanto na Psicanálise individual como em sua aplicação às questões históricas e culturais, não se trata do “objeto ‘espírito’, mas [da] metafísica desse objeto – [...] produto determinado de causas em princípios cognoscíveis – e em relação ao método – procura sistemática dessas causas, e disposição para retificar incessantemente a teoria à luz dos ‘fatores novos e inesperados’” (Mezan, 2007, p.336)

A originalidade de Freud estaria em operar sobre a especificidade individual do objeto (próprio de pesquisas sobre objetos históricos ou culturais) com recursos da *explicação* (comumente usados ao se pesquisar objetos naturais), e não da *compreensão* (inerente às pesquisas sobre objetos históricos ou culturais). A recusa de Freud em adotar o método compreensivo deveu-se assim ao seu posicionamento contrário a opções metafísicas e interferências do pesquisador que transcendam os inevitáveis juízos de valor.

Quanto ao estatuto de ciência que a Psicanálise representaria na atualidade, Mezan (2007) explicitamente a localiza no campo das ciências humanas. Para ele, ainda que se continue compreendendo que interpretar é encontrar o sentido e a causa, a concepção de “causa” que temos hoje aproxima a Psicanálise das ciências humanas da atualidade.

Justifica tal concepção com o argumento segundo o qual, na avaliação dos motivos envolvidos nos sintomas ou estados patológicos, aumentou significativamente o peso causal atribuído pelas novas formulações psicanalíticas às diversas relações estabelecidas pelo sujeito. Sua conclusão é que tal fato contribui para legitimar a Psicanálise como ciência humana, posto que as relações interpessoais são muito mais inerentes ao campo do humano que do natural. Seria precisamente no campo do humano que a concepção de causalidade atinge uma maior complexidade, como esta que operacionaliza a Psicanálise: uma causalidade múltipla, estabelecida por meio de interdependência¹¹, reticularidade¹², retroalimentação¹³ e teleologia.

É a concepção de causalidade, que hoje identifica a Psicanálise como uma ciência humana, inclusive caracterizando seu método de investigação tanto como dispositivo de tratamento como de pesquisa, já que a “escuta” permanece a mesma: em ambos os casos haveria uma busca de elucidação das causas (nos termos já acima apresentados). Escutando seu paciente ou escrevendo seus textos, o analista busca em ambas as situações uma elucidação, ainda que apenas na primeira também busque, por acréscimo, uma transformação. Afinal, a intervenção demanda uma dupla, para que nela e por ela fenômenos transferenciais sejam mobilizados, não sendo isso possível, obviamente, na situação em que o pesquisador constrói um objeto a partir de dados empíricos. Cabe destacar sempre com o autor, inclusive, que tal aspecto aproxima a Psicanálise aplicada de outras disciplinas, como a Antropologia ou os Estudos Literários.

Para além da concepção de causalidade, os próprios objetos das ciências humanas exigiriam metodologias diferentes daquelas utilizadas atualmente pelas ciências naturais, posto que o método experimental não pode ser aplicado quando o objeto é imaterial, único, excessivamente grande ou pertencente ao passado. Contudo, explica ainda Mezan (2007) neste sentido, que o modelo de ciência biológica da época de Darwin hoje se adequaria às ciências humanas, que utilizam métodos que

¹¹Dependência aqui parece se referir a um dos seus sentidos possíveis: conexão, correlação (Michaelis, 2009).

¹²A partir de Michaelis (2009), encontramos a noção de reticular como aquilo que possui aspecto de rede e forma malhas.

¹³“Processo em que parte da energia do sinal de saída de um circuito é transferida para o sinal de entrada; realimentação (corresponde ao inglês *feedback*)” (Michaelis, 2009, p.755).

ultrapassam a compreensão, e cujos objetos seriam mais próximos do que antes se entendia como “objetos da natureza” do que dos “objetos do espírito”.

As teorias de Darwin e Freud não podem comprovar a veracidade das inferências que constroem a partir dos dados. Pelo menos não por meio de “evidências imediatas e conclusivas”. A ideia de “veracidade” estaria fundamentada na consistência interna do argumento, na simplicidade e plausibilidade da hipótese central, e na dimensão do poder explicativo da teoria tomada em seu conjunto.

Ora, na concepção contemporânea de ciências naturais e humanas, “nada vemos de estranho em atribuir leis e causas ao universo da cultura, e certamente já não entendemos por ‘significação’ de um produto humano a expressão de um princípio que só o método compreensivo poderia alcançar” (Mezan, 2007, p.352). Evidentemente que, em relação às ciências biológicas, as ciências humanas ainda guardariam algumas especificidades. Por exemplo, a indução e a dedução utilizam procedimentos diferentes dos das ciências do inanimado. “Há poucas generalizações indutivas; predomina o estudo de casos exemplares” (Mezan, 2007, p.347-348), e as deduções dependem das premissas entre si e destas com a conclusão.

Avançando mais sobre o campo interno das ciências humanas, onde, conforme defendido, localiza-se a Psicanálise, é necessário demarcar outra de suas características: a impossibilidade de as padronizarmos em termos de procedimentos. Considerando que há objetos que, em si, impossibilitam as formas de aproximação típicas das ciências naturais, cada disciplina humana definiria a legitimidade de problemas, a pertinência dos procedimentos, os critérios para estabelecimento e confirmação de hipóteses, etc. O progresso do conhecimento nessas ciências se evidenciaria pelo estabelecimento de um núcleo sólido e indisputado de informações coerentes. Em resumo: o que traz aceitabilidade a uma teoria: consistência interna, compatibilidade com os princípios gerais do campo epistemológico da disciplina e seu valor heurístico para lidar com novas descobertas, por meio de modificações ou substituições.

Resta concluir com o raciocínio do próprio Mezan (1997), que generosamente nos tem possibilitado tão valiosos esclarecimentos para a nossa prática universitária da Psicanálise: se hoje o perfil epistemológico da Psicanálise aproxima-se em vários aspectos ao de disciplinas humanas, se o objeto da Psicanálise é do campo do humano e

seus métodos assemelham-se aos das ciências humanas, então ela é uma ciência humana.

Parece, então, que o que assemelha o psicanalista em formação e o pesquisador em Psicanálise é uma certa modalidade de comunicação: a escrita. E mais: este momento mesmo da pesquisa, a escrita, pode ser chamado de ato de pesquisa. Também se pode dizer que o diferencial entre essas duas maneiras de se aproximar da Psicanálise parece ser que do psicanalista em formação exige-se uma experiência em Psicanálise, mas do acadêmico deseja-se uma experiência.

Orientando-se pelo ensino de Lacan, entretanto, Elia (2000) traz um entendimento diverso. A Psicanálise não seria um saber a ser caracterizado como ciência da natureza ou da cultura, ou mesmo um saber não-científico, pré-científico ou que desconsidere a cientificidade. O autor explica que, se a Psicanálise deriva do campo científico, ela não é parte integrante do mesmo. E isto porque o saber psicanalítico realiza uma subversão da ciência pelo viés do sujeito. Para explicar esta subversão, Elia (2000) lembra, seguindo Lacan, que o sujeito da ciência é constituído no e pelo ato fundador da ciência moderna, com Galileu, e formulado por Descartes. “Lacan situa a emergência do sujeito na aurora da era moderna, condição histórica do advento da própria Ciência, como ciência e como moderna – única condição em que ela poderia constituir-se como ciência” (Elia, 2008, p.65).

À fundação da ciência moderna (a física moderna, empírica e matematizada de Galileu) correspondeu a retirada, no campo da Filosofia, de responsabilidade da subjetividade pelas conseqüências desse ato. E esta operação conjunta, da Física e da Filosofia, foram inevitáveis, já que as evidências imediatas e perceptuais abalaram as certezas humanas de tal forma que restou ao homem crer apenas em sua capacidade de duvidar.

Nesta direção, Elia (2000) demonstra que é inviável pensar a Psicanálise como uma ciência humana, já que ela questiona justamente a humanização do sujeito realizada pela ciência moderna, e da qual inclusive restou esta noção de “ciência humana”. A proposta de que o sujeito só poderia constituir-se como sujeito e como moderno enquanto um correlato fundamental da ciência precisa ser analisada considerando que “o sujeito de que Lacan está falando não é outro senão o sujeito do inconsciente, o sujeito da Psicanálise” (Elia, 2008, p.66).

De qualquer forma, o autor também compreende que a Psicanálise não pode ser entendida como uma ciência física ou natural, e isto desemboca na conclusão de que a Psicanálise não é ciência. “Esta,

ao obrigar à suposição de um sujeito (sem as qualidades que lhe emprestarão as ciências humanas) o ejeta, contudo, de seu campo operatório, a fim de constituir-se como um saber (conceitual e matematizado) sobre o real (empírico). Um saber que supõe um sujeito, mas que não opera sobre ele” (Elia, 2000, p.22).

A Psicanálise subverteria o sujeito que é, simultaneamente, suposto e excluído pela ciência, incluindo-o no campo de sua experiência. E esta inclusão é feita pela dimensão do inconsciente.

Alberti e Elia (2008, p.788) estabelecem inclusive de maneira significativamente didática as diferenças entre Psicanálise e ciência. O cientista trabalha com o universo das representações, afirmando portanto um mundo no simbólico, e o particulariza, já que cada ciência as submete a leis específicas. A Psicanálise, por sua vez, não se inscreve no mesmo registro metodológico posto não se reduzir ao universo da representação. “A psicanálise é filha da ciência na medida em que se até às determinações criadas por Descartes, segundo as quais há um pensável e um impensável, um dizível e um indizível, um conceituável e um impossível a conceituar”. O inatingível da ciência é o não-dito; em outros termos, o que escapa ao simbólico. O que a ciência faz é estabelecer relações entre os campos conceitual e natural, não pretendendo realizar paralelismos biunívocos.

Outra maneira de pensar as diferenças entre a Psicanálise e a ciência proposta pelos autores é justamente quanto a incidência do impossível de controlar, dominar, prever. Se o cientista se depara com o limite na sua relação com os objetos do mundo, com o psicanalista isto se dá na sua relação consigo, na qual, enquanto sujeito, não pode apreender sua condição de objeto.

Como se percebeu acima, a noção de que o inconsciente é o conceito próprio da Psicanálise é encontrada tanto na concepção de que ela é uma ciência, como naquela que compreende que ela não o seja. Alberti e Elia (2008) chegam a explicar que o esforço de Freud em aproximar a Psicanálise da ciência, no início de sua descoberta, devia-se a que isto era a única maneira de ser ouvido naquela época. Focar-se-á neste ponto, que transcende a divergência entre a compreensão da Psicanálise ser ou não ciência, e na correlata crítica sobre o que fundamenta o rechaço da ciência ao inconsciente (e, então, à Psicanálise): quando o discurso da ciência submete-se ao discurso capitalista. Nesta situação, o discurso da ciência negaria sua própria castração, conforme Alberti e Elia (2008). Assim, sendo ciência ou não,

a Psicanálise, com sua ênfase no inconsciente, transgride um discurso que se pretenda pleno, e isto condiz com a matriz da ciência.

2.3 Da especificidade das pesquisas psicanalíticas

É a partir deste pilar que é o inconsciente, único a partir do qual se pode abordar o sujeito para a Psicanálise, que se pode agora discorrer sobre uma especificidade pesquisas psicanalíticas: quando seu tema relaciona o psíquico e o social.

Ao definir teses sobre a interface psique/sociedade (que é o caso da pesquisa da qual trata o presente trabalho), Mezan (2002) afirma que, apesar de haver pessoas a serem entrevistadas (no caso da entrevista ser um procedimento metodológico para coleta de informações) e, então, fenômenos semelhantes ao que se dão no acontecer clínico, o objeto da tese não se refere a pessoas. As pessoas, aqui, encarnariam o suporte do objeto, sendo o meio pelo qual o objeto se presentifica no analista.

Rosa e Domingues (2010) explicam que, para além do tratamento psicanalítico, o inconsciente também se apresenta em manifestações sociais e culturais. A enunciação faz com que o sujeito recorte todo discurso, transcendendo-o; faz com que, em todo enunciado, haja uma enunciação, e, assim, que o sujeito do inconsciente esteja em todo enunciado – daí, então, ser possível a pesquisa psicanalítica de fenômenos sociais.

A propósito, para Elia (2000) uma pesquisa em Psicanálise é sempre uma pesquisa clínica, justamente porque seu campo de pesquisa é o inconsciente. O autor focou neste momento sua preocupação na freqüente redução da noção de campo a um espaço terapêutico, bem como na equívoca distinção das pesquisas psicanalíticas entre as de campo e as teóricas. Sobre estes últimos atributos binários o autor chega a afirmar que “...o discurso psicanalítico recorta um campo da experiência na qual o saber é elemento estruturante e não modo de apreensão exterior à experiência que se exerceria sobre ela. Assim, se são elaborações psicanalíticas, elas não serão nem teóricas nem clínicas nominativa ou excludentemente” (Elia, 2008, p.64-65). Como se percebe, ele não discorre sobre as pesquisas sobre fenômenos sociais, mas aqui é lembrado especialmente por delimitar o inconsciente como o que é próprio às pesquisas psicanalíticas. Talvez aliás seja pela caráter definidor do inconsciente que ele não reconhece distinção entre diferentes espaços físicos, e mesmo entre teoria e campo.

Outra questão a destacar em pesquisas psicanalíticas na interface psique-sociedade é que elas permitem a explicitação da própria concepção de sujeito para a Psicanálise. Trata-se de uma concepção não individualizante e que, portanto, mesmo quando aborda temas não diretamente sociais, não deixa de considerar aspectos exteriores ao sujeito. Rosa e Domingues (2010) lembram que para Freud toda psicologia é social, e explicam que a Psicanálise posiciona-se contrariamente à concepção segundo a qual indivíduo e sociedade se influenciam mutuamente – porque seria justamente pressupor esta dissociação. O sujeito do inconsciente, para as autoras, não é intrapsíquico, não é adjetivado (daí não ser, aliás, “do bem” ou “do mal”) e é “constituído a partir do desejo do outro, recriado a cada relação com o outro, e depende da modalidade de laço social” (Rosa & Domingues, 2010, p.183).

Relacionado a esta discussão, parece ser também de grande interesse que, a partir do grande tema “fenômenos sociais e políticos”, vislumbremos outra particularidade das pesquisas em Psicanálise, que diz respeito não apenas ao reconhecimento da influência do pesquisador, mas à importância de sua problematização. Trata-se do conceito de *transferência*, que faz com que o pesquisador em Psicanálise seja parte dos “dados”.

Está-se tratando aqui especificamente da transferência enquanto via de acesso ao objeto de estudo próprio: as produções do inconsciente. É a interação entre pesquisador e interlocutor, num processo de transferência, que constrói o campo de observações. Portanto, o dado não é buscado, observado ou revelado, mas construído. “Está em jogo a posição em relação ao interlocutor, os laços discursivos que se estabelecem de modo que as dimensões diante dos ideais e a imagem de si compareçam ao lado da implicação nas ações, nos excessos não reconhecidos” (Rosa & Domingues, 2010, p.185).

O método psicanalítico integra teoria, prática e pesquisa. A observação dos fenômenos é que produziria o objeto de pesquisa, que, assim sendo, vale repetir, não estaria dado *a priori*, mas produzido na e pela transferência. Indo do fenômeno ao conceito (e vice-versa), a metapsicologia psicanalítica fundamenta-se na escuta psicanalítica, e não na interpretação ou na própria teoria em si e a priori. O método psicanalítico não faz uma aplicação de teorias, ainda que se admita ser o conhecimento prévio do pesquisador de uma determinada teoria que o torna capaz de reconhecer determinados dados. Conforme o belo exemplo de Mijolla-Mellor (2004, *apud* Aguiar, 2006, p.121), a

“descoberta” por Winnicott da “transicionalidade” não resulta da pura e neutra observação do uso que uma criança faz de seu ursinho de pelúcia. “Se Winnicott pôde observar este fenômeno, é porque ele já possuía uma teoria sobre a relação entre o externo e o interno, o Eu e o não-Eu”.

Elia (2000) compartilha deste entendimento, ao propor que toda pesquisa em Psicanálise e clínica porque a maneira pela qual se produz o saber obedecerá a lógica do inconsciente, o que, por sua vez, implica a transferência e impede que hipóteses conceituais prévias à escuta venham a ser colocadas à prova experimental. Conforme o autor, a escuta psicanalítica não pode ser guiada por aquilo que é valorado pela consciência do analista, ainda que tais valorações manifestem-se em seus interesses supostamente científicos. Logo, qualquer pesquisador, inclusive em Psicanálise, deve considerar seus aspectos transferenciais. Daí que Elia (2000) chega a utilizar a expressão “analista-pesquisador” ao alertar que independente da temática e problemática estudadas, na pesquisa não se parta de um saber previamente estabelecido, a ser verificado ou refutado, explicando que no dispositivo psicanalítico, por conta de aspectos estruturais, o contexto da descoberta coincide com o contexto da verificação.

Para Rosa e Domingues (2010), a pesquisa em Psicanálise define-se pela maneira de formular as questões, e não pelo tema e/ou lugar. No método de pesquisa psicanalítica, porque o objeto é produzido na e pela investigação, o desejo do investigador compõe a investigação. Aguiar (2006, p.114), por sua vez, explica que a Psicanálise é eminentemente um método (o interpretativo), e que, mesmo havendo outros métodos de interpretação, aquele proposto por Freud diferencia-se por se assentar na livre associação do analisando, viabilizada precisamente pela transferência e escuta flutuante. “Na universidade em particular, a aposta encontra-se, no limite, na transposição desse método interpretativo para o domínio da leitura de textos”. Todo tipo de texto, vale acrescentar.

Na mesma direção, sobre o modelo em que se baseia o pesquisador psicanalítico, Iribarry (2003) propõe ser ele dado pelo analisando, no divã, em sua pesquisa da vida, mas que caberia ao analista dirigir tal pesquisa, o que o tornaria o primeiro sujeito de sua pesquisa. O lugar da alteridade na pesquisa psicanalítica seria ocupado tanto pelos dados de pesquisa (o que o analisante diz de seu padecimento psicopatológico, inserido em uma situação de transferência), como por aqueles a quem o pesquisador destina sua pesquisa e aqueles a quem ele dá o testemunho de sua investigação, com quem, aliás, também se dá a transferência.

É possível inclusive pensar que, sendo a transferência o espaço onde se constroem os dados psicanalíticos, toda pesquisa psicanalítica é social. Mezan (1993, p.118) propõe que o campo da Psicanálise é atravessado pelo seu próprio objeto (o inconsciente), “mediante sua personificação no sujeito que pensa e escreve”, e que a pesquisa em Psicanálise “parte do singular, tenta apreender as determinações desta singularidade (inclusive do sujeito que assim procede), e visa extrair dela a dimensão universal que, por sua própria natureza, ela contém”.

Pode-se argumentar que o reconhecimento da influência do pesquisador como coparticipante na construção dos dados não é uma particularidade da Psicanálise, caso se considere a crítica que diversos campos do saber fazem ao paradigma ainda vigente da ciência moderna. No entanto, a novidade por ela trazida talvez seja que o foco de pesquisa é precisamente tal influência. Em outras palavras: seu objeto de estudo é o que surge na relação entre pesquisador e pesquisado.

Iribarry (2003) aponta que, se em várias orientações metodológicas, o autor aparece como participante fundamental, na pesquisa psicanalítica esta é sua condição fundamental e premissa básica da relação entre o mundo subjetivo do autor e o mundo objetivo da realidade investigada. Ao falarmos de realidade psíquica, as noções de subjetivo e objetivo relativizam-se.

2.4 Das possibilidades da pesquisa não regida por ideais modernos

Pode-se agora melhor discorrer sobre outra especificidade da pesquisa em Psicanálise: o questionamento à concepção moderna segundo a qual o objeto de estudo existe previamente à situação de observação, e sobre o qual seria possível tecer considerações genéricas. Esta discussão parece assim fundamental a um projeto de pesquisa no qual o diálogo entre Criminologia e Psicanálise por si só convoca indagações sobre o paradigma da ciência moderna do qual a Criminologia é um saber significativamente representante (seu nascimento data do século XIX, com Lombroso¹⁴). Além disso, analisar

¹⁴“... A criminologia distingue-se da criminalística, porquanto se interessa menos pela identificação dos criminosos do que pela causa do crime. Embora não tenha empregado esse termo e tenha conservado a expressão “antropologia criminal”, o verdadeiro fundador dessa disciplina foi o médico italiano Cesare Lombroso, que se inspirou no darwinismo para construir sua concepção do “criminoso nato”. Segundo ele, o crime é

o discurso jurídico também implica em reflexões dessa natureza, haja vista ser um campo de saber fundado nas noções de consciência e individualização, também criticadas pela Psicanálise.

A Psicanálise é transgressora tanto em relação ao Direito como em relação à Criminologia, porque é transgressora da modernidade. Portanto, sua aproximação destes campos de saber encontra resistência. Tratando das “miragens gêmeas do saber absoluto e intuição infável” (Mezan, 1993, p.118), percebe-se que a ciência moderna caracteriza-se pelo ideal de saber absoluto e repulsa ao que, escapando a sua concepção de saber, seria entendido como “intuição”. Escreve Figueiredo (2004, p.42): “Nenhum dos outros saberes contemporâneos expressou melhor e mais profundamente a falência do sujeito da modernidade com suas pretensões de autonomia, reflexividade e autocentramento”. Aliás, é por esta via que o autor identifica as diversas Psicanálises. Para ele, não desconhecendo diferenças doutrinárias, em todas as Psicanálises, há um trânsito entre o fenomenal e o metafenomenal. Em outros termos: entre o manifesto e o latente, entre o que se dá a ver/escutar/experienciar e o que resiste, entre a representação e suas condições e outros sentidos, entre as identidades e seus subterrâneos, entre o “plano do significado” e o “plano das forças”, e, enfim, entre o discurso clínico e o metapsicológico.

Rosa (2004, p.340) afirma que o conceito-pilar de “inconsciente”, conforme proposto por Freud, inviabiliza a manutenção de ilusões da individualidade, autonomia e independência do humano, posto fundamentar-se na dependência simbólica do desejo do Outro. Portanto, na análise do sintoma haveria o não dito do discurso dos sujeitos, mas também o não dito dos enunciados sociais. É por esta via, aliás, que ela propõe, respeitando os fundamentos éticos e teóricos da Psicanálise, haver várias formas de investigar os “fenômenos sociais, contribuindo para a elucidação de sua eficácia no processo de alienação do sujeito e apontando os laços que possibilitem a sua inclusão como sujeitos do desejo”.

resultado de uma predisposição instintiva de certos sujeitos. Em vez de evoluírem normalmente, eles regridem ao estado animal [...]. Lombroso publicou, em 1876, um verdadeiro manifesto, O homem criminoso, onde descrevia criteriosamente a seguinte patologia: seu criminoso se assemelhava ao grande macaco da lenda da horda selvagem, cujo tema Sigmund Freud retomaria em *Totem e tabu*” (Roudinesco e Plon, 1998, p. 137).

Rosa e Domingues (2010, p.182) referem-se nesta mesma direção à contraposição feita pela Psicanálise ao método científico pautado no cogito cartesiano, na razão/lógica. O eu que se entende existindo onde pensa, o eu que conhece, não se interroga, mas adquire concretude e toma suas figurações como verdades (aqui compreendidas como conhecimento da realidade). A sexualidade, por outro lado, conforme proposta pela Psicanálise, é construída por e entre o sujeito e o outro. Portanto, no sintoma não há organismo doente, mas uma expressão do sofrimento na relação com o outro. Em outros termos, de conflitos pessoais, familiares, sociopolíticos e libidinais. “Assim, falar de sujeito é falar de uma concepção ético-política, e não de uma faceta do indivíduo recortado em bio/psico/social, sujeito produto e produtor da rede simbólica que caracteriza o que chamamos o social e o político”.

Interessante é destacar que a discussão das autoras exemplifica-se justamente no conceito de sexualidade para a Psicanálise, problematizado no presente projeto. É por excelência a partir do conceito de sexualidade que a Psicanálise demarca sua concepção de um sujeito não autônomo e não autocentrado.

De qualquer modo, é imprescindível ressaltar que não é exclusividade da Psicanálise reger-se por outra lógica que não a da racionalidade cartesiana. Isto se dá em outros campos de saber que ousaram transgredir os ideais da modernidade. Esse não-dito dos discursos sociais, aquilo que é velado pelos discursos sociais, já foi apontado, por exemplo, por Marx.

2.5 Da interface com outras disciplinas na pesquisa psicanalítica

Relacionado a isto, mostra-se, por fim, necessária uma discussão a propósito das possibilidades de se estudar e pesquisar em Psicanálise na universidade. Se a Psicanálise poderia interessar a diversos saberes, quando interessados em vários temas, isto não se exime (talvez, inclusive, exija) de demarcar no que se constitui o método de pesquisa psicanalítica.

Como defendem Rosa e Domingues (2010, p.185), a pesquisa psicanalítica seria orientada sempre em interação com a teoria precedente, e dirigida à dinâmica psíquica subjacente ao fenômeno observado. Destacam que tal dinâmica é hipoteticamente inacessível à observação, e que dela temos acesso apenas às suas manifestações. Daí que as respostas do sujeito, independente da técnica utilizada, são inverificáveis por estarem subordinadas ao universo fantasmático

(conteúdos recalcados relativos à história das escolhas de objeto, das pulsões, caminhos do desejo, etc.). “...por mais que o sujeito se esforce para responder ‘objetivamente’, os recalcamientos presentes desde o início de sua vida impedem o acesso aos cenários fantasmáticos que alicerçam aquilo que ele está nos comunicando”.

Sobre a pesquisa psicanalítica, vale ainda mencionar, seguindo Iribarry (2003), que ela se diferencia das estratégias metodológicas das abordagens quantitativas e qualitativas tanto porque não objetiva estabelecer inferências generalizadoras (para a população ou mesmo para a amostra), como porque suas estratégias de análise de resultados não trabalham com o signo, mas com o significante. Para Rosa e Domingues (2010, p.182), a propósito, produz-se a pesquisa psicanalítica a partir das dimensões do enunciado e da enunciação do discurso, “interceptando a transmissão de dogmas e de idealizações, mediante o conhecimento de uma série de contextos e histórias, acrescido de articulações fora da história oficial”.

A particularidade da pesquisa psicanalítica recairia em termos de objetivo (influenciar a posição tomada por pesquisadores em relação aos sentidos presentes no texto apresentado) e de análise de dados (que seriam os significantes). Parece inclusive ser possível descrever a pesquisa psicanalítica da seguinte maneira:

A experiência com os dados é transformada em texto que identifica e realça marcas no discurso, posições, efeitos de sentido. A escrita do caso vai além de uma apreensão circunstancial e momentânea do observado, pois envolve uma construção, a construção do caso metodológico, que transforma os registros daquilo que se apresenta como enigma em um relato, uma narrativa, uma experimentação e teorização de um campo (Rosa & Domingues, 2010, p.186)

É precisamente o estatuto atribuído ao “caso” que permite não apenas alcançar o objetivo da pesquisa psicanalítica e aplicar a metodologia a ela própria, mas também caracterizá-la como pesquisa psicanalítica. Nesta direção, encontra-se a explicação de Mezan (2002) a propósito dos critérios de avaliação da qualidade de uma pesquisa em Psicanálise. Para ele, toda investigação psicanalítica é qualitativa, isto é, opera em profundidade com casos específicos; e seria a partir deste contato profundo com a singularidade que se acessa o que lhe é

único/específico, bem como o que compartilha/o que é universal, geral, e como tal o caso ganha um valor “exemplar”¹⁵.

Ressalva-se que o autor não deixa de considerar a especificidade do campo, compreendendo inclusive que o respeito a ele é o critério a ser primeiramente considerado, independentemente inclusive do material que serve de base à investigação (clínico, histórico, psicossocial, etc.). Nesta direção, a pesquisa de fenômenos sociais nos permite perceber uma particularidade da pesquisa psicanalítica na universidade: a importância de recorrer ao mínimo conhecimento de outras disciplinas, necessárias à problematização do tema em questão.

Para Rosa e Domingues (2010), a referência a outras ciências humanas é fundamental ao pesquisador psicanalítico que estuda fenômenos sociais e políticos, de forma a compartilhar minimamente os conhecimentos a respeito das condições que levaram a tais fenômenos. A delimitação da parte do campo que compete à Psicanálise é igualmente fundamental, até porque a pretensão da Psicanálise não seria ocupar a importância de outros campos. Seria mais modesta: esclarecer uma parcela de seus aspectos, incidindo sobre o que escapa à análise realizada por outros campos: a dimensão inconsciente das práticas sociais.

Daí se percebe a importância de uma pesquisa psicanalítica recorrer, por exemplo, como a que ora se desenha, à criminologia crítica para analisar o discurso jurídico. Trata-se de um diálogo que se faz acompanhar de um ganho não desprezível, por ser a Criminologia um campo de saber eminentemente interdisciplinar.

A respeito de pesquisas que pretendem pôr em diálogo mais de uma área de conhecimento (como é o caso deste trabalho de tese), Mijolla-Mellor (2004), como alternativa à pluri, multi, inter ou transdisciplinaridade, propõe “interações” da Psicanálise. Diversamente de “aplicação”, usado nos primeiros tempos da Psicanálise, “interação”

¹⁵Cabe destacar que um dos princípios freudianos citados por Elia (2000, p.23), que, como vimos, pautado numa leitura lacaniana, traz uma concepção diferente de Mezan a propósito do estatuto científico ou não da Psicanálise, é o de tomar cada caso como se fosse o primeiro. Logo, este autor também compartilha desta importância do “caso”. “...o saber do inconsciente não é apreensível por uma mera aplicação do saber acumulado pelo analista-cientista, mas se recoloca a cada vez, inédito, único e singular, a ser lido segundo uma estrutura que, por sua vez, não coincide com o saber universal e genérico da ciência clássica, mas inclui necessariamente o real inapreensível pelo universal”.

sublinha o fato de “que, antes de interessar os outros campos do saber ou da cultura, a própria psicanálise está interessada nesses campos, na medida em que eles são parte constitutiva dela própria” (Aguiar, 2006, p.126). Freud, seu fundador, tinha interesse por várias disciplinas, a partir das quais ele construiu a sua própria. Para Mijolla-Mellor, as interações da Psicanálise são, aliás, uma das fontes de abordagem, ao lado da análise do analista, daqueles que escuta e dos textos clínicos ou teóricos. É também da precisão e, ao mesmo tempo, relativização que se faria o saber analítico e seu método, ao compará-lo e confrontá-lo com outros campos. As pesquisas *sobre* e *em* Psicanálise sairiam enriquecidas com a integração ao campo das ciências humanas.

Resta assim definir o que seriam “interações” da Psicanálise, de fato o que se esperou realizar neste trabalho de pesquisa. Para Mijolla-Mellor (citado por Aguiar, 2006), tais interações seriam a confrontação dos discursos de diferentes disciplinas a respeito de um determinado objeto, de modo que se destaquem suas especificidades. Seu objetivo não seria uma unidade dialógica (que, para a autora, é ilusória), mas justamente explicitar as especificidades de cada disciplina, incluindo as oposições entre elas, que podem ficar invisíveis por aparentes semelhanças. Seu objetivo também seria precisar os métodos utilizados por cada disciplina, para o quê se emprestaria mutuamente os modelos das disciplinas e se importaria e exportaria conceitos das disciplinas envolvidas.

Ainda sobre a especificidade da pesquisa psicanalítica, já foi dito que a subjetividade do pesquisador é indispensável fonte de dados (devido à importância atribuída ao conceito de transferência). Talvez inclusive seja sua subjetividade a principal fonte de dados, e a que constitui as demais que venham a ser utilizadas. Agora se pretende abordar como tal compreensão leva ao entendimento de que a coleta de dados pode ser feita de várias formas.

Conforme Iribarry (2003), o método da pesquisa psicanalítica não inova quanto à escolha dos sujeitos ou participantes, quanto à coleta de dados ou instrumentos e materiais utilizados. Sua novidade seriam os dispositivos metodológicos de análise de dados, nos quais se considera o autor como primeiro e principal participante, ainda que conte em alguns casos com colaboradores (os nomeados “participantes” da pesquisa). O autor cita algumas formas de obtenção de dados: 1) convidar os colaboradores à produção textual sobre a temática pesquisada; 2) entrevistas gravadas em áudio e/ou vídeo; 3) fragmentos ou versões integrais de sessões clínicas transcritas; 4) histórias clínicas, biografias e

autobiografias literárias; 5) obras de arte (cinema, pintura, fotografia, escultura, literatura, etc.) e 6) material clínico propriamente dito.

2.6 Considerações pontuais

A discussão sobre a pesquisa psicanalítica mostra-se uma oportunidade não apenas de justificar a possibilidade de diálogo com a universidade, mas principalmente de elucidar alguns conceitos psicanalíticos fundamentais. Neste sentido, pensar nas relações entre Psicanálise e universidade é enriquecedor para a disciplina freudiana, dentre outras coisas, porque uma ocasião por excelência de explicitar a outros campos do saber (particularmente os de fundamentos na modernidade) algumas de suas concepções fundamentais.

A primeira delas é a caracterização contemporânea das ciências humanas. Conforme já referido, as discussões epistemológicas freudianas a propósito das ciências se esclarece como se definiam e diferenciavam, na época de surgimento da Psicanálise, as ciências naturais e as do espírito. É a partir de como eram, naquele momento, entendidas as ciências naturais e as ciências do espírito, incluindo a forma como se distanciavam e aproximavam, que Freud situa sua descoberta no campo das ciências do inanimado conforme a definição que lhe eram próprias. Contudo, se consideramos o que hoje define as ciências humanas, podemos utilizar os mesmos argumentos do pai da Psicanálise para justificar que hoje o campo por ele descoberto é próprio dos saberes da humanidade.

Um dos aspectos que aproximava a Psicanálise das ciências naturais, e hoje a aproxima das ciências humanas, é a busca das causas, no plural (tanto no tratamento como na pesquisa). Outro aspecto é a própria natureza de seu objeto (as produções inconscientes), que exige métodos atualmente inerentes às ciências humanas. Neste sentido, as compreensões da Psicanálise sobre veracidade, indução, dedução, escolha de procedimentos, definição de problemas, estabelecimento e verificação de hipóteses são as de outras ciências humanas.

É possível, no entanto, também pensar que a Psicanálise não se caracteriza como ciência, devido ao conceito de sujeito. Conceito este que nasce da ciência moderna, e ao mesmo tempo é por ela desconsiderado. "...a ciência faz uma operação com o sujeito que lhe é coemergente sim, ela o foraclui, exerce sobre ele uma foraclusão" (Elia, 2008, p.66). O autor explica que a Psicanálise não se contrapõe à ciência clássica em suas demarcações metodológicas, discursivas, mas opera

sobre o sujeito, que é foracluído da ciência. E a Psicanálise concebe o sujeito como sujeito do inconsciente porque é a única forma de operar com e sobre ele.

O uso único da palavra, conduzindo à transferência enquanto realização do inconsciente, não pode ser concebido enquanto técnica, previsão, a ele restando o estatuto de manejo. “...um dispositivo que produz um recorte do real sobre o qual se pode operar, mas de modo peculiar, próprio, específico e correspondente ao campo da experiência e seus modos igualmente específicos de constituição” (Elia, 2008, p.68).

Compreendendo ou não a Psicanálise como ciência, o destaque do conceito de inconsciente é comum a ambas as leituras sobre o estatuto científico ou não da Psicanálise. E é a partir dele que se concebe que as pesquisas psicanalíticas sobre a interface psique-sociedade (como a que se faz nesta tese) demonstram, por excelência, outra característica da pesquisa em Psicanálise: que ela não se dá apenas a partir da prática analítica.

Isto porque o inconsciente encontra-se em todo lugar, basta alguém que o escute. As mesmas forças que “animam toda e qualquer produção mental, individual ou coletiva, podem ser detectadas não apenas na situação clínica, mas ainda nas produções secundarizadas” (Mezan, 1994, p. 67). Aliás, o inconsciente e suas produções é o objeto da pesquisa psicanalítica. Assim é que, em toda pesquisa na qual a Psicanálise dialoga com outros campos de saber (abordando, por exemplo, a interface psique-sociedade), ela limita-se a introduzir a hipótese do inconsciente na problematização da questão.

A pesquisa em Psicanálise é, talvez acima de tudo, uma transgressão do ideal moderno de consciência. Daí a importância de especificar seu objeto (o inconsciente) e precisar seus métodos. Sobre o método, é o tratamento clínico dos dados que define uma pesquisa psicanalítica, e isto se dá por excelência no ato da escrita: “Na universidade, em particular, a aposta encontra-se, no limite, na transposição do método interpretativo [próprio da psicanálise] para o domínio da leitura de textos” (Aguiar, 2006, p.114). A pesquisa psicanalítica não inova em termos de escolha dos sujeitos, coleta de dados, instrumentos e materiais, mas na análise dos dados.

Além disto, as pesquisas a respeito da interface psique-sociedade revelam significativamente a concepção de sujeito para a psicanálise: constituinte do social e por ele constituído. Então, esta é uma das maneiras com que a Psicanálise transgride o ideal moderno de individualidade e autonomia. Não é por outra razão que, na pesquisa em

Psicanálise, o pesquisador é considerado parte dos dados. Os dados não existem previamente, mas apenas após a ação de interpretação.

Quanto à prática de pesquisa em Psicanálise na universidade, portanto, inicialmente não há a pretensão de verificabilidade (pelo fato de que o inconsciente não é acessível, mas apenas manifesto em suas formações) e generalizações. Interessa o trabalho com significantes, para o que são úteis os casos específicos, que adquirem o estatuto de exemplaridade.

O método psicanalítico de pesquisa psicanalítica é uma maneira por excelência de conhecermos o método psicanalítico, que integra teoria, prática e pesquisa. É por isto que, ao falarmos de pesquisa em Psicanálise, recorreremos inegavelmente à prática psicanalítica, que é um método de investigação para além de uma teoria.

2.7 A propósito dos dados pesquisados

Em relação aos procedimentos propriamente ditos desta pesquisa, e cujo conjunto constituiu o seu método próprio, começam com uma exposição de revisão da literatura, cuja busca, no mês de novembro de 2017, na plataforma Scielo, utilizando os descritores “Psicanálise” e “criminologia crítica” em todos os índices, não revelou nenhum trabalho. Na plataforma Capes, pesquisando com os mesmos descritores trabalhos que contivessem as expressões no título ou assunto, de qualquer data, em qualquer idioma, qualquer tipo de material, também não houve resultado. Quando se buscou pelos descritores em qualquer lugar obteve-se 20 trabalhos, mas nenhum que contivesse ao mesmo tempo Psicanálise e criminologia crítica. Em relação à plataforma Lilacs, localizou-se um trabalho¹⁶, que não parece guardar relação com a presente tese.

¹⁶Hoenisch, Julio Cesar Diniz. *Divã de procusto: critérios para pericia criminal no Rio Grande do Sul*. Dissertação. Faculdade de Psicologia/Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre; s.n; 2003. 140 p. Seu resumo: “A presente dissertação buscou analisar a base teórico/epistemológica dos critérios utilizados pelos psicólogos na produção dos laudos de perícias criminais durante o ano de 2000, emitidos pelo Centro de Observação Criminológica do Rio Grande do Sul. Teve por objetivo, a partir do entendimento e discussão dos critérios teóricos/epistemológicos dos referidos documentos, problematizar sua coerência tanto no sentido de sua procedência científica quanto sua implicação ética no que tange a Psicologia. Este trabalho realiza análise

Em se tratando das pesquisas da criminologia crítica sobre violência sexual, também se percebe uma carência de produções. Foram encontradas pesquisas apenas na plataforma Lilacs (um único trabalho¹⁷), inserindo os descritores em todos os índices, e nenhum trabalho na plataforma Scielo. É um fato a localização de 158 trabalhos na Capes com os descritores em qualquer lugar, mas em nenhum deles havia ao mesmo tempo criminologia crítica e violência sexual.

Com relação às pesquisas sobre Psicanálise e violência sexual nas buscas já aqui descritas, foi encontrada uma pesquisa na plataforma Scielo¹⁸ e nenhuma na Lilacs. Na plataforma Capes, também um único

documental, constituída a partir dos laudos produzidos pela psicologia com finalidade jurídica-livramento condicional e progressão de regime -, em número de dez, onde foi utilizado como ferramenta metodológica a genealogia foucaultiana. Para análise e compreensão do material empírico, utiliza-se a perspectiva de sujeito, subjetividade e epistemologia advinda da Psicanálise; conjuntamente agregam-se contribuições da criminologia crítica, Epistemologia da Complexidade e Construcionismo Social. Foi possível compreender que os critérios teóricos/epistemológicos empregados pelos profissionais da psicologia na perícia indicam fragilidade epistemológica e necessidade de discussão de pontos éticos significativos para uma prática profissional mais consistente”.

¹⁷Kaur, Pritt. *Sexting or pedophilia?*. Rev.crim, 56(2) ago.01, 2014. Seu resumo: “O mundo acadêmico está debatendo seriamente a necessidade crítica de estatutos legais para diferenciar entre as imagens sexuais que os adolescentes e os adultos jovens criam para compartilhar entre eles e apornografia cibernética desenvolvida pelos pedófilos para molestar e explorar as crianças. Esse documento, baseado principalmente na análise secundária, inclui a pesquisa empírica realizada em 13 oficiais da polícia, 20 adolescentes, e 20 pais dos adolescentes. Revela a gravidade da situação e enfatiza a exigência por uma resposta legal imediata e apropriada”.

¹⁸Conte, Marta; Silveira, Marília; Torossian, Sandra Djamboladjian; Minayo, Maria Cecília de Souza. Oficinas de história de vida: uma construção metodológica no enlace entre psicanálise e saúde coletiva. *Psicol.Soc.[online]*. 2014, vol.26, n.3, pp.766-778. ISSN1807-0310. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-71822014000300025>. Seu resumo: “O objetivo deste artigo é apresentar a História de Vida como metodologia modificada para utilização em grupo. Tal ferramenta foi usada na pesquisa A construção identitária na adolescência em contextos violentos na perspectiva da Clínica em Saúde Mental, financiada pelo Edital 033/2008 do CNPq e desenvolvida em 2009 e 2010. Analisamos as potencialidades da História de Vida, proposta como dispositivo grupal, possibilitador de

trabalho¹⁹, e apenas quando se buscou os descritores no título. Assim sendo, este trabalho de pesquisa visa a também contribuir com a produção psicanalítica sobre o tema, mediante um aprofundamento da vivência psíquica do sujeito que figura no Sistema Judicial como vítima de violência sexual, e trazendo uma compreensão diversa daquela encontrada até o momento.

Quanto aos procedimentos relacionados aos dados propriamente ditos, a intenção inicial era analisar relatórios de delegados, promoções ministeriais de promotores de justiça, sentenças e acórdãos de magistrados. Em questionamentos verbais a operadores do Direito, tive conhecimento da necessidade de obter, para estudar autos de processos e inquéritos que tratam de crimes sexuais, o consentimento formal das partes envolvidas. Jamais me ficou claro se, não sendo eles o objeto de estudo, mas seu discurso jurídico, não seria mais adequado o consentimento dos operadores do Direito que atuaram no caso.

De qualquer modo, uma opção surgida a partir do contato com a obra de Carvalho (2011) foi a pesquisa de jurisprudência. Entende-se que talvez seja interessante, posto “jurisprudência” ser a apropriação que um operador do Direito faz do texto da lei; logo, poder bem exemplificar a subjetividade do operador do Direito (não se está referindo ao sujeito operador do Direito, conforme compreende a Psicanálise). Ademais, se tal interpretação tornou-se jurisprudência, é porque ela alcançou certa legitimidade perante seus pares. Portanto, ela

narrativas coletivas e ficcionais, compartilhadas e testemunhadas pelo grupo. O campo teórico do presente trabalho aproxima a Psicanálise da Saúde Coletiva. Visa, também, à construção de ferramentas clínicas e de alternativas singulares e coletivas de expressão psicossocial possíveis de serem utilizadas para além do campo da pesquisa, na clínica, na assistência social, na interface da saúde-justiça- direitos humanos voltadas aos adolescentes atendidos em serviços públicos”.

¹⁹Lima, Soneide de Sales, & Pollo, Vera. (2005). A violência sexual em nossos dias: questões para a psicanálise. *Psicologia: ciência e profissão*, 25(4), 558-571. Recuperado em 06 de dezembro de 2017, de http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932005000400006&lng=pt&tlng=pt. Seu resumo: “O presente texto analisa o tema do abuso sexual buscando trazer, inicialmente, as contribuições teóricas de Freud e de Lacan. Em seguida, são relatados quatro casos clínicos, visando demonstrar a contemporaneidade do tema e explicar alguns impasses clínicos e necessários encaminhamentos”.

pode bem dizer de um discurso que bem diz também da subjetividade do operador do Direito, enquanto categoria profissional.

Cabe destacar que, mesmo sendo algo que ultrapassa o texto da lei, a jurisprudência somente será útil para a compreensão do discurso jurídico caso seja relacionada à legislação vigente na data em que foi firmada. Neste sentido, foi pesquisada a jurisprudência firmada após 07 de agosto de 2009, quando a lei nº 12.015 trouxe importantes modificações no tratamento da violência sexual, por meio da alteração do Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores²⁰. A data da pesquisa foi março de 2016.

Um dado cuja menção parece pertinente é que se realizou pesquisa semelhante no Supremo Tribunal Federal, com as mesmas datas de início e fim. Porém, os textos obtidos a partir de tal pesquisa não se mostraram ricos em termos de considerações a partir da Psicanálise e da criminologia crítica.

Cabe ainda explicar que se apresentou a jurisprudência conforme encontrada no site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Preservou-se a grafia, apenas inserindo “sic” quando observado um suposto erro de digitação ou ortografia.

Um aspecto que igualmente precisa ser explicado é quanto ao sigilo dos nomes envolvidos. Como se pesquisou via site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, dali retirando literalmente as informações, optou-se por manter conforme encontrado na jurisprudência disponibilizada pelo Tribunal. O fato de em alguns momentos surgir o nome dos envolvidos sem tentativa de sigilo já é, em si, dado de análise.

Outra questão é quanto à indiscriminada referência à fala dos operadores do Direito apresentadas nas jurisprudência. Evidentemente ali se encontra o discurso de defensores, promotores, juízes e delegados. No entanto, para esta tese optou-se por não adentrar na especificidade

²⁰A data final de análise das jurisprudências foi abril de 2016. Esta data final não teve critério de escolha, a não ser o momento em que a pesquisadora debruçou-se sobre tal atividade. Não sendo uma pesquisa de caráter quantitativo, considerou-se desnecessária maior preocupação quanto à delimitação deste prazo final. Em se tratando do prazo inicial, conforme já justificado, foi necessária sua demarcação.

que certamente teria a consideração do lugar de onde cada qual fala. Considerou-se ser suficiente, para os limites desta pesquisa, dialogar a Psicanálise, a criminologia crítica, e o discurso jurídico como um todo.

Também é necessário dizer que em alguns momentos há discussões sobre outros temas que não a violência sexual. Porém, optou-se por apresentá-las e analisá-las, compreendendo-se que elas foram mobilizadas direta ou indiretamente pelas representações que os operadores do Direito possuem sobre o tema violência sexual, já que surgiram em jurisprudência encontrada pela busca da expressão “violência sexual”, conforme já exposto aqui.

Por fim, é importante esclarecer que muito comumente uma jurisprudência cita outra jurisprudência. Desta maneira, em alguns momentos encontrar-se-á duas referências em um mesmo recorte mencionado na tese, sendo a primeira aquela que subsidiou a jurisprudência em questão.

Também porque habitualmente os operadores do Direito respaldam-se em decisões anteriores, encontrar-se-á repetição de trechos de jurisprudência: os encontrados na original, e os que a ela se referiram. Optei por apresentá-las porque considerei já um dado de análise o fato de uma mesma jurisprudência ser referida várias vezes.

Interessantemente, é a partir das circunstâncias judiciais (algo a que se refere a jurisprudência) que Andrade (2002) sinaliza o uso das “frases prontas” pelo operador do Direito. Em primeiro lugar isto decorreria da impossibilidade do processo penal chegar aos fatos e, muito menos, às condições subjetivas dos neles envolvidos. O autor ilustra esta limitação contando que, no caso do magistrado, ele só possui contato com o acusado, por exemplo, por ocasião do interrogatório. Ademais, suas perguntas a ele são de ordem eminentemente investigativa (não alcançando nada da ordem da subjetividade ou de algum fato para além do julgado), porquanto buscando condenar. Também contribuiria neste quadro a insuficiência da maior parte dos operadores do Direito. “Como então fundamentam suas sentenças? De uma forma muito conveniente para os julgadores, mas adversa para os apenados: com frases feitas”.

3 SOBRE SUJEITO DO DIREITO E SUJEITO DA PSICANÁLISE

A desconsideração pelo Direito da hipótese do inconsciente, tal como proposta por Freud e sua Psicanálise, é uma das vias pelas quais se exerce o falacioso discurso moderno de que a justiça é redutível ao Direito. Ou, dito de outra maneira, uma das vias pelas quais alcança eficácia o projeto político-econômico moderno de disciplinar as práticas de justiça por meio da ciência do Direito.

Este trabalho de tese parte assim da suposição de que, mais especificamente no âmbito do direito penal, a Psicanálise pode colaborar com uma advertência sobre o risco da perda de sua função simbólica e sua dimensão ética, caso suas práticas se reduzam a um aparato coercitivo. A lei, quando orientada para a exclusão do outro e não para a mediação do contato, ameaça a civilização e a própria subjetividade, considerando que esta última é justamente possibilitada pela alteridade.

Constata-se, portanto, que aqui se realiza um contraponto ao discurso do senso-comum de que “faltam limites” quando se explica, por exemplo, atos criminosos. Não se trata de uma precariedade de inscrição da Lei, *apesar* do aparato coercitivo (leia-se: leis repressivas), mas de uma Lei que não encontra lugar numa subjetividade justamente por se encontrar avassalada por leis.

Isto parece ser um desafio porque, como bem lembrado por Hans Kelsen (1998, citado por Rodrigues, 2016) histórica e estruturalmente, o Direito tem por função primeira normatizar, prescrever e punir condutas. Tratando eminentemente dos deveres, os direitos são uma construção que transcende o Direito. Além disto, a tecnologia dos direitos teria surgido ao lado da proteção da propriedade privada, no sistema econômico de mercado próprio à modernidade. Assim, não apenas os direitos nunca estiveram e nunca estão em primeiro plano para o Direito, como eles só surgem subordinados a uma preocupação econômico-privada.

Pode-se até reformular o que se disse acima, alertando com este trabalho para o risco de o Direito jamais alcançar (ou pelo menos não suficientemente) uma dimensão ética e simbólica. Tal risco seria a manutenção de um original e estrutural distanciamento entre justiça e Direito. Paradoxalmente, parece que, se o Direito se concebe maior que a justiça, ele nunca chegará ao máximo possível de proximidade dela, que é justamente ser um humilde instrumento de aplicação da justiça.

De qualquer modo, é importante ressaltar que este trabalho não pretende equiparar os discursos do direito penal moderno e o da

Psicanálise, pois se compreende que possuem marcos epistemológicos distintos, e que o diálogo entre tais discursos possui seus limites. Não se pretende obviamente modificar o direito penal moderno de origem romana a partir de uma análise psicanalítica. Mas pode ser que alertar os operadores do Direito sobre a existência de conceitos fundamentais da Psicanálise, que dizem respeito ao sujeito psicológico com o qual lidam, psicanalistas e profissionais do Direito, altere sua maneira de se apropriar do discurso jurídico, gerando assim efeitos em sua prática.

Bem a propósito, um primeiro ponto de diálogo entre Direito e Psicanálise é justamente o conceito de sujeito. Sendo várias as possibilidades de investigar seu estatuto em ambas as disciplinas, ele é aqui retomado a partir das concepções de *livre-arbítrio* e de *responsabilidade*, basais neste trabalho de pesquisa e fundamentadas em outras noções dicotômicas, igualmente basais para o diálogo entre Direito e Psicanálise: consciência/inconsciência, bom/mau, bem/mal, e bondade/maldade.

3.1 O império da consciência: sobre o sujeito do Direito

É pertinente começar com uma menção aos princípios que são fonte do Direito Positivo: a *dogmática jurídica*. Assim, muito mais que nos ater à jurisprudência ou à lei em si, parece-me fundamental analisar a racionalidade envolta na própria fundação da ciência jurídica moderna. Ou, em outros termos, abordar o enunciado que sustenta as enunciações manifestas em leis e em suas fundamentações. Escreve Gusso (2011, p.44) a respeito:

O sujeito de direito, tal como requerido pelas construções da dogmática jurídica no século XIX e boa parte do século XX, está encerrado nos aportes da filosofia transcendental, ou seja, está situado em um espaço-tempo determinado por uma consciência racional. A razão é a unidade delineadora de todas as possibilidades subjetivas construídas no limiar da modernidade, que acaba por formatar a noção de sujeito de direito penal como o “homem do livre-arbítrio”.

Oliveira (2010, p.288), por sua vez, afirma explicitamente que, na vertente jus naturalista ou na vertente jus positivista, o que sobressai na dogmática e ciência jurídica é este atributo consciente do sujeito, que, proprietário de suas ações, pode responder por elas. É só como racionalidade que o sujeito pode adentrar no jogo jurídico. Contudo,

uma vez dentro, parece também que o sujeito não consegue sair, pois sua subjetividade é reduzida às previsões inerentes às tipificações legais e correlatas possibilidades de interpretação das ações humanas. E ainda mais: reduzida àquilo que pode ser visto (o comportamento, a imagem), a subjetividade é enclausurada em sua dimensão imaginária, bem como em certa apropriação normativa desta dimensão.

Nada adentra o Direito que não seja por esta transmutação objetivadora que procura integrar, no final das contas, um fato a uma norma, pela lógica da subsunção, e um sujeito a ambos, para fazer crer que, no plano da racionalidade jurídica, nada que é do comportamento humano escapa ao controle do seu regramento, seja para prescrever ou punir condutas.

O discurso jus naturalista estabelece direitos naturais de caráter universal e preconiza o método racional de dedução das ideias verdadeiras. Tal discurso compôs o projeto político burguês de legitimar a tomada de poder do Estado. O positivismo jurídico, por sua vez, por mais que não recorra a elementos metafísicos (“natureza humana”, por exemplo), propõe a cidadania como pacto estabelecido entre sujeitos livres, iguais e também racionais. A intenção propagada, em certo território estatal, é a legitimação de direitos, pleno exercício das ações políticas e regulação jurídico-estatal do comportamento humano.

Oliveira (2010, p.288) lembra que foi a partir da construção de uma entidade abstrata como “sujeito do Direito”, constituída por noções de igualdade e consciência (presente nos discursos tanto da vertente jus naturalista como na vertente jus positivista), que a subjetividade foi inserida no discurso jurídico:

[...] construção discursiva que serve a quem institui práticas políticas que necessitam de certa homogeneidade dos indivíduos, a fim de dissolvê-los numa ficção totalitária de igualdade formal que nega as diferenças e alteridades [...], escamoteando as prescrições normativas de caráter coercitivo e moral no discurso da igualdade e universalidade dos dispositivos jurídicos assimilados pela ótica da cidadania e soberania política

De maneira mais “aplicada”, podem ser assim resumidas as enunciações nas quais o enunciado do Direito concebe o sujeito como universal e consciente:

O sujeito de que o direito nos fala é o sujeito de direitos e de deveres. Ele tem sua descrição dada pela via da instância do eu, imaginária, consciente, moldado segundo o ordenamento jurídico vigente. É a pessoa que via de regra é capaz, tem pleno gozo de suas faculdades mentais, é consciente, entende o caráter criminoso ou não de seus atos e é capaz de determinar-se de acordo com este entendimento (Silva, 2002, p.14)

Este sujeito é proposto como normatizável (e, antes disso, regulável), e também como passível de proteção. Tal proteção se daria pela oferta, em nome do cumprimento de modelos de ações genéricas e idealizadas, de nomeações que o representariam, dando conta do seu gozo²¹. Uma clara demonstração de como o Direito apresenta-se como

²¹Curiosamente, a origem de tal conceito, fundamental para a psicanálise lacaniana, remonta ao Direito: “O termo gozo surgiu no século XV, para designar a ação de fazer uso de um bem com a finalidade de retirar dele as satisfações que ele supostamente proporcionava. Nesse contexto, o termo reveste-se de uma dimensão jurídica, ligada à noção de usufruto, que define o direito de gozar de um bem pertencente a terceiros” (Roudinesco & Plon, 1998, p.299). Em Freud, há apenas duas menções à expressão: uma pouco significativa, nos “Três ensaios sobre a teoria da sexualidade” (1905), e outra em “Os chistes e sua relação com o inconsciente”. Desta passagem, pode-se dizer: “o gozo não é apenas sinônimo de prazer, mas é sustentado por uma identificação e articulado com a ideia de repetição, tal como esta seria empregada mais tarde em *Mais-além do princípio de prazer*, por ocasião da elaboração do conceito de pulsão de morte” (Roudinesco & Plon, 1998, p.299).

Em Lacan, as premissas de sua formulação encontram-se em sua distinção entre necessidade, demanda e desejo. “É o outro, a mãe ou seu substituto, que confere um sentido à necessidade orgânica, expressa sem nenhuma intencionalidade pelo lactente. Em decorrência disso, a criança vê-se inscrita, à sua revelia, numa relação de comunicação em que esse outro (o outro minúsculo), pela resposta que dá à necessidade, institui a existência pressuposta de uma demanda. Em outras palavras, a partir desse instante, a criança é remetida ao discurso desse outro, cuja posição exemplar contribui para a constituição do Outro (Outro maiúsculo). A satisfação obtida pela

detentor do gozo do sujeito seria a ideia de “o que não está nos autos, não está no mundo”, que impõe ao sujeito como condição de sua existência a adequação à listagem de significantes-mestres, sendo as leis, doutrinas e jurisprudência os significantes de saber por excelência.

Outra demonstração de como o Direito pretende substituir o sujeito (anular a subjetividade, em nome de um saber generalizável) seria a imensidão de legislações, tentando tudo prever, reprimir o contingente, regular o factível, mantendo no Outro²² do Direito um saber inesgotável. O Direito tenta “migrar o gozo para os significantes do saber, não do saber do gozo, mas do saber que, paradoxalmente, dele não quer saber, pretendendo regulá-lo com leis escritas, ignorando o

resposta à necessidade induz à repetição do processo, escorado no investimento pulsional: a necessidade transforma-se então em demanda propriamente dita, sem que, no entanto, o gozo inicial, o da passagem da sucção para o chuchar, possa ser resgatado. O Outro originário permanece inatingível, barrado pela demanda que se tornou ilusoriamente primária [...]. Lacan estabelece então uma distinção essencial entre o prazer e o gozo, que reside na tentativa permanente de ultrapassar os limites do princípio de prazer. Esse movimento, ligado à busca da coisa perdida que falta no lugar do Outro, é a causa de sofrimento; mas tal sofrimento nunca erradica por completo a busca do gozo” (Roudinesco & Plon, 1998, p.299-300).

Mais adiante no tempo, ele apresenta outra discussão sobre o conceito de gozo, inclusive apresentando-o em sua teoria da perversão. No artigo “Kant com Sade”, ele teria pretendido “mostrar que o gozo se sustenta pela obediência do sujeito a uma ordem – quaisquer que sejam sua forma e seu conteúdo – que o conduz, abandonando o que acontece com seu desejo, a se destruir na submissão ao Outro (maiusculo)” (Roudinesco & Plon, 1998, p. 300).

²²Lacan estabeleceu a terminologia outro/Outro para diferenciar a dualidade (conforme proposta pela Psicologia), do lugar terceiro (da determinação pelo inconsciente freudiano). “Termo utilizado por Jacques Lacan para designar um simbólico – o significante, a lei, a linguagem, o inconsciente, ou, ainda, Deus – que determina o sujeito, ora de maneira externa a ele, ora de maneira intra-subjetiva em sua relação com o desejo. Pode ser simplesmente escrito com maiúscula, opondo-se então a um outro com letra minúscula, definido como outro imaginário ou lugar da alteridade especular. Mas pode também receber a grafia grande Outro ou grande A [*grandAutre*, em francês], opondo-se então quer ao pequeno outro, quer ao pequeno a, definido como objeto (pequeno) a” (Roudinesco & Plon, 1998, p.558).

impossível do gozo. Quando não é isto que ocorre, dá-se a forclusão²³ da questão” (Silva, 2002, p.15).

É pertinente aqui discorrer sobre a concepção de verdade associada a esta redução do sujeito a sua consciência. Para o autor, o ordenamento jurídico reduz a vida à ordem ficcional dos autos, e desconsidera que, apesar de sempre ter estrutura de ficção, a vida nunca é plena. Assim, nunca é toda dita; e é sempre, de alguma maneira, mal dita.

Além da grande quantidade de legislações, poderíamos pensar esse discurso de que o Direito dá conta da subjetividade humana a partir da significativa quantidade de ações penais não condicionadas à representação, como, por exemplo, na Lei Maria da Penha. Parece haver a ideia de que o direito penal tanto consegue prever os sentidos das ações humanas de maneira genérica que ele nem precisa delegar ao sujeito o poder de decisão sobre o que fazer com sua condição de vítima, retirando-lhe, assim, a autoria da inscrição do ato violento que sofreu em seu psiquismo.

Por fim, cabe ainda apresentar o questionamento de Silva (2002, p.16) a propósito do próprio estatuto de uma ciência como o Direito, que

²³Transcrevo do prof. Fernando Aguiar, co-orientador deste trabalho de tese, as seguintes observações a respeito do termo “forclusão” em português: “O dicionário Petit Robert (1989) registra, além de um sentido figurado na didática, ‘exclusion forcée; impossibilité d’entrer, de participer’ (exclusão forçada; impossibilidade de entrar, de participar), outros dois sentidos. No Direito: ‘Déchéance d’un droit non exercé dans les délais prescrits’ (perda de um direito não exercido nos prazos determinados); e na Psicanálise, tal como definido por Lacan e já devidamente dicionarizado: ‘Mécanisme psychique par lequel des représentations insupportables sont rejetées avant même d’être intégrées à l’inconscient du sujet’ (mecanismo psíquico pelo qual representações insuportáveis são rejeitadas antes mesmo de ser integradas no inconsciente do sujeito). O dicionário Aurélio (1986, p.1380), por sua vez, registra o termo ‘preclusão’: ‘Perda de uma determinada faculdade processual civil, ou pelo não exercício dela na ordem legal, ou por haver-se realizado uma atividade incompatível com esse exercício, ou ainda por já ter sido ela validamente exercitada’. No Direito, preclusão é a palavra em português correspondente à francesa *forclusion*. Na psicanálise, os tradutores preferiram o neologismo ‘forclusão’, sem levar em conta a opção do próprio Lacan pelo termo jurídico; e sem respeitar a tradição psicanalítica, desde Freud, de formular um conceito ou noção mediante empréstimo (incluindo o nome) em outras disciplinas científicas”.

aborda o sujeito como objeto previsível e controlável, e que forclui tanto a divisão do sujeito (que é efeito de sua alienação e separação do Outro) como o gozo que não encontra sentido algum (inclusive na letra da lei). Para o autor, assim se distancia o Direito da dimensão ética, e o aproxima de uma moral ou ideologia onde se supõe um saber pleno, inquestionável e universal "do que seria bom para todos. Está aí a própria ética dos bens, em que o seu bem é o que assim é pensado para você". Enfim, um bem que é projetado sobre o sujeito, ao ponto de esperar que ele alcance o que supostamente seria o seu bem, mas simplesmente para atender o que o Outro espera dele.

Associada a isto, teríamos a ideologia utilitarista, em que se busca o maior número de pessoas felizes, sendo a felicidade aqui compreendida a partir de uma lógica de consumo de bens. Daí, como exemplos citados, temos as desresponsabilizações dos consumidores e toxicômanos, que sempre são inocentes ou doentes.

Uma passagem da jurisprudência estudada é especialmente ilustrativa deste pilar que é a racionalidade para o Direito. No caso em questão, alertou-se ao sujeito que pleiteava reparação pecuniária pelo dano causado com a dissolução de um relacionamento que ele deveria se orientar pela razão, inclusive no campo do amor. Para tanto, utilizou-se de uma citação de um autor da área de Direito de Família.

Amar é arriscado por natureza e que a união entre duas pessoas exige o amor e o afeto, não existindo razão para a permanência de uma relação se este binômio romper. O direito de família moderno é instrumento para o desenvolvimento em busca da felicidade pessoal, sendo incabível exigir justificativa para a ruptura dos relacionamentos quando não mais existe o amor e afeto entre os parceiros. Assim, deve ser negada responsabilização por danos morais e materiais quando a ruptura da união for imotivada ou sem justo motivo, mesmo ferindo a honra objetiva e subjetiva da outra parte, como tem decidido equivocadamente alguns julgados, face o risco que está patente nas relações conjugais, inviabilizando a indenização. Constatado por uma das partes, que não mais existe amor que sustente a relação, o que nem sempre encontra justo motivo para explicar o seu fim, o rompimento surge como única solução racional. A dor da ruptura das relações pessoais, a mágoa, a sensação de perda e abandono são custos da seara humana, fazem parte da existência pessoal. As pessoas que se envolvem em um relacionamento afetivo devem ter a consciência que poderão não ser bem sucedidas, é um fenômeno natural, ficando, portanto, sujeitas aos riscos do insucesso no namoro, noivado e no casamento, sofrendo os riscos da ruptura. O

rompimento de uma relação por ausência do afeto, sem motivos justificados, é inerente aos princípios da liberdade e da dignidade da pessoa, não podendo constituir suporte fático a autorizar reparação pecuniária. A indenização somente deve ser deferida nos eventuais casos em que haja violação dos direitos fundamentais, quando restar caracterizado um ato ilícito de extrema gravidade, cuja indenização é cabível independente das relações matrimoniais (FARIA, Luciano Chaves de. Teoria do risco desautorizando a indenização por danos morais nos casos de ruptura de noivado e das relações matrimoniais. in Revista brasileira de direito das famílias e sucessões. n° 01. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, dez/jan. 2008. p. 20/23) (Apelação Cível n° 2011.064923-9, de Santa Rosa do Sul Relator: Des. Luiz Fernando Boller).

Como se percebe, a partir da referência na racionalidade cartesiana, nesta passagem pressupõe-se que só permanecemos com alguém por amor e afeto, sendo que a própria definição destes termos, bem como a noção de que o amor legítimo é o amor romântico, mereceria grande discussão histórica. Também se parte do princípio, nesta passagem, de que alguém não pode resistir a aceitar o rompimento de uma relação alegando não considerar suficientes os motivos de desamor e desafeto. Melhor dizendo, há uma pré-concepção de que desamor e desafeto são justo motivo para todos os humanos nesta circunstância de rompimento de uma relação, e em todos os rompimentos desta natureza.

3.2 O inconsciente retirando o sujeito de si: sobre o sujeito da Psicanálise

Segundo Birman (1994), o anúncio do sujeito do inconsciente como realizado pela Psicanálise abalou precisamente os pilares cartesianos e kantianos das filosofias da consciência tão inerentes à modernidade ocidental. Isto se deu por duas vias:1) a proposta de que o psiquismo não se reduz à consciência (aqui entendida como razão); e, antes disso, de que o psiquismo não é uma unicidade;2) a concepção de que o sujeito humano não pode ser dissociado entre corpo e espírito. O corpo, aqui entendido como a presença que, uma vez no sujeito, legitima-o como sujeito. O ser só é humano porque é habitado [pelo corpo].

Não menos significativo é o questionamento, também protagonizado pela Psicanálise, da abordagem a-histórica (porque

essencialista) do sujeito, típica do modelo de cientificidade não apenas hegemônico mas também definidor da modernidade ocidental. Está-se falando da rígida separação entre exterior e interior; ou, em outras palavras, entre o mundo das coisas e o mundo do sujeito, separação feita pelo mundo da causalidade mecânica. A distinção entre exterior e interior é associada ao princípio da causalidade, posto dividir, e também polarizar.

Esta discussão será de grande importância para este trabalho de tese não apenas para se pensar as relações entre Psicanálise e Direito, mas igualmente para demarcar equívocos de certas interpretações sobre a primeira, usadas, inclusive, por alguns que se põem a criticá-la. Refiro-me aqui, em particular, à ideia segundo a qual o inconsciente seria a sede de desejos egoístas. Para a Psicanálise, a vida poderia ser definida como a tentativa de inscrição sempre conflituosa dos universos pulsional e simbólico no corpo. E tal inscrição dar-se-ia pelo olhar, toque e voz do Outro. Melhor dizendo: pelas diversas formas com que nos marca o discurso que nos antecede (Birman, 1994).

Assim, a individualidade não estaria na interioridade/introspecção ou reflexão, mas no campo intersubjetivo onde se dá o discurso, até porque a consciência não existe antes do encontro com o Outro, constituindo-se a partir das demandas alheias; o inconsciente, por seu lado, seria os registros da intersubjetividade e alteridade. Para Gusso (2011, p.48), não é possível “pensar a partir do exterior as categorias de sujeito e de cultura, uma vez que a constituição do sujeito implica uma relação estrutural com o Outro (representado pela cultura), sendo o sujeito radicalmente definido pela alteridade do campo social”.

Merece menção o fato de aqui se tratar da relação vertical, assimétrica, estabelecida pelo sujeito com aquilo que além de exterior o precede. De qualquer forma, mesmo a relação de ordem mais horizontal também estabelecida pelo sujeito com o exterior (com o outro, seu semelhante) também demonstra como o sujeito não apenas estrutura, mas é estruturado pelo exterior. Assinalam Souza e Moreira (2014) que, ao lado da compreensão da tragicidade da problemática edípica e do desamparo²⁴ como uma marca irreparável (problematizado a partir do

²⁴“Termo da linguagem comum que assume um sentido específico na teoria freudiana. Estado do lactente que, dependendo inteiramente de outrem para a satisfação das suas necessidades (sede, fome), é impotente para realizar a ação específica adequada para pôr fim à tensão interna. Para o adulto, o

conceito de angústia e do signo da pulsão de morte), os textos freudianos ativeram-se à inevitabilidade e imprescindibilidade do outro na relação com o eu. Se o Outro se faz presente na constituição do sujeito desde o primeiro momento, o desamparo humano sinaliza a importância da presença do outro, representante do Outro, como estrutura estruturante²⁵.

O sujeito para a Psicanálise, como explica Silva (2002), surge no intervalo da cadeia de significantes, e naquele espaço que um remete a outro. Para tanto, inicialmente, ele se alienaria ao Outro até poder se separar. Sua condição (para não se utilizar as modernas expressões “natureza, “essência”) seria a de divisão, a de (des)ser. Portanto, o sujeito não apenas é dado de início, como também não é “entificável”. “Sua categoria é de suposto, é de desaparecimento, divisão entre vir e ir, instantaneamente, deixada sua notícia pelas formações inconscientes, pelos lapsos, pelos atos falhos, pelos sintomas, pelos sonhos” (Silva, 2002, pp.13-14).

Talvez seja precisamente nesta criação que faz a partir do contato com o Outro que o humano não pode ser generalizável. O sujeito sempre é único, diferente do que nos propõe o direito penal moderno de origem romana, porque para ser chamado de “sujeito” ele precisa se desalienar do discurso anterior a ele: o discurso do Outro.

3.3 Reprovar o mal não implica o dever ser bom

Nenhuma das estruturantes modalidades de relação com o outro, como representante do Outro, é simétrica. Ainda assim, sabemos que a materialização do mútuo reconhecimento é uma conquista posterior, posto que as relações de reciprocidade, conforme explica Birman (2003), dão-se a partir da apresentação do sujeito à lei e resolução do complexo edípico.

Daí que, para a Psicanálise, a expectativa do Direito de que o humano viva harmoniosamente com o outro – ainda que condizente com sua proposta de que a civilização se sustente a partir da limitação dessa

estado de desamparo é o protótipo da situação traumática geradora de angústia” (Laplanche & Pontalis, 1998, p.112).

²⁵Em um trabalho como o presente, que pretende fazer dialogar Direito e Psicanálise, cabe lembrar que a partir desta discussão são apontados como centrais, na abordagem do desamparo, as temáticas da alteridade, do reconhecimento e da responsabilidade.

dificuldade em conviver com a diferença –, não pode recair numa espécie de “elogio ao altruísmo”. Ou seja, uma concepção normativa e não analítica da relação que o humano estabelece com o outro, pautando-se no *dever* viver com o outro, e não em como ele *pode* viver com o outro.

A propósito, Gusso (2011, p.49) refere-se ao “homem médio” do direito penal, presente nas definições jurídico-legais próprias das filosofias da consciência, como um homem que, além de livre e racional, seria igual. E, sendo igual, a relação intersubjetiva, *por essência*, seria harmoniosa. “Esse homem ‘idealizado’ pelo Direito é definido pela ‘lei’ social como ‘super-responsável’ e obediente a um princípio de ‘culpação’[sic], servindo bem à tentativa de encobrimento da violência predatória contra outros sujeitos”.

A Psicanálise parece assim convocar os operadores do Direito a suportar a dificuldade do sujeito diante da relação intersubjetiva, o que não implica, evidentemente, não responder às manifestações humanas que ameaçam a civilização. A questão está na diferença entre uma resposta jurídica, na qual a reprovação se fundamenta numa concepção ideal/cristã/moderna do humano, e a função do Direito de constituição/manutenção de uma civilização.

Para além de conceber a possibilidade de que na relação com o outro o humano seja mau e habitado pelo mal, a Psicanálise concebe que a responsabilidade pelo que o sujeito é e faz transcende o próprio sujeito. Sim, porque como se disse, é o Outro (um discurso anterior e geral) que lhe fornece o material a partir do qual, aí sim, ele poderá construir algo único (uma subjetividade). A responsabilidade do sujeito existe sempre, mas os méritos e fracassos civilizatórios são compartilhados.

3.3.1 Responsabilidade como efeito da culpabilização ou responsabilização

Chegamos assim à questão da culpa, em sua associação com o livre-arbítrio e a responsabilidade. O sujeito, na relação com o outro, sempre age apenas como pode agir. E suas possibilidades de existência são aquelas em que ele existe. No entanto, o Direito parece ater-se a como o sujeito *deveria* agir e existir, mais uma vez, pressupondo que nos mantemos alienados ao Outro em nossa constituição subjetiva.

Para além do sujeito consciente, de vontade autônoma, expõe Fagúndez (2006, p.250), o sujeito do Direito é o mesmo da ciência: um

sujeito ético. E, assim sendo, chama para si a responsabilidade não apenas por seus atos, mas por tudo o que lhe acomete. “É o sujeito positivista, implicado num sistema de ordem, dentro de um modelo normativo lógico, que determina os seus passos e que pune as condutas consideradas negativas”. Mas o autor faz a seguinte ressalva:

Muito embora se faça referência ao sujeito kantiano, dotado de autonomia da vontade, o que se vislumbra é alguém dependente, subjugado ao “imperativo categórico”, protegido pelo Estado e amparado por Deus. Enfim, um sujeito irresponsavelmente posto na vida. É o sujeito da modernidade, fisicamente decadente e mentalmente doente. É uma peça de uma engrenagem e que imagina ser Deus. É um homem que busca em todo lugar e que não busca dentro de si mesmo. Oscilando entre o bem e o mal, o sujeito imagina obter a salvação, muito embora seja ignorado pelo Deus da modernidade (Fagúndez, 2006, p.249)

Talvez o direito penal moderno de origem romana espere que obedeçamos as normas dele provenientes para que atendamos ao que o Estado prevê para nós. Talvez não seja por acaso que “inocente” e “culpado” são as duas identidades oferecidas no discurso deste direito penal. Se não formos inocentes perante o uso político-econômico que o Estado moderno faz de nós, somos tidos por culpados.

O estatuto da responsabilidade para a Psicanálise, por sua vez, é de outra ordem que não a da culpabilização. “Sujeito e responsabilidade se equivalem, para a Psicanálise – um termo não pode ser concebido sem o outro. Considera-se, assim, a responsabilidade no sentido de uma resposta, que é sempre de um sujeito” (Salum, 2012, p.169). Responsabilizar alguém é convocar o sujeito a comparecer como responsável (Reymundo, 2002). E ele é responsável pelos outros, pela comunidade, pelo seu desejo e gozo.

Cabe ainda dizer que somente sendo responsável o sujeito assume uma posição ética – e esta, como lembra ainda Reymundo (2002, pp.110-111), apoiado no ensino de Lacan, seria o freio ao gozo. O limite que o sujeito impõe-se para se libertar do desprazer e mal-estar. “É a resposta a ser dada para não sucumbir ao imperativo de gozo do supereu, ou se quiserem, para não afundar no silêncio irreversível, sob o peso mortificante do ideal nos seus efeitos irrealizantes”. A responsabilidade é aqui entendida como resposta a ser dada com fins de preservação e defesa do estatuto de ser falante do sujeito.

Portanto, a responsabilidade para a Psicanálise não é aquela do cumprimento das ordens e dos deveres impostos a partir do Outro, ou da racionalidade moderna ocidental de um eu cognoscente e senhor de si (Oliveira, 2010). “Responsabilidade” aqui se refere à apropriação que faz dos significantes fornecidos pelo Outro. É a autoria do sujeito na separação que faz em relação ao desejo do Outro.

A partir de uma abordagem de Laplanche (1999), de qualquer modo, é possível pensar a questão a partir de outra maneira. O autor diferencia responsabilidade e resposta, compreendendo que a idéia de responsabilidade pressupõe uma ênfase no eu, enquanto único responsável pelos atos. É a possibilidade do sujeito responder ao seu inconsciente, e não tanto se responsabilizar por ele, que também possibilitaria ao sujeito a manutenção do laço social. Interessante que, para o autor, o próprio Freud teria inclusive utilizado a noção de culpabilidade com este intuito de destacar a participação do outro na subjetividade. Assim, por mais que diferencie do pai da Psicanálise, em termos fundamentais ele segue sua proposta. E isto por acompanhar uma construção epistemológica freudiana para a qual o outro, se inicialmente externo, é internalizado ao constituir o inconsciente.

Para além desta possível diferenciação entre responsabilidade e resposta, o que aqui se pode depreender é que esta concepção de responsabilidade, mais próxima de um chamado ao sujeito para que se aproprie do que lhe ocorreu, inscrevendo em sua história, assinando sua história, opõe-se à ideia de culpabilização. Nesta direção, questiona as noções de livre-arbítrio e causalidade linear. Compreende-se que o sujeito deve ser escutado em sua singularidade, mas com isto não se deve compreender ser ele interiorizado, e/ou que ele poderia ter agido de maneira diversa daquela que agiu.

O Direito pauta-se tanto nesta noção de que responsabilização assemelha-se à punição (ou pelo menos é um efeito dela), que muitas vezes compreende que a finalidade da pena é pedagógica, qual seja: ensinar/lembrar ao sujeito, pela via do sofrimento, que ele não deve cometer determinados atos. Nesta direção, é pertinente trazer a seguinte passagem encontrada na jurisprudência pesquisada sobre aumento de pena.

Foi reconhecida a agravante prevista no art. 61, I, do CP (reincidência). A reprimenda foi então acrescida em 1/5 (um quinto) por se tratar de “reincidência específica”, haja vista que o acusado já foi condenado e cumpriu pena pela prática de estupro contra pessoa

da família, devendo-se ressaltar a necessidade de conferir tratamento mais rigoroso àqueles que, como o réu, foram condenados e não assimilaram as finalidades da pena (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.000479-3, de Taió Relator: Des. Torres Marques).

Como se constata, há uma expectativa tão grande de que a pena seja pedagógica que a reincidência no mesmo ato justificaria uma pena maior ainda. Como se entendessem que, se ele não “aprendeu” a se comportar de outro modo, é porque a pena foi branda. E, portanto, como se o caso exigisse uma pena maior ainda para que alcance o propósito da resposta jurídica de prevenir reincidências.

Para Souza e Moreira (2014, p.197), a Psicanálise contribui com os espaços do jurídico, da regulação social, porque através da escuta seria sinalizada a responsabilização subjetiva. “É a partir da infração que o sujeito pode, no encontro com o profissional que irá acompanhá-lo, enfrentar seu abandono em um ato, não de infração, mas de subjetivação, que implica a construção de novas saídas”. Ainda que esta passagem se refira a sujeitos adolescentes, compreende-se que a proposta de interação entre Psicanálise e Direito, nos termos expressos, pode ser dirigida também a sujeitos adultos. E mesmo que as autoras, na escuta dos sujeitos, refiram-se à atuação de um profissional que não seja operador do Direito, cabe questionar se a própria resposta jurídica não pode ter um estatuto de subjetivação, e não apenas punitivo. Nesta direção, pode-se também pensar a seguinte passagem:

Muito embora essas medidas tenham um caráter socioeducativo e ao mesmo tempo sancionatório, sua operacionalização pode se dar a partir de ações embasadas na concepção de que o adolescente é um sujeito único e singular. É por meio da escuta de sua história de vida que as intervenções de âmbito universal, podem ter um alcance frente à particularidade de cada caso (Souza & Moreira, 2014, p.197)

Para Birman (2003), aliás, a função da lei é alcançada através de sua inscrição simbólica na subjetividade (*supereu*²⁶), e seria não apenas

²⁶“Uma das instâncias da personalidade tal como Freud a descreveu no quadro da sua segunda teoria do aparelho psíquico: o seu papel é assimilável ao de um juiz ou de um censor relativamente ao ego. Freud vê na consciência moral, na auto-observação, na formação de ideais, funções do superego. Classicamente, o superego [supereu] é definido como o

limitar a satisfação pulsional, mas fazer transitar o destino pulsional entre o polo alteritário (*ideal de eu*²⁷) e narcísico (*eu ideal*²⁸). A partir do delineamento das regras de permissão, o sujeito reconheceria a imprescindibilidade do outro, inclusive para a realização do próprio desejo. Daí que a concepção de altruísmo parte de um pilar narcísico. Seria assim, na busca de possibilidades de satisfação, sempre parcial, que se forma o sujeito, sempre do desejo.

3.4 A importância para o Direito da consideração da subjetividade

O ponto de vista psicanalítico sobre a importância de se responsabilizar os sujeitos em vez de culpabilizá-los, quando não atendem ao que as normas jurídicas preveem, pode auxiliar os autores de crimes a construírem outras possibilidades de subjetivação além daquela resultante da alienação ao significante “criminoso” que o Estado moderno oferece a determinados²⁹ sujeitos. Em Freud (1906), encontramos algo que pode colaborar com esta discussão. Trata-se de uma palestra a juristas, aos quais diz ter dúvidas sobre a eficácia das técnicas por eles utilizadas. E o motivo seria justamente a impossibilidade dessas técnicas diferenciarem sujeitos autoacusadores e os efetivamente culpados. Discute a possibilidade de indução a erro por parte de neuróticos que, ainda que inocentes, reagem como culpados devido a sentimento de culpa oculto, pré-existente ao fato julgado. Para ele, estes sujeitos se apoderariam da acusação.

herdeiro do complexo de Édipo; constitui-se por interiorização das exigências e das interdições parentais” (Laplanche & Pontalis, 1998, p.497-498).

²⁷“Expressão utilizada por Freud no quadro da sua segunda teoria do aparelho psíquico. Instância da personalidade resultante da convergência do narcisismo (idealização do ego) e das identificações com os pais, com os seus substitutos e com os ideais coletivos. Enquanto instância diferenciada, o ideal do ego constitui um modelo a que o sujeito procura conformar-se” (Laplanche & Pontalis, 1998, p.222).

²⁸ “Formação intrapsíquica que certos autores, diferenciando-a do ideal do ego, definem como um ideal narcísico de onipotência forjado a partir do modelo do narcisismo infantil” (Laplanche & Pontalis, 1998, p.139).

²⁹ A criminologia crítica, como será afirmado posteriormente, alerta para a seletividade étnica, racial, classista, sexista, etc. do direito penal, tanto para os autores como para as vítimas.

Posteriormente Freud (1916) volta ao assunto. Nesta obra, discute que, apesar da Psicanálise dirigir-se ao significado dos sintomas, as pulsões que os subsidiam e que neles encontram satisfação, para compreensão da resistência é fundamental que se aborde o que denomina de “caráter”. Um dos tipos de caráter é chamado “criminosos em consequência de um sentimento de culpa”.

O pai da Psicanálise chegou a este tipo após reconhecer que não só na infância e juventude alguns sujeitos cometem “ações proibidas³⁰”, (é exatamente este o termo), como furtos, fraudes, incêndio voluntário e, no caso de crianças, “travessuras”. Em seus termos, a explicação:

Tais ações eram praticadas principalmente por serem proibidas e por sua execução acarretar, para seu autor, um alívio mental. Este sofria de um opressivo sentimento de culpa, cuja origem não conhecia, e, após praticar uma ação má, essa opressão se atenuava. Seu sentimento de culpa estava pelo menos ligado a algo (Freud, 1916/1996, p.347)

De qualquer modo, cabe ressaltar que esta discussão se faz tomando por base os neuróticos, ele mesmo concebendo haver aqueles que praticam crimes sem qualquer sentimento de culpa, não tendo desenvolvido inibições morais, e também os que consideram sua ação justificada devido a seus conflitos com a sociedade. Quanto a estes últimos sujeitos, podemos lembrar da seletividade para a qual a criminologia crítica nos alerta.

Talvez, inclusive, o sistema judicial dirija-se justamente àqueles a quem não deveria se dirigir. Isto porque o próprio Freud afirma serem as medidas punitivas criadas para os neuróticos, situações nas quais a motivação para o crime poderia ser considerada. Assim procedendo, a oferta da punição dar-se-ia com outro fundamento psicológico.

Pode-se indagar se a resposta punitiva aos outros casos (os daqueles que se encontram em conflito com a sociedade, e talvez justamente por isto foram criminalizados) não surta efeitos. E até cogitar que ela surte efeitos contrários.

³⁰Interessantemente, Freud no mesmo texto utiliza a expressão “ações erradas”, talvez sem problematizar suficientemente que este “errado” é um adjetivo construído a partir da perspectiva de alguém, que deve ter seus interesses em reprovar e aprovar determinadas condutas. Como já se percebe, nesta tese este é um aspecto fundamental: questionar o que subsidia a reprovação ou não de certa ação.

Donald Winnicott é um autor que traz uma leitura particular de como se dá a relação entre crime e culpa. Para se compreender sua abordagem, precisamos recorrer ao seu conceito de tendência anti-social. Um conceito que diz respeito a vários comportamentos, já que o que está em questão não é sua apresentação fenomenológica, mas a função psíquica que os subjaz: contrapor-se à organização do meio. De início, cabe dizer que por mais que ele distinga dois tipos de tendência anti-social, há algumas noções comuns, e para o que se propõe neste momento é suficiente indagar o efeito da resposta punitiva sobre estes sujeitos.

Para o autor inglês, “quando existe uma tendência anti-social, houve um verdadeiro desapossamento (não uma simples carência); quer dizer, houve perda de algo bom que foi por um período maior do que aquele em que a criança pode manter viva a lembrança da experiência” (Winnicott, 1987, p.131). É como se houvesse uma fixação onde se foi despojado, e como se tal fixação impedisse a representação simbólica da falta. Em outras palavras, uma impossibilidade de simbolização da falta de algo bom levaria à tendência anti-social. Em outra obra, ele também tece algumas explicações sobre esta tendência anti-social:

[...] uma criança que tenha sido submetida a tal privação sofreu inicialmente uma ansiedade impensável, e então reorganizou-se gradualmente, até atingir um estado razoavelmente neutro: fica concordando com tudo, pelo fato de que uma criança não pode fazer nada mais além de concordar [...]. Então, por uma razão ou outra, começa a surgir a esperança: isso significa que a criança, sem ter a menor consciência do que está ocorrendo, começa a sentir um impulso de voltar para antes do momento da privação, e assim desfazer o medo da ansiedade impensável ou da confusão que existiam antes que se organizasse o estado neutro (...). Toda vez que as condições fornecem um certo grau de novas esperanças, então a tendência anti-social transforma-se numa característica clínica (Winnicott, 1989, p.73).

Como se constata, a intencionalidade do ato anti-social não é da ordem de uma destrutividade. Esta pode ser seu resultado, mas o que está em questão é um sujeito que, para sobreviver psiquicamente, defende-se da lembrança de uma condição na qual foi privado de uma experiência positiva na relação com o meio. E Winnicott (1987, p.358) explica que esta privação do meio, por mais paradoxal que seja, pode ser resumida como sua impossibilidade de conter a agressividade que

provém do sujeito. Ou, melhor dizendo, um meio que não reconhece que, para além da agressividade, este sujeito dirige outras coisas ao exterior:

quando saudável, o bebê pode sustentar a culpa e, desta forma, com a ajuda de uma mãe pessoal e viva (que personifica um fator temporal), é capaz de descobrir seu próprio ímpeto pessoal de dar, construir e reparar. Desse modo, grande parte da agressão se transforma em funções sociais (...). Em tempos de desespero (quando não se acha ninguém que aceite um presente, ou que reconheça o esforço feito para reparar), esta transformação se desfaz e a agressão reaparece

Talvez os sujeitos dos quais Winnicott diga sejam aqueles que encontram na violência uma maneira de expressão, já que sua agressividade não foi reconhecida como estando ao lado do amor. Assim, a agressividade passou a estar a serviço do ódio, e ele atua conforme sempre foi reconhecido pelo exterior: alguém que só se dirigia ao objeto para destruí-lo. Para Winnicott (1987, p.93-4), a propósito, uma intervenção concreta da lei é demandada por estes sujeitos precisamente para que o ódio, que não pôde ser dirigido ao exterior, transcorra em depressão.

[...] deve odiar uma parte de si mesmo, a menos que possa encontrar alguém fora de si mesmo para frustrá-lo e que suporte ser odiado (...). (...) quando as forças cruéis ou destrutivas ameaçam dominar as forças de amor, o indivíduo tem de fazer alguma coisa para salvar-se, e uma das coisas que ele faz é pôr para fora o seu íntimo, dramatizar exteriormente o mundo interior, representar ele próprio o papel destrutivo e provocar seu controle por uma autoridade externa. O controle pode ser estabelecido desse modo, na fantasia dramatizada, sem sufocação séria dos instintos, ao passo que o controle interno necessitaria ser geralmente aplicado e resultaria num estado de coisas conhecido clinicamente como depressão

Winnicott (1989, p.74) explica justamente a delinquência como sendo uma forma de contato com esta condição agressiva, que nestes casos em que o exterior foi incapaz de sustentar seus atos agressivos só pode se dar por meio de atos violentos.

[...] quando ocorre uma privação (...) suas idéias e seus impulsos agressivos tornam-se inseguros (...) a criança assume o controle que acabou de ser perdido e identifica-se com o novo quadro de referência familiar. Resultado: a criança perde sua impulsividade e espontaneidade. O nível de ansiedade é tão alto que o ato de experimentar, que poderia fazê-la chegar a um acordo com a própria agressividade, torna-se impossível. Segue-se um período que pode ser outra vez (como no primeiro tipo de privação) razoavelmente satisfatório do ponto de vista daqueles que cuidam da criança, no qual o menino está mais identificado com os tutores do que com seu próprio self imaturo. Nesse tipo de caso, a tendência anti-social faz com que o menino se redescubra sempre que sinta esperança de retorno da segurança, o que significa uma redescoberta da própria agressividade (...)

Nesse caminho (por causa da segurança ambiental, da mãe sendo apoiada pelo pai, etc.), a criança torna-se capaz de (...) integrar seus impulsos destrutivos com os amorosos, e os resultados, quando tudo corre bem, é que a criança reconhece a realidade das idéias destrutivas que são inerentes, na vida, ao viver e ao amor, e encontra modos e maneiras de proteger de si mesmo pessoas e objetos valorizados. Na verdade, a criança organiza sua vida de modo construtivo, a fim de não se sentir muito mal em relação à destrutividade real que passa por sua mente.

Portanto, é quando o sujeito encontra no exterior um ambiente que contém sua agressividade, devolvendo-a de maneira metabolizada, que ele pode integrá-la com os impulsos amorosos. Esta integração se dá pelo sentimento de culpa, que só é possível porque, antes de mais nada, o sujeito encontrou um objeto que lhe mostrasse que a agressividade é tolerável. Que ela é parte de si e, então, não precisa ser expelida, mas elaborada. Assim, este sentimento de culpa demanda uma responsabilização pela agressividade. Porém, antes de tudo isto, a agressividade não pode ser rechaçada pelo meio. O sujeito não pode se sentir culpado por sentir ódio, mas precisa admití-lo como afeto humano.

Dáí pode-se hipotetizar os danosos efeitos de um ambiente, do qual o Sistema Judicial é mais um na série, que confunde punição com responsabilização, e que reduz a subjetividade daqueles que cometem atos reprováveis juridicamente à insígnia de autores. Em sentido mais amplo, pode-se sinalizar a incapacidade do ethos moderno ocidental contemporâneo de sustentar espaços potenciais para conter a

destrutividade que sempre há na relação estabelecida pelo sujeito com o objeto.

Responsabilizar em vez de culpabilizar quando não se pode atender ao previsto pelas normas jurídicas também pode colaborar para um melhor atendimento da vítima, e para que não se questione se alguém pode ser vítima de um crime mesmo que seu comportamento aparentemente sinalize que não. Isto porque, no caso de autores, se questiona a interpretação de um ato a partir de sua manifestação fenomenológica, como se um ato violento dissesse necessariamente de uma intenção de destruição. E, portanto, pode-se questionar se a participação jurídica de alguém como vítima de um ato diz imediata e universalmente de seu psiquismo.

A noção de inconsciente permite pensar que a vulnerabilidade não se reduz à condição de prejuízo da consciência racional. A vulnerabilidade, para a Psicanálise, pode incluir uma deficiência ou alteração desta função da racionalidade, mas alcança questões relativas à lógica inconsciente. Porém, o direito penal moderno de origem romana parece não suportar qualquer discurso que suspenda a polaridade vítima X algoz – talvez porque questionaria sua pretensa universalidade, bem como sua necessidade para todas as vítimas.

Pode ser que uma vítima de crime não queira criminalizar o que sofreu, e isto não a torna menos vítima, não devendo, portanto, deslegitimar sua condição de vítima. Ela apenas não espera que o direito penal a faça se sentir melhor; ou já inscreveu sua dor em seu universo psíquico a ponto de haver elaborado suficientemente e de não mais querer falar a respeito. Há inclusive os casos em que a vítima nem chega a se identificar com o significante “vítima”, e sequer representa como violência o evento sofrido.

Para Oliveira (2010), a Psicanálise em seu segmento laciano denuncia justamente as receitas de felicidade e serviços de bens que se propõem a garantir ao sujeito o encontro com o seu bem. Há ainda um alerta para os significantes que ocupam o lugar de mandatário do Outro que barra, por meio da promessa de satisfação, o acesso ao campo do desejo radical; ou o acesso ao campo do inominável e por isso conflituoso e doído do desejo. O autor lembra que, para Lacan, o Bem Supremo é uma invenção filosófica e teológica do Ocidente, nominado de diversas maneiras desde Aristóteles (Deus, a razão, as leis, a cidade, a natureza humana, o logos, etc.). Tal invenção erigiu (ou erige) um ideal humano ao qual o sujeito deve atingir ou respeitar.

Aqui surge outra construção filosófica inevitavelmente associada: a da vontade própria e consciente. Só por meio dela o sujeito elevaria imaginariamente algum objeto de prazer de modo a supostamente subsidiar o alcance de sua felicidade/completude libidinal.

3.5 Considerações pontuais

Neste capítulo partiu-se do princípio de que a noção de inconsciente contribuiria para uma maior aproximação do Direito da justiça. Melhor dizendo, para que o Direito seja realmente um instrumento da justiça. O fundamento desta proposta é de que nem sempre a repressão é o que media o contato com o outro, que deveria ser a principal função do Direito. A repressão aniquila aquele a que diretamente se dirige, e muitas vezes também aquele que ao Direito recorre.

Ressaltou-se que colocar em primeiro plano os direitos dos sujeitos que chegam ao Direito (como vítimas e como autores) é um desafio histórico, já que a preocupação com os deveres é que esteve em primeiro plano nas origens deste campo de saber, sendo que a preocupação com os direitos surge apenas a serviço do capital. Assim sendo, é desafiante pensar como, em casos de violência sexual, o Direito pode colocar em primeiro plano os direitos (dos autores e também das vítimas). E é ainda mais desafiante pensar que a repressão ao autor nem sempre é o que melhor o Direito pode fazer pela vítima.

Colocar em diálogo a noção de “sujeito” foi a via escolhida para se questionar, a partir da Psicanálise, algumas noções jurídicas. O sujeito, para o Direito, é aquele previsível, universal e apreendido por meio da imagem (atos). Além disto, supostamente seria regulável por meio de códigos jurídicos, podendo inclusive restar, desta regulação, um sujeito plenamente harmonioso na relação com o outro, o que não pode ser conseguido senão pela redução do sujeito à pura racionalidade. Ora, este sujeito seguramente não existe em lugar e em tempo algum.

A compreensão de sujeito, para a Psicanálise, por sua vez, é aquele que não pode ser apreendido a partir de manifestações como comportamentos. Haveria uma singularidade, só apreendida no discurso, e que expressaria o inconsciente. Este sujeito não seria universal porque a concepção de causalidade linear não é aplicável ao universo humano. Desta maneira, uma manifestação externa não teria um correspondente interno, o que nos possibilitaria pensar que uma vivência objetiva tem

necessariamente determinado efeito subjetivo. Vê-se, por fim, que a noção de causalidade linear também não é concebida pela Psicanálise.

De qualquer modo, a principal distinção entre sujeito de Direito e sujeito da Psicanálise, neste trabalho de tese, pareceu ser aquela que diz respeito à responsabilidade. Para o Direito, ela só se daria pela via da culpabilização e, para a Psicanálise, pela via da responsabilização. Abordou-se de como a Psicanálise, com esta contribuição específica, poderia auxiliar os operadores do Direito a conceber que alguns sujeitos cometem crimes não por serem imorais ou doentes, mas precisamente porque demandam uma resposta da lei. Para isto, precisar-se-ia tolerar com menos rechaço os atos que contradizem as normas jurídicas; o que se daria, minimamente, ao não tomá-los pelo viés moral. Em capítulo posterior discutiremos a distinção entre perversão e transgressão, o que colaborará com este ponto.

De qualquer forma, neste momento destaca-se que a Psicanálise pode auxiliar os operadores do Direito a conceberem, da parte das vítimas de violência sexual, que algumas podem ser vítimas mesmo que não se constate uma vulnerabilidade consciente de sua parte. Em ambos os casos, a escuta do inconsciente auxiliaria a esclarecer alguns impasses trazidos caso se reduza os sujeitos à participação nos fatos analisados pelos operadores do Direito. Por exemplo, o autor de violência de sexual que se mostra humano, e a vítima que não se mostra traumatizada.

Sabe-se que o Direito moderno de origem romana apresenta significativa dificuldade em alcançar a concepção de “inconsciente” própria à Psicanálise. Refiro-me ao fato de não prever a possibilidade de um sujeito ser movido também por forças inconscientes, que têm suas leis próprias de funcionamento, sempre de algum modo em choque com a consciência, com a qual estabelece relações de compromisso, jamais de conciliação. Quando muito se faz referência a uma suposta ação não movida pelo consciente, traduzindo-se pelo “desconhecimento³¹” (o que seria, aliás, patológico) – portanto, a centralização da consciência permanece.

Na presente tese, que coloca em diálogo Direito e Psicanálise, deparamo-nos em diversos momentos com essa diferença estrutural entre o código linguístico desses dois campos de saber: o primeiro não

³¹Não é de se desconsiderar a associação entre saber e conhecer, tão própria em áreas de conhecimento como o Direito contemporâneo de origem romana.

considera a existência do inconsciente (ou sua consideração não apresenta efeitos práticos), e o segundo sustenta-se especialmente na noção de inconsciente.

Cabe destacar que, fazendo dialogar esses campos do saber, não se pretende reduzir um ao outro, ou até pressupor que os operadores do Direito que levassem em conta o inconsciente poderiam modificar legalmente sua atuação a partir disto. Os limites legais são explícitos e universais, até porque são regidos pela idéia de consciência racional. Porém, os limites legais também possuem seus limites; mais especificamente para o que é de nosso interesse aqui, eles não conseguem nortear como um todo a interpretação e aplicação que os operadores do Direito fazem da lei. Qualquer normativa, sendo um texto, não substitui o leitor.

Nesta direção, e como se perceberá no decorrer desta tese por meio dos trechos retirados da jurisprudência estudada, a subjetividade dos operadores do Direito sempre está presente em suas leituras jurídicas dos atos. Ainda mais: em alguns momentos, aliás, ela parece ser o que mais orienta a prática destes profissionais. Assim sendo, talvez as considerações psicanalíticas sobre os temas tratados pelo Direito, como a violência sexual, alcançando a subjetividade de seus operadores, possa sim ter algum reflexo em sua atuação profissional.

Um dos momentos em que isto se mostra significativamente pertinente, tratando-se de um trabalho de tese que aborda a temática da violência sexual, é na discussão por parte dos operadores do Direito sobre os conceitos de trauma, violência e agressão. Veremos como há, da parte deles, uma pré-concepção de que toda violência sexual causa traumas. E, antes disto, um pré-julgamento de alguns atos, atribuindo-lhes o estatuto de “violência” a partir unicamente de sua fenomenologia, não considerando, por exemplo, a natureza dos efeitos sobre a vítima trazidos pelo ato sofrido.

Como se analisará no capítulo seguinte, a partir das contribuições da Psicanálise, há diversas modalidades de resposta a qualquer ato sofrido, sendo algumas delas a traumática. E apenas nestes casos parece ser possível dizer que a vítima traumatizou-se. Evidentemente que a vítima de um ato juridicamente tido como “violência sexual”, futuramente, pode vir a responder traumáticamente ao evento sofrido. Entretanto, o que aqui se debate é a idéia de que, no momento em que o sujeito é ouvido pelo Sistema Judicial, ele necessariamente apresentaria respostas de ordem traumática.

Talvez uma expectativa desta natureza leve os operadores do Direito a não reconhecerem como vítimas sujeitos que não se apresentam de uma maneira estereotipada. Da mesma maneira, conceber que atos humanos são produções do inconsciente pode facilitar aos operadores do Direito reconhecerem como autores mesmo aqueles que não apresentem indícios de imoralidade ou patologia.

Sabe-se que esta é uma linguagem estranha do Direito, que, no caso do direito penal, talvez por conta de sua origem moderna, explícita pautar-se numa concepção behaviorista do humano. Pode-se indagar até que ponto seria possível um direito penal que transcenda a punição de comportamentos, sendo uma das ponderações já possíveis de se fazer o risco de recairmos em um já (veladamente?) presente direito do autor. De qualquer modo, algumas ideias behavioristas parecem não conceber qualquer dúvida sobre sua equivocidade. Ou, pelo menos, tornam fácil o reconhecimento de que não se aplicam a todos os sujeitos e de que, então, talvez seu fundamento seja outro (político-econômico) que não o suposto efeito sobre o sujeito. Uma destas idéias é a de que o sujeito está mais apto a progredir de regime caso trabalhe na unidade prisional. Noção esta que chega a ser matematizada (três dias trabalhados repercutiriam no adiantamento em um dia de condição para reaver sua liberdade).

4 CONSIDERAÇÕES PSICANALÍTICAS SOBRE O CONCEITO DE “TRAUMA” EM SUA RELAÇÃO COM AGRESSÃO, VIOLÊNCIA, INTENCIONALIDADE, LIVRE ARBÍTRIO E VULNERABILIDADE

O conceito de *trauma*, em sua manifestação psicológica, é central nesta pesquisa. Não para reforçá-lo ou banalizá-lo, tomando-o em sua dimensão universal, ou seja, como manifestação obrigatória em todos da mesma maneira e pelos mesmos motivos. Constitui mesmo uma das justificativas deste trabalho questionar o fato de tantas vezes se pressupor, no Direito, que o sujeito inevitavelmente responderia de forma traumática à violência sexual.

Do ponto de vista psicanalítico, a noção de trauma exige, como veremos, uma análise para além do evento desencadeador (um comportamento de um terceiro, por exemplo). E sua identificação pressupõe acima de tudo uma escuta interessada e singular do sujeito supostamente traumatizado: são as associações sempre únicas de seu discurso que possibilitam elucidar por que um dado evento lhe causou efeitos traumáticos.

4.1 A propósito das manifestações ditas traumáticas

Para ilustrar essa associação, recorrente no Direito, entre trauma e violência sexual, são transcritas a seguir algumas passagens retiradas da jurisprudência em que são mencionados os efeitos da violência sexual nas vítimas. Tais efeitos são tidos como inevitáveis (logo, universalmente presentes) e sempre prejudiciais (não parecendo conceber a possibilidade de que, por exemplo, alguém possa ter recursos psíquicos suficientes para não sofrer danos significativos em seu psiquismo a partir da violência sexual sofrida). A destacar que se reportam, em alguns momentos, a produções acadêmicas; entretanto, estas são de autoria de operadores do Direito e, assim sendo, discorrem sobre questões psicológicas mas não se utilizando de autores da Psicologia.

Uma passagem exemplar é esta: *“A violência sexual doméstica, especificamente a incestuosa, além de causar um enorme desgaste emocional para as vítimas, gera graves consequências físicas e emocionais, a curto e longo prazo (Apelação Cível n. 2014.075634-4, de(a) Chapecó Relatora: Desa. Hildemar Meneguzzi de Carvalho)”*. Desta passagem cabe apontar antes de tudo o tratamento genérico da

violência sexual doméstica. Mas especialmente o uso de expressões leigas (“desgaste emocional”) e imprecisas (“graves consequências físicas e emocionais”) para convencer o leitor de uma compreensão psicológica (profissional, portanto) sobre o assunto. Oriunda do campo da Psicologia, ciência bem constituída, esta compreensão, diga-se de passagem, não se fundamenta em nenhuma produção acadêmica e/ou técnica (laudo, parecer) psicológica como mínima garantia. Para justificar esta a concepção de que a violência sexual é sempre prejudicial, recorrem antes a várias manifestações pelas quais a vítima teria passado a apresentar após sofrer a violência sexual.

Uma delas é a tristeza, como se pressupõe na seguinte redação: *“Onde vivera feliz da tenra idade até o mês de setembro de 2003”* (Apelação Cível n. 2010.017175-7, da Capital Relator: Des. Newton Trisotto). Não há uma explicação do motivo pelo qual se compreendeu que, após a violência sexual sofrida, a criança mostrou-se triste, por exemplo, mediante os supostos indícios de tristeza. Assim, parece que o operador do Direito deduziu, a partir especialmente de seus pré-julgamentos, que a violência sexual teria feito com que a criança passasse a ser alguém triste.

Encontramos assim, nessa jurisprudência, não apenas as concepções de que a violência sexual é inevitavelmente traumática, sendo a tristeza uma manifestação do trauma; revelam também que a tristeza é patológica. Ora, desde 1917, em seu texto magistral sobre a questão, “Luto e melancolia”, Freud faz “desse segundo termo a forma patológica do primeiro” (Roudinesco & Plon, 1998, p.507). No trabalho do luto, haveria um desligamento progressivo, pelo sujeito, do objeto perdido, enquanto na melancolia, uma forma mais severa da depressão, ele se suporia culpado pela morte ocorrida, ao negá-la de alguma forma e se identificar com o objeto perdido. Há uma diferença não desprezível entre luto e depressão, ou, em outros termos, entre tristeza e patologia – e nada justifica haver aqui lugar para digressões que, supostamente científicas, não passam do mais puro senso comum.

Outras manifestações comportamentais são igualmente compreendidas, pelos operadores do Direito, como indicativos de ter sido traumática a violência sexual. Dentre elas, além da tristeza (como dito acima, tomada de maneira indistinta da depressão), suscita de imediato maior discussão a prostituição e a homossexualidade (tidos como “contatos sexuais desviantes”) e o uso de álcool (aqui não compreendido como “droga”).

“... a duração do abuso tem grande relevância. Quanto mais cedo a criança for exposta à violência, maior o risco de que as seqüelas sejam irreversíveis. Como conseqüências da violência, a longo prazo, identifica-se quadros de depressão e tristeza, tentativas de suicídio, contatos sexuais desviantes, do tipo prostituição e homossexualidade, deterioração da auto-estima e da apreciação de si, incapacidade de confiar nas pessoas, o uso de álcool ou drogas, incapacidade de formar vínculo sexual e marital satisfatório e sintomas psicossomáticos e o Transtorno de Estresse Pós-Traumático” (Medicina legal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 207 e 208) (grifo nosso). (Apelação Criminal n. 2009.021371-4, da Capital Relator Designado: Des. Jorge Schaefer Martins)

No trecho acima, há a referência a uma obra acadêmica, na qual o operador do Direito teria fundamentado suas alegações. Porém, o nome do autor não aparece. De qualquer modo, cabe demarcar algumas concepções presentes: 1) a de que o uso de álcool e outras drogas, assim como a tristeza, é do campo do patológico, a ponto de serem apresentados como “sequelas”; 2) a de que álcool não é droga, posto ser dito “álcool ou drogas”; e 3) a de que prostituição e homossexualidade são desvios de “contatos sexuais”.

A propósito de tomar prostituição e homossexualidade como desvios, seria suficiente mencionar não haver atualmente qualquer fundamentação dessas premissas em produções psicológicas, psiquiátricas e psicanalíticas. A Psicanálise considera que o álcool ou qualquer outra substância pode ter o estatuto de droga, posto ser a subjetividade do sujeito em questão – e, então, a função que para ele possui o contato com a dita substância – o que faz com que receba ou não este estatuto. Também por isso nem todo sujeito em contato com determinada substância apresentará sequelas, porque nem todos se tornam toxicômanos. Em uma palavra, o que faria com que alguém fizesse um uso patológico da substância é a subjetividade envolvida, e não a substância em si.

Pelo menos em sua abordagem clássica, a Psiquiatria relata, ainda que indiretamente, quadros de dependência a partir da subjetividade envolvida; e só não o faz mais claramente devido à função social exercida pelo toxicômano: a personificação de rechaços da sociedade. A Psicanálise, por sua vez, compreende explicitamente, vale repetir, os quadros de dependência a partir das subjetividades envolvidas.

A etimologia de “adicto” refere-se ao pacto na antiga Roma entre aquele que, endividado (*addictum*), contrai uma dívida. Dívida

particular, a ser paga com o corpo, em sua condição de escravo, àquele que lhe ofereceu algo cuja falta fora insuportável em determinado momento. Assume-se uma não identidade em nome de haver assumido a identidade de faltante (Kalina & Kovadloff, 1980).

Identidade de faltante é inclusive uma redundância, se levamos em conta ser a identidade uma possibilidade humana, e uma possibilidade tornada realidade desde que se defronte com a condição faltante.

Drogar-se seria um movimento significativamente agressivo consigo próprio porque legitimador da abdicação de ser, de se apropriar de seus afetos e de ter uma autonomia possível na resposta aos mesmos. E isto independentemente do objeto em questão, como explica Bento (1986, p.03):

[...] o substantivo adicção designa inclinação ou apego a alguma coisa. Já o adjetivo adicto define a pessoa francamente propensa à prática de alguma coisa – crença, atividade, trabalho – ou partidária, por exemplo, de determinados princípios. O substantivo associado ao adjetivo sugerem uma relação compulsiva e intensa com alguma coisa. Portanto, remetem ao conceito de dependência, o qual é fundamental na definição de toxicômano.

Já para Silveira Filho (1996, p.01), as noções de *uso* e *abuso* podem ser relacionados a esta definição psicanalítica de dependência. Veja-se explicitamente seu entendimento:

O termo dependência é utilizado para se referir a determinados comportamentos e designar o abuso ou o excesso como origem do problema. Assim, a relação entre sujeito e objeto configura uma patologia, pela sua intensidade ou pela sua preponderância, independentemente das características do objeto. Multiplicam-se as descrições de dependências: à cocaína, ao álcool, aos medicamentos, aos alucinógenos, sem que se esqueça do tabaco, da comida, do açúcar, do chocolate, do café, incluindo ainda comportamentos excessivos os mais diversos: jogo, televisão, esporte, paixão, mesmo o trabalho e o sexo. Tais comportamentos têm em comum a falta de limites e o excesso.

Indo além, as tentativas de classificar quadros de dependência de acordo com o objeto em questão pode ser mesmo uma forma de não

escutar o sujeito, mas o universo social ao qual responde da posição de objeto. É o que se pode concluir a partir de (Silveira Filho, 1996, p.03-04):

[...] caberia aqui uma distinção entre o uso de substâncias que induzem e de produtos que não induzem alterações na percepção da realidade. Os dependentes do álcool e de outras drogas ilícitas buscam esta modificação da percepção da realidade, o que não necessariamente acontece com todas as formas de dependência (por exemplo, café e tabaco). Embora constituem duas categorias de fenômenos bastante distintos e em muitos aspectos pouco comparáveis, ambas configuram uma farmacodependência (...). O mesmo raciocínio pode ser estendido, em diferentes contextos, aos obesos, aos jogadores, aos homossexuais, aos hiperativos sexuais, etc. Em resumo, os desviantes da norma são freqüentemente catalogados, patologizados e marginalizados, através da utilização de conceitos pretensamente científicos

Podemos inclusive supor, alegoricamente, que o dependente trata a si mesmo como droga, porque não se apropria de seus afetos, e dessa maneira representa aquilo do qual a sociedade mais procura desconhecer, como nos explica Freud (1930): a impossibilidade de controle sobre nossos afetos, sendo estes de inúmeras naturezas. Deve-se aqui levar em conta a diferenciação no tempo e no espaço de atribuições de ilegalidade a certas substâncias. A noção de que o dependente trata-se como droga encontra fundamento na noção de Silveira Filho (1996, p.05) pautada na diferenciação entre dependência biológica e dependência:

[...] o que passa a importar não é mais o produto em si, mas as reações do indivíduo aos acontecimentos de sua vida. Em última análise, o que se contrapõe à dependência não é a abstinência, mas, sim, a liberdade. A perda da liberdade do indivíduo constitui a doença. Em um sentido amplo, a cura de um dependente não é obtida ao conseguirmos mantê-lo abstinente, mas sim quando ele for capaz de adquirir a liberdade de escolher o padrão de relação que passará a ter com a droga

Ainda a distinguir a condição de *usuários* ou *dependentes* (de substâncias) a partir do ponto de vista subjetivo e não fisiológico, que no caso da dependência, diferentemente do uso, faria com que o vínculo com a substância não respondesse à busca de prazer, ou desejo, mas à

impossibilidade de prescindir da substância na elaboração psíquica de realidades subjetivas e objetivas.

Na dependência, a substância teria como função evitar o desprazer, sendo tal função o critério de diagnóstico para dependência. “Por mais que a nosografia psiquiátrica insista em categorizar a farmacodependência como uma entidade nosológica autônoma, na clínica não se consegue ir além do reconhecimento da existência de uma conduta toxicomaniaca” (Silveira Filho, 1996, p.08).

Nesta operação psíquica de não suportabilidade de contato com as próprias falhas, e a correlata apropriação maciça do discurso social de não sentir dor, estaria localizado o que define a dependência. Em contrapartida, e de forma paradoxal, acreditar que devemos ser plenos e não sentir dor é o que nos retira a liberdade.

Mas não apenas sobre violência sexual os operadores do Direito se autorizam a estabelecer construções psicológicas sobre os eventos que lhes chegam. Entretanto, neste momento, quer-se focar na liberdade com que eles imputam a todas as vítimas dos atos que, juridicamente, constituem violência sexual a noção de que todas seriam traumatizadas.

4.2 Questionamentos sobre a aproximação entre sofrimento e trauma

A partir da passagem de jurisprudência abaixo, talvez se desenhe uma explicação para tal construção generalizante sobre os efeitos da violência sexual sobre as vítimas, isto é, que tais efeitos sempre são traumáticos. Descortina-se mesmo, como indicativo do efeito traumático de um dado evento, uma variedade de manifestações supostamente apresentadas após a violência sexual. Alguma determinação deve haver no fato de a terminologia utilizada pelo operador do Direito (fundamentada na obra acadêmica citada) ser própria a uma abordagem da psicologia (behaviorismo), cujos princípios de racionalidade e de causalidade são, aliás, condizentes com os próprios pilares do Direito, como explicado no capítulo 3, sobre “sujeito do Direito” e “sujeito da Psicanálise”.

Das formas de incesto que deixam maiores sequelas na estrutura social, é o delito cometido pelo pai contra os filhos que provoca não só as marcas mais severas nas vítimas, mas também as deixam mais desamparadas. O silêncio, o medo e a vergonha acabam impedindo o seu reconhecimento. [...] A violência psicológica a que se sujeita a

vítima é permanente. Ocasiona ansiedade, o que a leva a evitar falar do abuso, pois com isso se esquivava dos estímulos que geram a ansiedade. Ela é pega de surpresa, surgindo o questionamento de quando foi que tudo começou. Com vergonha de contar o que aconteceu, vem o sentimento de culpa de, quem sabe, ter sido conivente. Teme ser acusada de ter seduzido o agressor, ser questionada por que não denunciou antes. [...] Trata-se de uma experiência traumática, em que a vítima se vê sem possibilidade de proteção, presa a uma posição passiva. A cena traumática repete-se como um eco. Talvez o dado que gera maior revolta é o fator surpresa, pois a vítima só toma consciência de estar sendo vítima de um crime depois de ele já se ter consumado. (DIAS, Maria Berenice. Incesto e o mito da família feliz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 160/162). (Apelação Cível n. 2014.075634-4, de(a) Chapecó Relatora: Des. Hildemar Meneguzzi de Carvalho)

A concepção universalizante do Direito sobre os efeitos da violência sexual e seus prejuízos parece ser tão majoritária a ponto de, inclusive, autorizar-se a tecer compreensões diferentes daquelas apresentadas em documento técnico. Pode-se exemplificar com a seguinte passagem que remete a um relatório psicológico: *“O fato de o Relatório Situacional (fls. 50/52 dos autos de origem) ter atestado que a vítima teria conseguido “naturalmente superar seus traumas” não faz desaparecer a gravidade concreta do ato perpetrado pelo requerente – tanto que, no mesmo documento antes referido, consignou-se, de igual forma, que a vítima apresentava dificuldades de comunicação ao falar sobre os fatos, relatando-os timidamente” (Revisão Criminal n. 0158561-94.2014.8.24.0000 Relator: Desembargador Paulo Roberto Sartorato).*

Ao considerar os efeitos da violência sexual como universalmente presentes e prejudiciais o Direito parece igualar banalmente sofrimento e trauma. Mas, conforme a experiência psicanalítica, o trauma possui, como etiologia, uma série de aspectos, sendo o fator externo *atual* apenas um deles (Freud, 1917/1996).

Sabe-se que o percurso histórico-conceitual, realizado pelo pai da Psicanálise desde o nascimento de sua disciplina, da ideia de “trauma” partiu da ideia segundo a qual teria havido um episódio de teor sexual (uma sedução) cujos efeitos sobre o aparelho psíquico teriam sido devastadores, por conta do afluxo excessivo de excitação. A psicanálise nasce justamente das considerações freudianas sobre “trauma”, à concepção de fantasia. Ou, mais profundamente, ao conceito de defesa.

Guimarães (2007), revisitando por sua vez as mudanças do conceito de defesa, lembra que em certo momento a Psicanálise acrescenta uma terceira saída para a compreensão do “trauma”. Se até então se pensava que a defesa dava-se em resposta à pulsão ou em resposta ao trauma, chega-se à possibilidade de que é a inscrição do Outro na subjetividade que traumatiza o sujeito. Logo, é a entrada do sujeito na sexualidade inevitavelmente traumática. Podemos dizer que o trauma instala-se no instante em que o sujeito reconhece que ele não é pleno; e, portanto, passa-se a se indagar sobre sua origem, a diferença sexual e o que preencheria o Outro (questões que, aliás, passam a ser em certa medida o enigma que regerá o desejo).

A partir de então, um evento será traumático quando remete a este primeiro evento de entrada do Outro no psiquismo infantil, inserindo-a no campo da sexualidade. E, mais precisamente, o que seria traumático é a re-atualização da condição de desamparo inerente ao humano. É a esta condição que exige a entrada do desejo do Outro, e não a entrada do Outro em si, que se atribui o estatuto de traumática.

Navegantes (1997) contribui com a discussão psicanalítica a respeito do trauma, inclusive de uma maneira que pode alertar mais diretamente ao operador sobre os efeitos de suas concepções a propósito deste tema. Para a autora, o estatuto de vítima resulta de um processo iatrogênico, mas também de uma legitimação social. Nesta direção, nem todos os sujeitos vítimas de um trauma são uma vítima de trauma. Melhor explicando, nem todos se vitimizam, ainda que haja um discurso sexual não acredite nesta hipótese. Em outros termos, nem todos utilizam sua posição num ato na formulação de sua identidade. “A psicanálise é, *a priori*, a única disciplina capaz de denunciar um lado obscuro para esse estatuto de vítima e a levar em conta suas consequências deletérias. Além disso, ela oferece a possibilidade de evitar àqueles que nos procuram o destino implacável de adotar tal identidade” (Navegantes, 1997, p.80).

Esta autora explica que todos os traumas funcionam pelo mesmo mecanismo metapsicológico, e ressalva que isto não implica comparações ou julgamento sobre sua natureza. Assim sendo, é inviável a leitura do trauma a partir de uma escala de valores, de modo a diferenciá-lo a partir da intensidade da experiência, a violência do ato, a duração. “...qualquer que seja o trauma original, há sempre uma consequência em potencial. O fato de que todo trauma funciona de acordo com os mesmos mecanismos metapsicológicos, possibilita

considerar que em todos os casos o sujeito tem uma saída” (Navegantes, 1997, p.85).

A possibilidade de subjetivação do evento traumático, disponível em certa medida a todos os casos e diferente do esquecimento ou banalização, passaria pela verbalização dos afetos. E isto porque, conforme a autora, pelo menos uma das causas do trauma é a impossibilidade dele ter sido antecipado por um sinal de angústia. Neste sentido, todas os sujeitos submetidos a um trauma podem não se tornar vítimas, ou deixar de sê-lo.

Mais aprofundadamente, a análise da autora sobre a postura do analista pode contribuir para se pensar sobre posturas inadequadas no atendimento das situações de trauma, independente de quem seja o profissional. Ela nos diz que, para além do acolhimento, simpatia, empatia, compaixão, o profissional precisa suportar escutar aquilo que surge de maneira inesperada, e que ultrapassa a moral vigente. Num convite a sair do processo de identificação, do estado de comiseração, o profissional indagaria o sujeito vítima de trauma sobre sua participação naquilo que lhe acontece. Assim, se restabeleceria o sujeito como ator da própria história. Melhor explicando, se convocaria o sujeito a falar de suas questões inconscientes que o fizessem no estatuto de vítima. Para além de sua participação na gênese do ato, questionar-se-ia sobre como investirá naquilo que se sucedeu, de modo a simbolizá-lo ou não. Portanto, o profissional não se bastaria em reconhecer o estatuto de vítima e seu sofrimento, mas buscaria um além do trauma. “...introduziríamos a questão “além da vítima, o que mais você pode ser?” (Navegantes, 1997, p.86).

Especialmente nos casos de violência sexual é importante considerar esta hipótese de que a vítima não se traumatize. Isto porque, supondo o trauma via de regra uma compulsão à repetição, uma das maneiras pelas quais aquele que sofreu violência sexual não se torna um autor desta mesma violência é não representando traumáticamente o que lhe ocorreu. A propósito, sabe-se da frequência com que estes autores foram também, em tempo anterior, vítimas de violência sexual. E, ao lado disto, também se sabe que não são todas as vítimas de violência sexual que se tornam autores desta modalidade de violência. Isto pode se dar, dentre outras coisas, pelo fato de não haverem tomado traumáticamente o fato sofrido.

Rosa (1997), de sua parte, realiza também um alerta que pode nos ser útil para pensar sobre como o operador do Direito trata o conceito de trauma. Porém, para além de seus efeitos (não)terapêuticos junto à

própria vítima (que é o que faz Navegantes, 1997), este autor destaca algo anterior: a impossibilidade de, a partir da narrativa do sujeito, constatar se os fatos se deram conforme o dito. O autor explica que a transformação da verdade singular para a verdade jurídica se dá por meio de uma fusão de horizontes de registros. A decisão judicial encadearia os registros de uma maneira, para o operador do Direito, coerente. Conforme bem nos diz Andrade (2002, p.90-91), "...a verdade processual legal é totalmente distinta da verdade real. A 'verdade' resultante da instrução processual, quase toda embasada na prova testemunhal, ou é falsa ou, no mínimo, insuficiente".

Então, para além de uma narrativa verdadeira, para a vítima, não se pode realizar inferências dedutivas (que só poderiam ser da ordem da paranóia) sobre ela. Podemos, acompanhando Rosa (1997), então, deduzir que também não é possível ao operador do Direito imputar à vivência em questão um teor traumático, porque sequer pode acessar ao que de fato ocorreu. O próprio autor parece caminhar nesta direção, quando explica que o sentido atribuído ao evento depende de um processo no tempo e no espaço. Desta forma, se para o próprio sujeito que sofreu a vivência é impossível saber de seus efeitos eventualmente traumáticos porque os mesmos podem se dar com o tempo, ao operador do Direito é ainda mais inviável dizer de um efeito traumático, vivenciado pelo outro (a vítima), em um tempo pretérito (ao tempo da ação) e em seu nome. Conforme Rosa (1997), a leitura do trauma não é objetiva, inclusive pelos operadores do Direito. Seria honesto reconhecer este limite.

4.3 Das diferenças entre agressão e violência

A partir deste questionamento da concepção linear sobre trauma (de que ele seria uma resposta mecânica a um evento externo, e de que a determinados eventos sempre se responderia com um trauma), podemos prosseguir numa diferenciação entre violência e agressão. Isto porque esta distinção se pauta nos efeitos sobre a subjetividade da vítima, e não nas características do evento externo. Assim, um ato seria ou não violento dependendo da resposta a ele apresentado pela vítima, que, dentre elas, poderia representá-lo como agressão e não como violência.

Se tal discussão está explícita na distinção psicanalítica entre agressão e violência, ao se abordar especificamente os atos tidos como de violência sexual, não encontramos na pesquisa bibliográfica realizada até o momento uma reflexão aprofundada sobre a possibilidade, ainda

que jurídica e comportamentalmente caracterizada, de a vítima desses casos não representar psicologicamente tal evento como violência, mas como agressão.

A obra de Felipe e Phillippi (1998), que trata diretamente do estupro, de qualquer modo, destaca a distinção tão cara à Psicanálise entre realidade “objetiva” e “subjetiva”, bem como a compreensão de que esta última é a única realidade a ser considerada (“realidade psíquica”, em Freud). Esta já é uma discussão relacionada à diferença entre violência e agressão. Entretanto, a distinção entre violência e agressão realizada pelas autoras já é bastante clara: o ato agressivo suspende definitivamente os contornos da identidade, retira do sujeito a condição de significação, impedindo-o, portanto, de se manter em construção. De outro lado, o ato violento anularia a possibilidade de uso da força por parte da vítima, o que a permitiria se garantir íntegra.

A diferença entre agressão e violência também se apresenta na modalidade de relação entre os envolvidos, em cada um dos casos. Na violência haveria a supressão de um dos atores como sujeito – por meio da agressão ao ponto mais frágil do outro – e, ao seu lado, a supremacia de um sujeito absoluto, instituidor do sentido existencial do violentado. Já na agressão, ambos os sujeitos, para se afirmarem em sua identidade, experimentariam e atestariam os fundamentos dessa mesma identidade. Além disso, o autor do ato violento visa a forçar o outro a eliminar de forma definitiva os suportes da identidade como sujeito de relações estéticas, religiosas, econômicas, éticas, políticas e eróticas. Neste sentido, haveria a aniquilação dos movimentos de liberdade, autonomia e, portanto, do desejo.

Outro autor que contribui para se diferenciar agressão e violência é Andrade (2007, p.06). Para ele, agressão é qualquer ação ou omissão, aqui funcionando contra o outro, para causar algum dano. Violência seria, por sua vez, o conjunto formado pelo meio utilizado e suas consequências, “permeadas pelos fatores psíquicos envolvidos”. De qualquer modo, ainda conforme o autor, haveria outras possibilidades de diferenciar ambos os conceitos. Por exemplo, entendendo a agressão como sendo de ordem natural, instintiva, e a violência como de ordem cultural, referindo-se ao emprego da agressão com fim de aniquilação.

Na continuidade de sua discussão, chega a apontar para as possibilidades de se utilizar o componente do consentimento ou não da vítima na caracterização da violência. Para o que cabe no momento, é suficiente seu alerta de que “o que incomoda a humanidade, ou parte dela, não é este tipo de violência permitida ou até desejada, mas a outra,

a praticada com desejo destrutivo e sem o consentimento da vítima” (Andrade, 2007, p.09). Muito fiel aos preceitos psicanalíticos é o autor ao afirmar que não desconsidera os casos em que há consentimento da vítima, ainda que em sua obra ater-se-á aos casos em que não o há.

4.3.1 Sobre abuso e “desposseção” em casos de violência sexual

Um estudo sobre o estatuto do desejo da vítima de violência sexual seria enriquecedor ao debate psicanalítico, porque ressaltaria o conceito de inconsciente precisamente tocando numa temática envolta por tabus (especialmente em relação a crianças e adolescentes). Assim, perceber-se-ia que para além do consentimento ou não com o ato, o que estaria em questão seria a representação ou não pela vítima de que o ato é de ordem violenta. E, inclusive, seu posicionamento inconsciente em relação à violência.

Rosa (1997) caminha na mesma direção, precisamente ao discorrer de violência sexual contra crianças. Ele aponta que o entendimento por parte dos operadores do Direito de que a vítima é irresponsável tem por função transformar a criança em um objeto; melhor dizendo, um instrumento em nome do bem. Desconsiderando-a como sujeito de desejo, ainda que supostamente para garantir seus direitos, promulgar-se-ia a concepção ideológica de que a criança é imaculada e pura. E os operadores do Direito manter-se-iam alienados da economia libidinal.

Poder-se-ia continuar esta importante e (ainda) revolucionária discussão. No entanto, neste momento é pertinente apenas lembrar que, para a Psicanálise, a responsabilidade é de ordem eminentemente inconsciente, e que responsabilizar não é culpabilizar. E situar que, assim como Andrade (2007) em sua obra, esta tese restringe-se a discorrer sobre a situação de não consentimento da vítima. E isto porque, por incrível que pareça, demarcar que o principal norteador das condutas profissionais dos operadores do Direito é sua subjetividade, já é (ainda hoje) suficientemente revolucionário. Conforme mesmo permite Rosa (1997), apontar que o saber técnico possui um papel ético.

Podemos então dar continuidade à discussão sobre a distinção entre agressão e violência a partir da Psicanálise, para então aplicá-la mais diretamente aos atos lidos como violência sexual, cujas vítimas não consentiram com a violência. Conforme Montagna (n.d., p.104), a violência seria “uma manifestação do impulso de morte em sua parcela

de desfusão, não vinculada ao impulso de vida. É sua parcela livre [...]. *Strictu sensu*, trata-se de uma perversão da agressividade humana”.

A notar que a distinção entre violência e agressão não está sendo feita a partir da fenomenologia do ato, mas da operação psíquica da vítima. “É porque o *sujeito violentado* (ou o observador externo à situação) percebe no *sujeito violentador* o *desejo de destruição* (desejo de morte, desejo de fazer sofrer) que *a ação agressiva ganha o significado de ação violenta*” (Costa, 1986, p.30). Define o sujeito violentado como aquele “que sabe ou virá a saber, sente ou virá a sentir, que foi submetido a uma coerção e a um desprazer absolutamente desnecessários ao crescimento, desenvolvimento e manutenção de seu bem-estar, enquanto ser psíquico” (Costa, 1986, p.96).

Partilhando da ideia de que um ato não é violento em si, mas que se constitui como tal a partir de suas representações, que são sempre de cada um, podemos conceber “violência” a partir de suas incidências sobre a sexualidade da vítima: a ação traumática passa a ter o estatuto de violência quando o psiquismo que a sofre é conduzido à desestruturação completa ou a mecanismos de defesa análogos à economia da dor. Neste sentido, o sujeito estaria impossibilitado de obter prazer, ou só poderia buscá-lo como defesa contra o medo da morte. Portanto, o estímulo que origina a violência não é de ordem sexual, assim como a sexualidade que emerge no sujeito violentado – tal sexualidade seria sempre narcísica, posto que defensiva.

Ora, se o autor discorre, em sua conceituação do que venha a ser “violência”, a propósito dos efeitos da violência sobre a sexualidade, ele não chega a propor, pelo menos não explicitamente, que se pense na distinção entre violência sexual e agressão sexual. De qualquer modo, cabe aqui a sua análise sobre violência sexual, especificamente sua compreensão de que a sexualidade é apenas o meio, já que sua fonte seria um desejo de morte (e não sexual) do violentador. Em casos de estupro, curras, sadismo sexual ou manipulação perversa de criança por adultos, o risco para a vítima é o da desagregação do núcleo da identidade egóica. É uma angústia da morte, e não a de castração, como quando está em risco a identidade sexual. A identidade sexual só correria perigo nos traumatismos sexuais não violentos, quando seria objeto de disputas, desejos e recalques.

O que se pode perguntar é como saber do estatuto do desejo do violentador se não escutá-lo, mas apenas vê-lo (através de seu ato)? Da mesma maneira, como dizer algo sobre os efeitos do ato junto à vítima se ela não for ouvida, mas apenas olhada? Continuando aprisionado ao

imaginário, sem se dispor a contatar o simbólico, que nos exige abdicar de concepções generalizantes e comportamentais?

Costa (1986) possibilita-nos ainda pensar a este respeito ao tocar, inclusive, naquilo que parece ser o maior alvo de tabu mesmo mais de um século depois de a apresentação dos pontos de vista da Psicanálise provocar resistência e escândalo, tocamos aqui no que parece ser o maior alvo de tabu: a sexualidade da criança. Por que seria necessário fazer a distinção, como Costa (1986), na esteira de Freud, entre a estimulação violenta e a não violenta da sexualidade infantil por um adulto. No segundo caso, ainda que a sexualidade sustente o desejo do objeto-fonte da estimulação, ela não existe para aquele que sofre a ação da excitação. E mais, a criança que a sofre não perde a condição de reconhecer posteriormente o índice libidinal do estímulo traumático. Pode-se pensar que o autor propõe que, no caso da estimulação não violenta da sexualidade, há possibilidade de elaboração do trauma dela decorrente.

Uma possível explicação pode ser lida em Cromberg (2002), para quem, sem precisar questionar que toda menina tem em relação ao pai fantasias de seduzir e de ser seduzida, haveria uma importante distinção a fazer entre fantasia e ato, levando ainda conta em conta (o que tem importância para o nosso debate em questão) os tipos de resposta do pai. Essas respostas vão desde uma expressão de carinho ou ternura até o contato físico que, independente de sua fenomenologia (podendo, por exemplo, incluir ou não penetração), são cometidos por alguém que não conhece ou admite os limites impostos pela cultura à manifestação física do amor paterno.

A autora denomina esta primeira manifestação de amor paterno de efetivamente “gesto de pai”, e a segunda de “gesto de homem”. Ainda que o erotismo regesse ambas as modalidades de amor, parece que o que está em questão é a função exercida pelo homem naquele gesto (a de pai ou a de homem), e, por correlato, o lugar ao qual toma a filha (filha ou mulher).

Apoiando-se no artigo seminal de Ferenczi, “Confusão de Línguas entre os Adultos e as Crianças”, de 1930, Cromberg (2002) afirma que o caráter inerentemente violento do incesto infantil está na intrusão tanto do real do corpo adulto, quanto de significados sexuais adultos, no corpo e mente da criança. Esta dupla intrusão funcionaria como um trauma, habitualmente tendo como resposta defensiva por parte da criança a identificação com o agressor. Assim reagindo, ela conserva a ternura e o amor pelo adulto, mas ao preço da introjeção da

figura do agressor, identificando-se com ele. Esta identificação é especialmente manifesta no sentimento de culpa que as vítimas destes casos desenvolvem, que resultam no mecanismo pelo qual sentem algo que o adulto não pôde sentir (culpa). O resultado desta defesa é ao mesmo tempo um medo intenso do adulto e uma submissão absoluta à sua vontade. Aqui o medo não leva à evitação, mas à subjugação. A ideia ferenciziana é de que a criança procura se apropriar do desejo do agressor, adivinhando-o e o atendendo.

Navegantes (1997) percorre o mesmo caminho de delimitar alguma diferenciação entre as modalidades de violência sexual contra crianças e adolescentes quando não esta é de ordem incestuosa e quando o é. No último caso, o laço de filiação não seria negado, mas supervalorizado. O fato de ser filho/filha, ou parente de outra maneira do autor, é que seria desconsiderado com o incesto. A linearidade do desenvolvimento seria prejudicada, tendo por efeito um corte no processo de desenvolvimento, e haveria o rompimento da ordem genealógica no sistema simbólico de transmissão e da diferença entre os sexos. Dessa maneira, a criança/adolescente não se localizaria na cadeia de laços, obstaculizando os vínculos consigo e com o outro³².

³²Andrade (2007) apresenta uma análise fundamental, sobre os aspectos culturais, vínculos sociais e imaginários sociais envolvidos na diferença entre as legislações a respeito do incesto. O autor articula o paradoxo de uma sociedade altamente influenciada pelo catolicismo como a nossa não criminalizar o incesto a partir da noção freudiana de que só se proíbe aquilo que se deseja. Assim, em nossa sociedade seria tão inconcebível o questionamento deste tabu primário básico. O autor reafirma sua concepção de que a Ciência Jurídica não apenas é insuficiente epistemologicamente para analisar as diferenças legislativas, mas também o é para a compreensão do descumprimento de normas prescritivas externas e para o encontro das soluções dos conflitos.

Assim procedendo, o autor corrobora o diálogo entre Psicanálise e Direito, e ainda mais: corrobora a já mencionada e posteriormente debatida suposta auto-suficiência do operador do Direito. Isto porque sinaliza a insuficiência da dogmática, enquanto saída última do Direito na tentativa de dar conta das relações entre o sujeito, sociedade e a lei. A dogmática, segundo ele, incorreria na mesma falha ao se manter restrita ao saber jurídico; no caso, de um de seus autores. Com ela, se proporia a inclusive apagar a história, que é inegável em qualquer escrito. A autoridade do autor seria a resposta a todas as dúvidas.

A mesma autora também diferencia os efeitos sofridos por vítimas de violência sexual a partir de sua idade. Explica que o pré-púbere em fase de latência, e especialmente aqueles ainda menores, desconhecem a genitalidade. Assim, a irrupção do sexual do adulto promove um trauma particular. Não há referência que lhe permita atribuir sentido ao que se deu. Este impensável a levaria à submissão, passividade, estupor.

Contudo, o fundamental no momento é voltar a indagar: como saber da representação, sempre *a posteriori*, do ato sexual se a vítima deste ato sexual (incestuoso ou não, sendo a vítima de qualquer idade) não for escutada de forma digna, correta, respeitosa e profissional, sem se restringir à análise da cena do ato e ao seu tempo presente? Esta é uma indagação que não é só pertinente em casos de violência sexual contra crianças, mas é fundamental também em outras situações em que estes sujeitos são vítimas. Pelo menos é o que se depreende das contribuições de Safatle (2017), que começa seu artigo nos alertando:

Há algo de sintomático no uso estratégico do tema da “proteção da infância” no interior do embate político brasileiro recente. Não foram poucas as ações feitas tendo vista a pretensa necessidade de proteger as crianças da sexualidade presente na vida social.

De onde se seguem mobilizações de toda natureza visando preservar a infância, como se os contatos com a sexualidade fossem imediatamente convites ao abuso, à redução do outro à condição de mero objeto. Como se a sexualidade fosse irremediavelmente ligada à violência e a formas de desrespeito social.

A sexualidade é constitutiva do humano; daí ela estar presente desde a infância, e inclusive fazer parte do próprio processo de desenvolvimento:

[...] a transformação da infância em um espaço livre da sexualidade é simplesmente impossível e profundamente indesejável.

As sociedades disciplinam desejos, definem padrões sexuais de conduta desde a mais tenra idade. Basta nascer para estar exposto à sexualidade do outro, às suas fantasias e narrativas. A voz da mãe, o olhar do pai, o toque dos irmãos [sic] já estão carregados de sexualidade.

Mas não estamos expostos apenas ao outro mais próximo, como os membros da família. Estamos expostos também ao Outro como sistema social de normas. Normas sociais, instituições das mais

variadas formas, como igreja, escola, família, empresa, fábrica, campo: todas lidam com a tentativa de disciplinar o que há de mais indeterminado e móvel em nós, a saber, nosso vínculo afetivo e corporal com outros.

Esse sempre foi o real problema com a dimensão do sexual: ela não tem forma clara, não tem limites definidos, colocando-nos sempre diante de algo que parece forçar nossas identidades em outras direções (Safatle, 2017)

Perceba-se como o autor utiliza conceitos próprios da Psicanálise. E isto por si só parece fundamental, de modo a se salientar que a sexualidade infantil não é uma concepção unicamente freudiana. Talvez tenha sequer iniciado com ele, mas mesmo que este conceito tenha surgido com a Psicanálise, o fato de haver alcançado outros campos do saber (no caso, a Filosofia) já é, em si, ilustrativo de como é um argumento restrito a um único campo de saber.

O autor alerta para o que subsidia uma pretensa “proteção” realizada por alguns da sexualidade infantil. Haveria um impedimento de que estes sujeitos desenvolvam as condições para lidar e responder à complexidade própria das experiências sexuais, por meio de determinações genéricas de como deve ser a sexualidade, e como se deve vivê-la. Haveria a construção de uma hegemonia, que inclusive teria provocado neuroses e sofrimentos. E, por fim, tocando mais diretamente no tema desta tese, ele chega a afirmar:

O tema do abuso é, ao menos neste contexto, apenas um pretexto para tentar defender-se contra a circulação da sexualidade.

Não se trata de ignorar o número brutal de abusos sexuais contra menores, assim como a necessidade de lutar contra eles, mas simplesmente de lembrar que não se combate abusos e violências retirando a sexualidade da esfera pública e social (Safatle, 2017)

Abusos e violência não são a mesma coisa que a afirmação da sexualidade, bem como desejo e posse. Além disto, discerne desejo e brutalidade. Em relação a não se tomar como semelhantes o desejo e brutalidade, Safatle (2017) hipotetiza que isto seja o que precisa principalmente ser feito em uma sociedade como a nossa, que entende esta distinção como contra intuitiva. Finalmente, o mesmo autor diz que:

Essa distinção é importante para levar pessoas a se colocarem mais claramente contra a violência coercitiva.

[...] combate-se o abuso levando pessoas a conseguirem lidar com a despossessão e a desapropriação de si que as relações sexuais muitas vezes provocam, ou seja, levando-as a não compreenderem toda despossessão como um abuso.

Sempre haverá uma dimensão desreguladora e confusa nas relações de desejo e melhor seria se estivéssemos conscientes disso. Como dizia Freud, melhor ensinar às crianças não nossos pretensos ideais, mas os caracteres contraditórios e complexos da experiência social, permitindo-as desenvolver modalidades singulares de formas de ação e respostas a tais complexidades.

Nesse sentido, seria melhor uma sociedade na qual as crianças não estão “protegidas”, mas onde elas têm a possibilidade de desenvolver capacidades singulares para lidar com o que, verdade seja dita, ninguém sabe como lidar, já que não somos nós que lidamos com a sexualidade. Talvez seja melhor dizer: é a sexualidade que lida conosco, e muitas vezes sem que nós sequer saibamos

Tais argumentos podem nos auxiliar a pensar não ser benéfico tratar toda vítima de um ato de violência sexual como tendo sofrido um abuso, ainda que ela tenha sofrido uma despossessão. Tomar genericamente esses casos, pressupondo que todas as vítimas vivenciam psiquicamente como um abuso aquilo que pode ter uma representação psíquica de despossessão, pode inclusive dificultar para a vítima desenvolver autonomia com respostas menos destrutivas a eventos da ordem da sexualidade. Algo que, conforme bem lembrado, não é tarefa fácil nem nunca encerrada, até porque ninguém tem o pleno livre-arbítrio que permitiria dar conta disto que escapa à racionalidade.

Costa (1986) permite continuar a proposta de ser fundamental a escuta singular da vítima de um ato entendido juridicamente como violência sexual de outra maneira. Se Satafle (2017) diferencia despossessão e abuso, e toma como aparentes sinônimos abuso e violência (pelo menos para os limites do que se propôs em seu escrito), este autor distingue agressão e violência. No momento em que se refere aos mecanismos de defesa de vítimas de violência – mediante os quais esta poderia ser diferenciada de outros traumatismos, frustrações, coerções ou desprazeres –, ele distingue o trauma que pode ser manejado pelos mecanismos do prazer-desprazer daquele que só pode ser tomado pelo mecanismo da dor a partir do seu antípoda, a alucinação positiva do objeto de desejo. Neste caso, ainda que o eu procure

alucinar, projetar, introjetar e realizar outras operações egóicas com o objeto traumático, só o faz por precisar imobilizá-lo. Com a lembrança deste objeto violentador, não se visa a obter prazer, mas apenas neutralizar seu poder de destruição.

A vítima de um ato sexual, mesmo se portadora de sofrimento, poderia nos dizer que não foi violentada? Que poderia (felizmente, em termos psíquicos) ter sido agredida? Caso tal hipótese seja concebida, podemos rever a concepção de que todo ato fenomenologicamente compreendido como violência traz uma devastação psíquica. E isto pode talvez contribuir para que nos aproximemos da singularidade dos casos, e não nos pautemos primordialmente em concepções universais. No caso da violência sexual, uma destes entendimentos universais é o de que toda vítima de atos juridicamente compreendidos como violência sexual apresentarão traumas. Cabe lembrar, ainda, que para nos dispor a nos guiar por esta hipótese de que a singularidade humana também se apresenta nos efeitos que os atos têm sobre as subjetividades é necessário que a vítima seja escutada em suas lembranças. É necessário, em outros termos, que ela seja o personagem principal e não aquele que analisa (juridicamente, por exemplo) o que ocorreu a ela.

No entendimento de Cromberg (2002), violência sexual é um uso (ou ameaça de fazê-lo) do corpo (que pode incluir ou não o coito) de alguém que não consente conscientemente com o ato. No caso da pesquisa por ela realizada, em cujos casos a maioria dos autores era pais e padrastos, o sofrimento psíquico da violência dizia respeito a um trauma decorrente não apenas do ato sexual violento, mas da relação entre este ato e as fantasias sexuais inconscientes.

Duas considerações de ordem teórica então se impõem: 1) Havendo uma espécie de “consentimento inconsciente”, a violência sexual não poderia ser representada como agressão, e não necessariamente nem mesmo como violência³³. 2) Se a violência sexual é cometida por não familiar (pode ser alguém consanguínea ou legalmente entendido como familiar, mas que o sujeito não representa psiquicamente como familiar), não haveria maiores possibilidades de que essa violência fosse representada de forma não violenta, já que não iria de encontro a possíveis conflitos já existentes no psiquismo da vítima, alguns inclusive por serem próprios ao próprio desenvolvimento psicosssexual.

³³Evidentemente que para caminhar nesta hipótese devemos lembrar que o desejo humano pode trilhar caminhos que trazem desprazer ao sujeito.

Conforme o ponto de vista da Psicanálise, mesmo nos casos em que o ato será representado como violento, seja porque o autor é familiar e/ou porque o desejo inconsciente não possibilitou uma representação não traumática do evento, isto só se dará *après-coup*. Logo, os operadores do Direito não necessariamente se deparariam com manifestações traumáticas no momento em que escutam vítimas de violência sexual. Em troca, talvez possam mesmo contribuir para que o evento tenha um estatuto traumático, no caso de em seu discurso a vítima só encontrar o lugar de “violentada”, numa redução de sua identidade e num convite de aprisionamento ao passado.

Essa discussão sobre os efeitos de determinado contato que o outro teve com nosso corpo parece ser mais bem encaminhada se partimos de algumas considerações históricas, políticas e econômicas sobre uma determinada concepção de corpo. E diz respeito à liberdade outorgada ou não ao sujeito de fazer o que deseja com o seu próprio corpo, incluindo fazer (inconscientemente) o que uma determinada concepção ocidental contemporânea entende como o mal: lesar o corpo, ou deixá-lo ser tomado, ou simplesmente não se traumatizar quando sofre o mal.

Num outro viés analítico, Costa (1986) observa uma mudança cultural nas representações imaginárias sobre o corpo e o sexo, que passaram a ser exaltados. A liberdade e autonomia no uso do corpo e sexo, bem como o prazer e bem-estar daí decorrentes, legitimariam as virtudes do capitalismo. Haveria um mito de democracia, que, de fato, estaria a serviço da competitividade e individualismo. Logo, o que motiva a ideia de que a igualdade estaria dada no direito do homem de usufruir do corpo e do sexo de forma ilimitada seriam interesses político-econômicos do capitalismo tardio: manutenção dos valores e hierarquia de classes, em uma sociedade urbanizada, industrializada e massificada pelos meios de comunicação. O “narcisismo moderno” seria um narcisismo defensivo, no qual o corpo ter-se-ia tornado foco de sofrimento e ameaça de morte pela ação violenta, e alvo pleno de investimento do sujeito.

Esta apologia à integridade (aspepsia, inviolabilidade, pureza do corpo) como criação liberal não deixa de ter, evidentemente, seus interesses políticos. Elevar o corpo ao estatuto de bem supremo do sujeito, ao estatuto de espaço de autonomia e independência, teve, como efeito, seu recolhimento como agente social. Neste sentido, Felipe e Phillippi (1998) explicam que, nas culturas ocidentais liberais, os sujeitos reconhecem primordialmente no corpo seu estatuto de pessoa

humana. O corpo seria tratado de maneira sacralizada, de modo a tornar inviolável o que de mais íntimo e representativo haveria de si. A agressão ao corpo seria assim o maior desrespeito que alguém poderia sofrer.

O interdito em questão seria assim o interdito de sofrer a partir do desejo que habita o próprio corpo. Uma concepção, portanto, segundo a qual o desejo que habita nosso corpo deveria sempre levar ao prazer. Uma concepção de que não se poderia inscrever o mal sofrido em seu desejo.

Sofrer, nesta ideologia, significa *privar-se de um prazer que está sempre no corpo do outro e jamais no corpo próprio*. O outro [...] não é nenhum agente empírico, indivíduo concreto, palpável ou encontrável. O outro é uma abstração reificada do corpo inventado pela sociedade de consumo (Costa, 1986, p.180)

Para compreender este mecanismo egóico de vitimização do próprio corpo, ou mais claramente, de uma posição que se desresponsabiliza pelo desejo que habita seu corpo (que pode ser o desejo por seu mal), Costa (1986) supõe que, para não se confrontar com o fato de o corpo ser fonte de sofrimento ou ameaça de morte, o eu responsabiliza-se (chegando inclusive a se acusar) pela ameaça sofrida. Foi ele, o eu, que não cuidou bem do corpo, dele exigindo demais. Algo como “não fui digno da morada neste corpo”.

Não é de se impressionar que sempre seja negado um desejo por sofrer algo que juridicamente é caracterizado como violência sexual, e que o ato sofrido seja imputado unicamente ao autor; e sempre interpretado como violência, quando, em verdade, a maior condenação ainda recai sobre o sujeito que sofreu. “Como ousas seu corpo desejar o próprio mal?”. “Como ousas pensar que, apesar de haver sofrido um mal, este pode ser um bom corpo?”.

Caso o sujeito demonstre claramente o que há de desejo em sua condição de vítima de suposta violência sexual (que pode se dar, por exemplo, pela recusa da criminalização do ato, melhor dizendo, pela elaboração do ato por outra via), habitualmente isso é entendido como imoralidade ou patologia. O que não raramente, dependendo da faixa etária e outras características da vítima e do autor, reflete na análise da conduta do segundo, atenuando-a, ou até mesmo na compreensão de que não houve fato típico.

A obra coletiva organizada por Rudge (2006), auxilia-nos, por sua vez, a retomar a problematização da noção de trauma, que, como se viu a partir da diferenciação entre agressividade e violência, destaca, antes de tudo, a importância de se escutar como o sujeito vivenciou psicicamente o fato em questão. É a partir de sua resposta que se pode atribuir o estatuto de violência ou agressividade a um evento externo.

Cabe antes demarcar, entretanto, o questionamento que os autores fazem dos conceitos de *linearidade* e de *causalidade*, revelada não apenas na maneira como compreendem o evento (trauma), mas já na preocupação em contextualizar, historicamente, os traumas a que o ser humano contemporâneo estaria submetido. Assim, recusam uma postura saudosista e idealista, ao discorrerem sobre as diversas modalidades traumáticas de existência às quais estivemos submetidos em diversos momentos. Associado a isto, e sem banalizar a noção, assumem uma postura não naturalista mas contextualizada do trauma, ressaltando as particularidades de como ele se deu em diversos momentos da história.

Para uma proposta de pesquisa cuja pretensão é abordar um discurso, o jurídico, que pretende transcender as subjetividades, ainda outra contribuição: a necessidade de não se pensar o sujeito como interiorizado. Mendlowicz (2006), por exemplo, cita as respostas estatais ao que denomina “crime” como sendo potenciais desencadeadores de traumas, tanto nos sujeitos que as sofrem diretamente (os “criminosos”), como naqueles cujo sofrimento advém do fato de serem retratados pelo Estado como as potenciais vítimas de violências cometidas pelo outro.

4.4 Sobre consciência da intencionalidade e plenitude do livre-arbítrio

Apontou-se acima a importância de se considerar as singulares maneiras com que um sujeito responde a um ato juridicamente tido como violência sexual (podendo tomá-lo como agressão ou violência e, apenas no segundo caso, responder a ele como trauma). E se chegou a dizer que o que pode ser traumático é justamente a imposição de uma representação estatal (a de que “toda vítima de violência sexual é traumatizada”, por exemplo). Talvez contribua para o Direito elaborar o ato sofrido quando sua subjetividade é reduzida a sua participação num fato jurídico. Da mesma forma, pode ser traumático ao autor de violência sexual a imposição de uma representação de que ele nada mais é que um autor de violência sexual.

Neste momento, pode-se pensar sobre a subjetividade do autor do crime, começando pela noção de “intencionalidade” a ele atribuída de um ato que, jurídica e comportamentalmente, é compreendido como violência sexual. Parecem guardar íntimas relações as formas de se tomar a vítima e o autor, a ponto de se pensar que o conceito de “intencionalidade” é tratado pelos operadores do Direito lado a lado com uma suposta completa impotência (porque sempre privado de condições para não se traumatizar) do sujeito vitimizado perante o que lhe ocorreu. Esta intencionalidade é compreendida como da ordem do pleno livre-arbítrio, sem considerar o conceito freudiano de inconsciente, que inclui as pulsões³⁴ e os desejos³⁵.

³⁴É pertinente definirmos pulsão, conceito psicanalítico fundamental e estruturalmente diferente do que seja instinto ou necessidade. É a “energia fundamental do sujeito, força necessária ao seu funcionamento, exercida em sua maior profundidade” (Chemama, 1995). Para Laplanche e Pontalis (1998, p.394), é um “Processo dinâmico que consiste numa pressão ou força (carga energética, fator de motricidade) que faz o organismo tender para um objetivo. Segundo Freud, uma pulsão tem a sua fonte numa excitação corporal (estado de tensão); o seu objetivo ou meta é suprimir o estado de tensão que reina na fonte pulsional; é no objeto ou graças a ele que a pulsão pode atingir a sua meta”. Já Zimerman (2001) recorda-nos de mais algumas características das pulsões: o deslocamento de uma zona corporal a outra, o intercâmbio entre as pulsões, a compulsão à repetição e as transformações das pulsões. Além disto, este autor realiza um percurso histórico na obra freudiana, apontando que se num primeiro momento diferenciava-se pulsões do ego (ou de autopreservação, autoconservação) e pulsões sexuais (libido), posteriormente integra-se estas duas numa só, que é denominada de pulsão de vida, e se integra à dualidade pulsional a pulsão de morte.

³⁵Não se pode deixar de definir o conceito de desejo, tão importante nesta tese e também na Psicanálise, especialmente porque se ele não for bem compreendido pode contribuir para leituras inadequadas de diversas discussões realizadas neste trabalho que se baseiam na concepção de desejo inconsciente, tanto do autor quanto da vítima de violência sexual. Conforme Laplanche e Pontalis (1998, p.113), na concepção dinâmica freudiana, é “um dos pólos do conflito defensivo. O desejo inconsciente tende a realizar-se restabelecendo, segundo as leis do processo primário, os sinais ligados às primeiras vivências de satisfação. A psicanálise mostrou, no modelo do sonho, como o desejo se encontra nos sintomas sob a forma de compromisso”.

Neste sentido, torna-se mais complexa a própria definição de ato violento, proposta por Felipe e Phillippi (1998, p.43) como sendo de um *“ato que aniquila ou elimina uma vida, um corpo, um interesse, uma vontade específica, quando poderia não ter sido praticado”*. E, na seqüência, quando dizem, em sua definição de ação violenta, que *“a mesma vontade poderosa para executar com êxito o ato pernicioso pode ser empregada para evitá-lo, pois se é capaz de submeter uma vontade*

Roudinesco e Plon (1998, p.147) explicam que em Freud o desejo é, antes de tudo, desejo inconsciente. Ele tenderia a se consumir e, em alguns casos, a se realizar. *“...o desejo é desejo inconsciente e realização de desejo”*. Zimerman (2001), por sua vez, explica-nos que Freud sempre ligou desejo às pulsões libidinais, reprimidas no inconsciente esperando alguma maneira de gratificação. O desejo seria uma impressão mnêmica de alguma necessidade primitiva que foi gratificada de modo prazeroso. Já a partir de Lacan, explica o mesmo autor, diferenciou-se claramente o desejo da necessidade e da demanda. Ainda assim, já em Freud distinguia a necessidade (que encontra satisfação em objetos) e o desejo (que busca satisfação em trações mnêmicos). *“Realiza-se na reprodução, simultaneamente inconsciente e alucinatória, das percepções transformadas em ‘signos’ da satisfação. Esses signos, segundo Freud, têm sempre um caráter sexual, uma vez que o desejo sempre tem como móbil a sexualidade”* (Roudinesco e Plon, 1998, p.147).

O que Lacan introduz de fato é a noção de demanda, que se endereça a outro e supostamente incide sobre um objeto. Supostamente porque de fato a demanda é sempre demanda de amor. O desejo surgiria justamente da distancia entre necessidade e demanda, já que a última nunca é satisfeita. O desejo *“incide sobre uma fantasia, isto é, sobre um outro imaginário. Portanto, é desejo do desejo do outro, na medida em que busca ser reconhecido em caráter absoluto por ele, ao preço de uma luta de morte”* (Roudinesco e Plon, 1998, p.147).

Também a partir de Lacan, o desejo passou a ser uma conseqüência das faltas e falhas. Numa leitura lacaniana, pode-se definir desejo como: *“Falta inscrita na palavra e efeito da marca do significante sobre o ser falante. Em um sujeito, o lugar de onde vem sua mensagem lingüística é chamado de Outro, parental ou social. Ora, o desejo do sujeito falante é o desejo do Outro. Se se constitui a partir dele, é uma falta articulada na palavra e é a linguagem que o sujeito não poderia ignorar, sem prejuízos. Como tal, é a margem que separa, devido à linguagem, o sujeito de um objeto supostamente perdido. Esse objeto a é a causa do desejo e o suporte do fantasma do sujeito”* (Chemama, 1995, p.42).

alheia, é forte o suficiente para se submeter a si própria” (Felipe & Phillippi, 1998, p.44).

Montagna (n.d.) é por sua vez também um autor que destaca o possível envolvimento do aspecto inconsciente do violentador na ação violenta. A violência se caracterizaria por uma destruição ou dano a si e/ou ao outro, movida por uma destrutividade desejada, o que ele denomina de “intencionalidade consciente”, mas que ressalva poder ser de ordem inconsciente.

Costa (1986) também compartilha desse entendimento, e o faz justamente ao atribuir um estatuto humano à violência, inviabilizando a ideia de uma violência animal. A violência motivada por um desejo faz com que seu objeto não seja fixo, biologicamente pré-determinado, como no caso de um instinto ou de uma necessidade. Sua definição de violência é o emprego da agressividade suportada por um desejo destrutivo. Tal desejo poderia ser voluntário, racional, deliberado, consciente, mas também involuntário, irracional, inconsciente.

Esta discussão sobre o estatuto consciente ou inconsciente da violência leva-nos, inevitavelmente, à noção de livre-arbítrio. Parece haver, no caso da violência sexual, uma tendência por parte do Direito em compreender o livre-arbítrio do autor como sempre pleno – e sobre isto nem se precisaria atestar. De outro lado estaria a vítima, cujo livre-arbítrio inegável e imediatamente é compreendido como inexistente³. É lícito indicar de imediato um questionamento, que será mais bem discutido adiante neste mesmo item: a noção de livre-arbítrio inexistente dessas vítimas não serviria justamente para se compreender como plenamente imputável aquele que está do outro lado? E que, em nome dos indefesos, o autor mereceria a pena?

Esta reflexão a propósito da noção de livre-arbítrio leva, por sua vez, à própria noção de vulnerabilidade, até porque a encontramos na própria definição de ordem violenta, se compreendida como “a força desencadeada contra outrem que se encontra, no momento do ato, em situação de vulnerabilidade, impedido de se defender” (Felipe & Phillippi, 1998, p.44); e também na definição de ato de violência, entendido como “a vontade de usar a força para forçar uma vontade não submetida a se render a intenções e motivações do agressor” (Felipe & Phillippi, 1998, p.44).

Precisamos analisar conjuntamente as funções pelas quais a vítima de violência sexual é referida como inevitavelmente traumatizada (porque não haveria outra maneira de representar um ato externo a não ser como uma violência), e o autor de violência sexual como possuindo

intencionalidade sempre consciente e pleno livre-arbítrio. As formas com que os operadores do Direito reportam-se a um deles estão relacionadas a como se remetem ao outro. Voltamos, assim, a falar da vítima, e mais diretamente, sobre a noção de vulnerabilidade, talvez demonstrando o quanto este trabalho de tese preocupa-se em garantir às vítimas que sejam escutadas pelos operadores do Direito.

4.5 Dos marcadores de vulnerabilidade

Pode-se aprofundar a discussão sobre a própria noção de vulnerabilidade, que, conforme nosso argumento, não pode ser analisada a partir de normativas (textos genéricos que, por exemplo, demarcam uma faixa etária), da cena (da imagem), características presentes e eventos passados dos sujeitos ou mesmo sua consciência racional sobre o ato julgado. Teria que se remeter ao caso particular.

Entretanto, a partir de algumas passagens encontradas na jurisprudência pesquisada sobre *presunção de violência*, constata-se que a conclusão de que alguém é ou não vulnerável a sofrer violência não parte do caso em si, mas de pré-concepções dos operadores do Direito, de generalizações e entendimentos que parecem dizer especialmente da subjetividade desses operadores.

Vejam algumas passagens nas quais se justifica a possibilidade de relativização da presunção de violência. Nelas afluem interpretações sobre aspectos tais como conhecimento racional da sexualidade, compleição sexual amadurecida, idade cronológica e desejo consciente e explícito. Conforme já explicado, não se questiona seu uso dessa linguagem por si só, porque, fundamentando-se na consciência racional, o Direito precisa de marcadores genéricos e objetivos. Entretanto, o que merece análise da Psicanálise é o fato de que as considerações sobre a vulnerabilidade de um sujeito não são (ou pouco são) justificadas com informações trazidas pelo caso, mas em pré-concepções genéricas, vale repetir, que indicam se respaldar, principal ou unicamente, no que o caso conseguiu mobilizar na subjetividade do operador do Direito.

4.5.1 O corpo como expressão da vulnerabilidade

Começamos pela passagem a seguir, que se refere a como a vulnerabilidade se manifestaria no corpo:

...a Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, elaborada pelo eminente jurista Francisco Campos, tornou evidente que o legislador não ignorava a natural iniciação cada vez mais cedo do jovem, por força da mudança de costumes e hábitos, na vida sexual. Entretanto, à época, o grande trunfo foi a redução da idade de 16 (dezesseis) para 14 (quatorze) anos, por entender que nessa faixa etária já seria possível adquirir certo conhecimento e amadurecimento que fomentasse o desejo a [sic] prática sexual. In verbis: Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja, a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal da violência, no caso dos adolescentes, é a a [sic] innocentia consilli do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor ao seu consentimento. Ora, na época atual seria abstrair hipocritamente a realidade ao negar-se que uma pessoa de 14 (quatorze) anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem. Hodiernamente, a innocentia consilli de parte dos infantes entre 12 (doze) e 14 (quatorze) anos mostra-se tão questionável quanto àquela que Francisco Campos atribuía aos maiores de 14 (quatorze) anos, tanto pelo aspecto físico quanto psicológico, sendo inadequado crer que os atos sexuais por eles praticados estejam maculados pela suposta ausência de discernimento. Assim, tem-se que o bem jurídico ao qual se pretendia salvaguardar por meio do art. 224, 'a', do Código Penal é a ingenuidade teoricamente própria da idade pueril. Desta forma, quando a suposta vítima apresentar cumulativamente compleição sexual amadurecida, noção suficiente acerca dos atos sexuais e desejo consciente e livre de vícios para consumá-los, não se subsume o fato ao tipo aqui debatido, eis que inexistente objeto a ser tutelado. Insta salientar que a avaliação destes requisitos não pode ser senão rigorosa, sob pena de esvaziar o sentido do preceito vertente. Isto porque o liame entre a vontade desembaraçada e a vontade contrafeita pode ser muito tênue, devendo julgador atentar-se escrupulosamente às razões que deram ensejo à prática sexual. Em suma, vê-se que, diante de circunstâncias muito específicas, é possível levar em consideração outros elementos que permitam afirmar sem sombra de dúvida que a vítima conscientemente buscou a prática do ato sexual, além de se mostrar apta para tanto, de modo que a reduzida idade não mais permite presumir o desenvolvimento psicológico incompleto (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.053687-4, da Capital Relator: Desembargador Substituto Tulio Pinheiro)

Lemos o operador do Direito alegar que o conhecimento racional da sexualidade e a compleição física do adolescente o tornam apto, contemporaneamente, a exercer livremente sua sexualidade. Não há, entretanto, respaldo de suas concepções em obra de história e/ou sociologia, bem como não há menção a um trabalho acadêmico ou relatório psicológico sobre o caso em questão para fundamentar seu entendimento de que a suposta vítima tinha, em seus termos, desenvolvimento psicológico completo. A importância que este operador do Direito atribui à análise apurada de elementos que eventualmente subsidiem que alguém menor de quatorze anos não seja considerado vulnerável refere-se à análise que apenas o operador do Direito fará da questão.

A significativa margem de subjetividade do operador do Direito na avaliação do estado de vulnerabilidade ou não da vítima fica mais evidente na passagem abaixo, na qual se apresenta um critério implícito e impreciso de compleição física que tornaria alguém com imagem de criança ou de adulto.

...não se olvida a existência de jurisprudência acerca da relativização da natureza da presunção de violência estipulada no art. 224, §, do CP (compartilhada por esta relatora), originada principalmente da adoção do vetor originário do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, em acórdão de relatoria do Min. Marco Aurélio, nos autos do HC n. 73.622/MG, na data de 21-5-1996, ocasião em que restou consignado “um quadro estarrecedor, porquanto se constata que menor, contando com apenas doze anos, levava vida promíscua, tudo conduzindo à procedência do que articulado pela defesa sobre a aparência de idade superior aos citados doze anos. A presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à realidade” (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2009.023679-8, de São João Batista Relatora: Desa. Salete Silva Sommariva)

4.5.2 Vulnerabilidade entendida como desconhecimento de sexo

Tratou-se acima de como o corpo da vítima é referido para garantir que esta se encontra ou não em condição de vulnerabilidade. Entretanto, lemos também as menções a características dos corpos das vítimas e, na última jurisprudência citada, também ao uso que a vítima faz de seu próprio corpo, para assim, a partir disto, concluir que ela se encontra ou não em condição de vulnerabilidade. Dentre tais usos, o da sexualidade é o mais mencionado na jurisprudência analisada. Há, por

exemplo, o entendimento de que uma chamada “promiscuidade sexual” da adolescente implica um conhecimento racional sobre sexualidade, e, logo, que isto a tornaria não vulnerável.

Um raciocínio de fato condizente com o pilar da consciência racional na qual se sustenta o Direito ocidental contemporâneo. Ainda assim, é digna de nota a liberdade com que o operador do Direito interpreta os dados da realidade a ponto de não cogitar, por exemplo, que a dita “promiscuidade sexual” poderia também indicar justamente uma incapacidade da adolescente manejar de forma menos arriscada sua sexualidade.

A ênfase na consciência racional é tamanha a ponto de não ser imputado crime àquele que mantém relações sexuais com prostituta/prostituto menor de quatorze anos. O argumento seria que a condição de prostituta/prostituto, mais uma vez pressupondo conhecimento racional sobre a sexualidade, retira da vítima a condição de vulnerável.

...fica suprimida a presunção de violência quando a ofendida, mesmo menor de 14 anos de idade, já prostituída exterioriza maturidade suficiente para exercer plena capacidade de discernimento a respeito da sexualidade. “Não comete o crime do artigo 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente o agente que, como 'usuário', se vale dos 'serviços' de adolescente já entregue à prostituição. O verbo núcleo do tipo ('submeter') reflete a conduta daquele que põe a criança ou adolescente em situação de exploração sexual, não a daquele que se vale de condição preexistente para satisfazer seus desejos sexuais” (Ap. Crim. n. 2004.019116-2, de Xanxerê, rel. Juiz Jaime Luiz Vicari). (Ap. Crim. n. 2007.019086-7, de Balneário Camboriú, rel. Des. Amaral e Silva, n. 2007.019086-7, de Balneário Camboriú, j. em 9-9-2008) E também: Nesses termos, o elemento volitivo nos casos de crimes sexuais deve ser considerado, pela vontade e consentimento da ofendida nas práticas sexuais, não podendo atualmente continuar a não admitir a livre disposição do corpo, mesmo com idade inferior à maturidade civil ou penal. A proteção da violência presumida relativizou-se, deixando de ser absoluta, pela evolução dos costumes e da informação. (Ap. Crim. n. 2005.030785-1, de Rio do Sul, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. em 7-2-2006) E pode-se verificar este entendimento em outros julgados, vide Ap. Crim. n. 2007.023236-1, de Bom Retiro, rel. Des. Victor Ferreira, j. em 29-4-2008; Ap. Crim. n. 2005.038335-6, de Maravilha, rel. Des. Tulio Pinheiro, j. em 8-5-2007; Ap. Crim. n. 2005.030824-8, de Blumenau, rel. Des. Gaspar Rubik, j. em 14-3-2006, entre outras (Apelação Criminal (Réu Preso)

n. 2009.023679-8, de São João Batista Relatora: Desa. Salete Silva Sommariva)

A aposta na consciência racional como capaz de nos tornar menos vulneráveis leva a reconhecer como não vulnerável quem já possui prática sexual, sendo esta ligada ou não à prostituição. Esta mesma crença na consciência racional como único motor das ações humanas leva a pensar que o discernimento da reprovabilidade da conduta minimiza a condição de vítima de alguém. Veja-se a seguinte passagem:

...a violência é presumida, haja vista a deficiência mental do ofendido, que certamente não possui discernimento suficiente quanto à reprovabilidade da conduta investigada, tampouco capacidade de consentir conscientemente com o ato sexual (Apelação Criminal n. 2012.035524-9, de Anita Garibaldi Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil)

Não se está questionando o fato de alguém que apresenta déficit cognitivo seja, já por esta condição, vulnerável. A propósito, a inscrição do trauma dá-se justamente quando, num segundo tempo, acessa-se a um conhecimento racional que revela trágico o que antes era apenas marca sem sentido. Mas o que se espera destacar aqui são os riscos de se depositar apenas no conhecimento racional a avaliação da vulnerabilidade do sujeito. Com a Psicanálise, em particular, sabemos das vulnerabilidades envolvidas nos conflitos afetivos, e que tais conflitos também poderiam tornar alguém vulnerável (mesmo com pleno funcionamento cognitivo) a um ato de violência sexual. Poderiam, inclusive, se manifestar em práticas sexuais (prostituição ou não) e interesse cognitivo sobre o assunto.

O que se pretende destacar é que parece haver uma espécie de escalonamento de graus de vitimização, balizado pela consciência racional. O sujeito seria mais ou menos vulnerável, portanto, mais ou menos vítima, de acordo com o conhecimento racional sobre sexo prévio à violência sexual sofrida. Na passagem a seguir, justamente se justifica a possibilidade de se relativizar o princípio da presunção de violência quando a criança apresenta determinadas características que, ao que tudo indica, seriam de ordem da racionalidade.

...com a evolução social e, por corolário, ante a transformação da cultura e costumes, a presunção de violência prevista no art. 224, §, do CP deve sofrer [sic] a relativização em casos excepcionalíssimos,

nos quais se demonstram que a vítima, já completamente afeta [sic] às questões da sexualidade, não detém mais a inocência a que se pretende proteger por meio do comando normativo, mediante prova inequívoca da corrupção anterior. Em assim não o sendo, reputa-se perfeitamente aplicável a presunção para que se configure a violência ficta, no sentido de revigorar a regra de abstenção de relações sexuais ou atos diversos da conjunção carnal com menores de 14 (catorze) anos, a ponto de se reputar irrelevante o consentimento do ofendido para a prática de conjunção carnal, pois presumida a incapacidade de firmar sua vontade sexual, fruto da imaturidade inerente à tenra idade. (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2009.023679-8, de São João Batista Relatora: Des. Salete Silva Sommariva)

Restam as indagações: como caracterizar o estado daquele que se encontra plenamente afeito às questões da sexualidade? E, correlativante: quais seriam as provas de “corrupção” do estado de inocência supostamente vivenciado pela criança? Ao que tudo indica, os operadores do Direito pressupõem, vale repetir, que isto se pauta no conhecimento racional sobre sexualidade.

Na passagem a seguir, aprendemos que “se insinuar” sexualmente e ser experiente na vida sexual tornam uma criança ou adolescente menos vulnerável. E a margem de subjetividade autorizada ao operador do Direito parece ser tão significativa que não se entende como necessário, por exemplo, que algumas alegações a respeito da cognição das vítimas (seu conhecimento sobre sexo, particularmente) sejam fundamentadas em relatórios psicológicos; e, por efeito, sua condição de compreender racionalmente a sexualidade e de se expressar de acordo com tal conhecimento.

...mesmo que supostamente tivesse a vítima se insinuado ao representado ou já tivesse iniciado sua vida sexual, como quer fazer crer a defesa, sem contudo trazer ao autos qualquer prova sobre estes aspectos, tais fatos não teriam o condão de rechaçar a responsabilidade do mesmo, tendo em vista a comprovada debilidade mental da vítima (Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2011.084420-0, de Campo Erê Relator: Des. Substituto José Everaldo Silva)

Caso se reportassem a algum relatório psicológico cuja discussão privilegia um caso particular, os operadores do Direito aprenderiam que para algumas crianças e adolescentes o conhecimento racional sobre sexo, bem como a prática sexual (incluindo insinuação,

prostituição, etc.), são justamente indicativos de sua vulnerabilidade. A função subjetiva de um mesmo comportamento (interesse racional por sexo, prática sexual, etc.) é singular, podendo assinalar uma vulnerabilidade ou não.

Além disso, mesmo alguém que apresenta déficit cognitivo pode ter avaliada sua vulnerabilidade, mas isto só se daria caso o operador do Direito pressuponha a existência de outros elementos que caracterizam a vulnerabilidade (por exemplo, o afetivo), sendo o cognitivo apenas um deles.

O que se percebe em ambas as situações (nas alegações sobre alguém ser vulnerável ou, contrariamente, sobre alguém não o ser) é a ausência de uma consideração à singularidade. Daí o voltar-se a quaisquer características dos envolvidos (compleição física, conhecimento sobre sexo, prática sexual, déficit cognitivo), ou mesmo àquelas que os ultrapassam (a contemporaneidade) para, antes mesmo de se ater ao caso, justificar um pré-julgamento unicamente do operador do Direito.

4.5.3 Sobre a imprecisão da diferença entre crianças e adolescentes

Há outra maneira, talvez até mais evidente, de se apontar que a subjetividade do operador do Direito é o que principalmente norteia a concepção de vulnerabilidade na violência sexual. Refere-se à ideia de que crimes sexuais contra crianças são em si mesmos mais graves que aqueles contra adolescentes. Isto é algo que a letra da lei não diferencia, posto conceber como presunção de violência os atos cometidos contra qualquer sujeito menor de quatorze anos, e que é de autoria unicamente dos operadores do Direito.

Não se pode tratar igualmente o agente que pratica violência sexual contra crianças de tenra idade e aquele que a comete contra adolescente, pois, muito embora ambos pratiquem a infração penal contra vulnerável (menor de 14 anos), a vulnerabilidade da vítima que conta com pouca idade é demasiadamente maior, situação que revela delito mais grave e demanda severidade na aplicação da pena (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.058341-2, de Criciúma Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato) (Apelação Criminal n. 2012.088237-5, de Chapecó Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato)

É pertinente destacar, nesta passagem, que a diferenciação entre crianças e adolescentes sem respaldo na lei tem por função justificar a

atribuição de uma maior penalidade a crimes contra crianças. A própria expressão “tenra idade” não especifica a faixa etária abarcada nesta definição, nela cabendo, portanto, qualquer criança. O mesmo ocorre nesta outra passagem: “... o crime fora cometido contra criança em tenra idade – 5 (cinco) anos (Recurso Especial n. 1057409/TO, Rel. Min. Og Fernandes, j. em 16/08/2011). (Apelação Criminal n. 2012.088237-5, de Chapecó Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato)”. Mesmo especificando determinada idade, resta implícita a extensão dessa categoria “tenra idade”.

É nítido o atravessamento de alguns aspectos pouco precisos na formulação, por parte dos operadores do Direito, da noção de vulnerabilidade: características de nosso tempo, compleição física, conhecimento e experiência de práticas sexuais, diferença entre crianças e adolescentes. Esta imprecisão parece servir para justificar das mais variadas maneiras sua pré-concepção, anterior mesmo ao caso, de que alguém é ou não uma vítima.

4.6 Sobre o que faz alguém ser reconhecido como vítima de violência sexual

Prosseguindo o exame da noção de “vulnerabilidade”, podemos partir das representações que, conforme propõem Felipe e Phillippi (1998), estão contidas em alguns processamentos judiciais dos fatos que chegam ao Sistema Judicial. As autoras visam as representações sobre masculinidade e feminilidade; porém, é possível dialogar com estas autoras, particularmente, com sua discussão sobre a seletividade no reconhecimento da condição de vítima de violência sexual, que elas denominam “violência simbólica”. Este conceito é por elas explicado da seguinte maneira:

Em função dos princípios primeiros que justificam as operações jurídicas, os sujeitos, supostamente iguais perante a Lei, suportam um outro tipo de violência, aquela que exclui a vítima – em função do seu estatuto social – do campo dos juridicamente privilegiados [...]. O formalismo jurídico, antes de assegurar a todos os limites e as regras do jogo, oculta em seus próprios ritos as práticas perversas que sustentam o direito estatal (Felipe & Phillippi, 1998, p.101).

Na subjetividade dos operadores do Direito talvez se encontre uma chave para pensar a recusa do próprio Direito em garantir a todos os sujeitos a possibilidade de ser levado, por sua sexualidade, ao que

não é bom, reduzindo-os, na análise de crimes sexuais, às categorias de autor e vítima. Há mesmo o rechaço da possibilidade de que a sexualidade daquele que sofre violência sexual leve-o a outro lugar que não o da vitimização. Tal garantia talvez fosse dada se houvesse o propósito de não moralizar ou patologizar sua sexualidade, e de negar seu desejo, podendo assim esperar inscrever de forma não traumática uma violência sexual sofrida.

Pode-se inclusive pensar se este rechaço frente ao desejo da vítima não tem por função justamente sustentar a condenação do autor, o que, juridicamente, já é uma grave deturpação, porque a responsabilização da vítima não implica em desresponsabilizar o autor. Psicanaliticamente falando, ambos precisam ser responsabilizados por seu desejo, inclusive o autor que possui uma intencionalidade inconsciente. *Quer-se antes afirmar que se deveria suportar escutar uma vítima que não se traumatizou por uma violência sexual, e também uma vítima que não deseja criminalizar a violência sofrida. E que se deveria escutá-la (para além de se remeter a dados como compleição física, conhecimento e prática sexual, idade), sem que isto levasse a duvidar que ela foi vítima de um ato juridicamente compreendido como violência sexual.*

Esta maneira polarizada de representar o desejo do autor e da vítima de violência sexual manifesta-se na compreensão de que o ato cometido e/ou o sujeito que o cometeu e/ou o que o motivou restringe-se ao campo da imoralidade, monstrosidade e/ou patologia, e nas tentativas de purificar a vítima (para o que se recorre ao seu histórico de vida, a sua não participação consciente no ato, sua conduta na audiência, e algumas de suas características) que a tornariam vulnerável³⁶.

³⁶Não se pode desconsiderar, neste momento da discussão sobre a temática da vulnerabilidade, as contribuições de Butler (2006). Para além de demarcar que a (in)existência de vínculos humanos são construídos histórica, política e economicamente, esta autora o faz a partir do apontamento do quão sensíveis somos ou não à ameaça sofrida pelo outro. A consideração de que uma vida é humana ou não passaria, antes de tudo, por um recorte de seletividade que é construído por instâncias muito maiores que aquele sujeito que se identifica ou não com aquele outro que tem sua existência em risco. Daí que alguns sujeitos são capazes de des-humanizar outro sujeito, que por não ser por ele reconhecido como humano, tem sua eliminação justificável. Tem, em outras palavras, uma morte não digna de lamento. As reflexões propostas por Butler são significativas em quantidade e complexidade. Entretanto, compreende-se que percorrê-las

4.6.1 O autor de violência sexual não precisa ser imoral, monstro ou doente

Podemos começar discorrendo sobre como a jurisprudência tem pensado o autor de violência sexual, porque isto talvez tenha implicação no próprio convencimento por parte de operadores do Direito a respeito da existência do fato por eles analisado. Em outros termos, talvez pensando sobre as representações sobre autor de violência sexual possa colaborar para nosso entendimento a respeito de como estes operadores pensam esta violência. E, talvez até, tenha relação com a própria forma com que eles pensam a vítima de violência sexual, já que, como vimos, as representações dos operadores do Direito sobre a vítima e autor parecem significativamente associadas. Talvez caso o autor não se adéqüe as representações destes operadores seja mais difícil a identificação da violência, assim como, conforme analisamos, é difícil identificarem uma vítima de violência sexual a não ser que ela demonstre indícios de que sofreu um trauma.

A jurisprudência pesquisada possibilitou o encontro de diversas passagens ilustrativas de como são descritos esses atos do autor e o que o teria motivado:

Apesar do problemático histórico desenhado pelo médico [obesidade, plurido vulvar, hirsutismo (excesso de pêlos), vulva hiperemiada (irritada), corrimento permanente, paciente com depressão] enumerando inúmeras doenças e problemas de ordem sexual, o Dr. Dorival, obrigatoriamente “possuído por instinto demoníaco”, teria ignorado a tudo e a todos e praticado sexo oral com a Sra. Alessandra, dentro da clínica, ao lado do consultório da Dra. Maria Helena Kreutzfeld, médica ginecologista, sua mulher e sócia na clínica. É deveras repulsivo! [...]. Realmente, não se tem dúvidas quanto à sua instabilidade emocional. (sic). (fl. 376-377) (grifei) (Apelação Cível n. 2010.000240-7, de Joinville Relator: Juiz Henry Petry Junior)

Aqui se percebe uma aparente tentativa de agravar a conduta do autor discorrendo sobre características/condições da vítima. Dentre elas, algumas que a tornaria mais vulnerável (depressão), e aí então parece compreensível que o Direito a elas recorra. No entanto, também surgem

demandaria um aprofundamento em conceitos que a sustentação epistemológica da autora exige, o que neste momento inviabilizaria a continuidade das considerações psicanalíticas e da criminologia crítica.

outras características/condições da vítima (obesidade, plurido vulvar, excesso de pêlos, vulva irritada, corrimento permanente, doenças e problemas de ordem sexual) que são citadas com o intuito de tornar mais repulsiva – evidenciada pelas reações de asco demonstradas pelo operador do Direito em questão – a conduta do autor. Logo, com o intuito de torná-la mais grave por uma via moral.

É neste mesmo sentido moral, a propósito, que parece ter sido mencionado o fato de a violência sexual haver sido consumada em proximidade física da esposa. Portanto, aquilo que o operador do Direito acima denominou “instabilidade emocional” parece se tratar antes de tudo, ou pelo menos se tratar também, de uma inadequação à moral vigente.

Em outras passagens, surgem algumas expressões que, em si, evidenciam uma apropriação moral da ação do autor e/ou de sua motivação. A começar por aquelas em que surgem as noções de “sordidez” e “inescrúpulo”. A opção foi apresentá-las conjuntamente porque, ao menos em uma passagem, elas aparecem como tal.

Tomado pela manifesta vontade de satisfazer seus sórdidos desejos sexuais (Apelação Criminal n. 2013.033494-9, de Ituporanga Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini)

Tomado pela manifesta vontade de satisfazer seus sórdidos desejos sexuais, com abuso do poder familiar, porquanto na condição de tio da vítima (Apelação Criminal n. 2012.015371-7, de Ituporanga Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho)

Devendo-se acrescentar, ainda, a sordidez da sua atitude que, para facilitar os abusos, presenteava suas vítimas com balas, dinheiro na ínfima quantia de R\$ 0,50 (cinquenta centavos), bicicletas e carrinhos velhos, assim como com celulares, atentando contra elas em qualquer lugar e horário, e na presença de umas e outras, sem nenhum escrúpulo, pelo que se mostra adequada e proporcional à reprovação da conduta a fração utilizada para acrescer a reprimenda (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.000479-3, de Taió Relator: Des. Torres Marques)

Atos libidinosos suficientes para demonstrar a inescrupulosa busca pela satisfação da lascívia (Apelação Criminal n. 2011.085089-4, de Jaguaruna Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho)

As noções de “sordidez³⁷” e “inescrúpulo³⁸” são de ordem moral. E, nas descrições acima, poderiam ser descartadas, sem prejuízo da compreensão por parte do leitor do ato que está em questão, bem como da leitura jurídica deste ato. Por exemplo, em relação à primeira e quarta passagens sobre a violência sexual contra menores de 18 anos. Em se tratando da segunda: violência intrafamiliar. Em relação à terceira, por sua vez, pode-se até pensar que isso que foi tratado como inescrúpulo (cometer o ato sem receio de que fosse descoberto) poderia até ser visto como pelo menos não agravante, sendo um agravante dificultar ou impedir a constatação do crime.

Outra expressão de ordem moral frequentemente utilizada para adjetivar a ação do autor é a de “hediondez” e seu sinônimo “ignóbil³⁹”. Se há a categoria jurídica de “crimes hediondos⁴⁰”, na qual inclusive se inclui o estupro e estupro de vulnerável, não é disto que aqui se trata, mas de querer que a violência sexual receba uma resposta ainda mais grave que a destinada aos crimes juridicamente entendidos como hediondos.

Está provado que o Recorrente, visando claramente a satisfazer sua ignóbil lascívia, praticou o crime disposto no art. 217-A, caput, do Código Penal (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.073858-7, de Joinville Relator: Des. Sérgio Rizelo)

O acusado, utilizando-se da qualidade de padrasto da vítima, aproveitou-se daquele momento que estava a sós com sua enteada e a constrangeu, mediante violência – real, diga-se – a com ele manter conjunção carnal, na hediondez inexplicável do próprio delito (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.028193-7, de Brusque Relator: Des. Leopoldo Augusto Brüggemann)

³⁷Encontra-se em Michaelis (2009) sinônimos como de asqueroso, indigno, torpe, baixo, vil, vergonhoso, indecente, obsceno, asqueroso, nojento, repugnante, imundo.

³⁸Inescrupuloso, dentre outras coisas, é aquele “que não hesita em lançar mão de meios desonestos ou desleais” Michaelis (2009, p.473).

³⁹“1. Baixo, vil, desprezível. 2. Que não tem honra; vergonhoso, torpe. 3. Que possui pouco ou nenhum valor” (Michaelis, 2009, p.455).

⁴⁰Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

Como se constata na última passagem, a palavra “hediondez” é trazida enquanto conceito dissociado da noção jurídica. Poderíamos pensar que se estaria usando sua definição de dicionário⁴¹; entretanto, da maneira como surgiu na passagem acima, parece que foi equiparada àquilo que escapa à ordem do racional. A propósito, há outra passagem em que este conceito de hediondez surge ao lado dos de “desarrazoamento” e “ilógica”: *“A própria conduta do apelante é, por si só, condenável, hedionda, desarrazoada e ilógica. (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.028193-7, de Brusque Relator: Des. Leopoldo Augusto Brüggemann).*

A noção de “aquilo que escapa à racionalidade” também é, diretamente, alvo de leituras morais. Assim, quando o operador do Direito não consegue constatar a motivação racional para a conduta do autor, passa a tratá-la por um viés moral. Talvez até em parte porque o Direito fundamenta-se, como já se discutiu, na consciência racional; e, quando algo questiona essa compreensão, não se considera como suficiente o recurso da letra da lei.

Há outras expressões que apresentam uma clara intenção de, adjetivando a conduta do autor, torná-la moral. Ou, em outros termos, destacar que ela não é apenas anti-jurídica, mas imoral. Isto se dá, por exemplo, com os termos “insólito”, “odioso”, “atrocidade”, “lastimável”, “abjeto” “repugnante”, “capricho”, “desumanidade”, e o próprio tom de lamento na narrativa do fato (evidenciado, por exemplo, na palavra “infelizmente”, “cruel realidade”).

Ao procurá-la, deparou-se com a insólita cena de A. levando a língua na vagina de F. (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.073858-7, de Joinville Relator: Des. Sérgio Rizelo)

Esses outros atos sexuais odiosos (conjunção carnal)(Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.016121-5, de Laguna Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas)

“Não existe prova cabal nos autos de que o acusado tenha cometido tal atrocidade” (fl.128) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.072280-1, de Santa Rosa do Sul Relator: Des. Torres Marques)

A prova, como se vê da leitura de tudo quanto foi transcrito, é segura, e conforta a narrativa da denúncia, infelizmente. Bom seria se não

⁴¹“1. Que provoca repulsão; repugnante; horrível. 2. Sinistro; medonho; pavoroso” (Michaelis, 2009, p.438).

fosse verdade, que a vítima não tivesse sido submetida a tais atos, que isso não existisse em nossa sociedade. Todavia, a cruel realidade é outra. Ainda se vê crimes com tal conotação, o que é profundamente lastimável (Apelação Criminal n. 2009.021371-4, da Capital Relator Designado: Des. Jorge Schaefer Martins)

Abjetos fatos (Apelação n. 0005828-58.2008.8.24.0064 Relator: Desembargador Volnei Celso Tomazini)

Não obstante os fatos praticados pelo apelante sejam digno [sic] de repúdio, e apesar de entender ser desnecessária a presença de parecer técnico, tenho que não há elementos suficientes para o agravamento da reprimenda neste particular [personalidade] (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.020710-6, de Itapema Relator: Des. Alexandre d'Ivanenko)

...embora repugnantes [motivos], são normais ao tipo (Apelação Criminal n. 2013.085693-3, de Itapema Relator: Des. Jorge Schaefer Martins)

Caprichos lúbricos (Apelação Criminal n. 2012.032489-7, da Capital Relator: Des. Substituto José Everaldo Silva)

Revelando conduta desumana e cruel (Apelação Criminal n. 2012.014118-3, de Chapecó Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato)

Com expressões significantes tais como “insólito”, “odioso”, “atrocidade”, “lastimável”, “abjeto”, “repugnante”, “capricho”, “desumanidade”, como acabamos de ler, descreve-se moralmente a conduta do autor. Há que se destacar a associação entre eles, já que em todas parece haver um atravessamento de concepções do que sejam humanidade e desumanidade. Estas noções de humanidade e desumanidade, por sua vez, parecem aqui ser atravessadas pelo paradigma de consciência racional, cuja lógica é cartesiana. Assim, tudo que escapa ao racional, é tratado moralmente pelo Direito. E, como o humano seria racional, o humano que comete atos imorais acaba por ser entendido como não humano.

Ora, se o Direito pauta-se no paradigma da racionalidade, resta ainda indagar sobre a implicação de que, necessariamente, o operador do Direito apreenda de maneira moral a conduta do autor de violência sexual. *Podemos mesmo admitir que, ao se deparar com uma conduta que não pode ser lida pelo paradigma da racionalidade, o operador do*

Direito possa justamente se limitar ao que diz a lei, e não considerar como necessário recorrer a outro código (no caso, o moral).

4.6.2 Análise de tipificação e de agravantes como resposta à dificuldade de conceber a violência sexual como ato não-racional, mas ainda assim humano

Temos exemplos de como este pilar da racionalidade, no julgamento da conduta do autor, é insuficiente para ler sua conduta faz com que o operador do Direito trate esta “irracionalidade” de uma forma moral. Um deles trata de uma mãe, acusada pela participação na violência sexual sofrida pela filha:

“Penso caracterizadas as hipóteses de abandono moral, consistente na incompreensível negativa da violência sexual havida, bem como de omissão na coibição da prática de atos atentatórios à moral e aos bons costumes e negligência no seguir das orientações assistenciais” (Apelação Cível n. 2013.066280-0, de Campos Novos Relator: Des. Henry Petry Junior).

Há também outras demonstrações de ser incompreensível ao Direito que o humano seja movido por forças inconscientes, e de como estas podem se manifestar justamente no tom moral com que se remete ao fato de a ação ser “irracional”. São os casos em que se usam adjetivos que aproximam o humano do campo da animalidade tão logo as ações humanas não atendam aos preceitos morais.

Quanto à descrição “animalesca” da conduta do autor, em oposição a outra que seguiria princípios religiosos para a ação humana, pode-se exemplificar com algumas passagens. Inicialmente, aquelas em que aparecem as expressões “bestialidade” e “ataques”:

...o denunciado agarrou B. à força e, ameaçando-a de cometer mal grave – de surrá-la – abaixou a calcinha da vítima e introduziu o seu pênis na vagina dela, ainda que a mesma tentasse oferecer resistência à agressão com gritos. Depois do bestial ato, a vítima saiu correndo em direção à sua casa (Apelação Criminal n. 2011.006737-2, de Canoinhas Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco).

Mostrava realmente quem era, agredindo fisicamente esposa e filhos, e submetendo estes, ainda, aos seus bestiais impulsos sexuais (Apelação Criminal n. 2012.032489-7, da Capital Relator: Des. Substituto José Everaldo Silva). Ainda sofrera joelhada na sua coxa

esquerda, para desmoralizar completamente sua presa....! (Apelação Cível n. 2010.017175-7, da Capital Relator: Des. Newton Trisotto).

...os ataques ocorriam “na maioria das oportunidades em que [o réu] conseguia ficar sozinho com ela em qualquer lugar que estivessem, seja na piscina, na praia, no camping” (fl. 64) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.020710-6, de Itapema Relator: Des. Alexandre d'Ivanenko).

Num caso em particular, na própria descrição do autor há referências a uma característica deste sujeito (sua profissão) de modo a convencer de uma maior gravidade de sua ação, ou no mínimo de quão inesperada ela foi. Pelo que se constata nos trechos abaixo, talvez isto só tenha sido possível porque a sua profissão (pastor) possibilitou o uso de metáforas animais.

Como um lobo disfarçado com pele de ovelha, 2. ou “pior”, disfarçado de pastor, já que era ministro religioso (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.020710-6, de Itapema Relator: Des. Alexandre d'Ivanenko).

Lastimavelmente, Excelência, foi como o lobo pastoreando a ovelha (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.020710-6, de Itapema Relator: Des. Alexandre d'Ivanenko).

Nas dependências do prédio da igreja, onde o Querelado servia como “pastor” (Pasmem!) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.020710-6, de Itapema Relator: Des. Alexandre d'Ivanenko)

Neste caso acima retratado, no qual uma informação que é tratada como agravante é a de que o autor era pastor, parte-se do princípio de que sua conduta poderia ser agravada pelo fato de suas vítimas terem menos condição de se proteger. E esta impossibilidade de se defender dar-se porque a condição do autor (pastor) tornaria mais imprevisível que ele fosse capaz de um ato que divergisse do que a religião prevê para a ação humana. Esta jurisprudência também merece ser utilizada para destacar como se passa a julgar moralmente não apenas a conduta do autor, mas sua subjetividade. Refiro-me ao fato de não apenas a sua conduta ser julgada “cruel”, mas também ser julgado o fato de ele ser um homem representante de determinada religião.

Até o momento apresentou-se diversas formas com que se apropria moralmente a conduta do autor de violência sexual. Recorre-se

(e de forma muito peculiar) especialmente aos significantes “hediondez”, “sordidez”, “inescrúpulo”, “desarrazoada”, “ilógica”, “insólito”, “odioso”, “atrocidade”, “lastimável”, “abjeto”, “repugnante”, “capricho”, “desumanidade” e “bestialidade”. De qualquer maneira, o caso do qual trata a última jurisprudência aqui mencionada (em três de seus trechos) nos leva a pensar que esta leitura moral do ato julgado e da subjetividade do seu autor talvez sirvam para agravar sua ação.

Neste sentido, cito uma passagem em que circunstâncias agravantes são apresentadas como justamente mobilizadoras de uma reprovação moral: “[...] foram acerbos [circunstâncias do crime], tendo o acusado subjugado as vítimas, as expoliado [sic], ameaçado, subjugado e submetido algumas à práticas sexuais contra a vontade delas, o que torna o crime ainda mais repulsivo e abjeto (Revisão Criminal n. 2014.075114-8, de Chapecó Relator: Des. Jorge Schaefer Martins). Portanto, parece haver um movimento em que determinadas circunstâncias mobilizam moralmente os operadores do Direito, e aí agravam a resposta repressiva, mas que, ao mesmo tempo, as próprias circunstâncias legalmente previstas como agravantes mobilizam por si só uma reação moral. De qualquer modo, o que se pode apontar é a intrínseca relação entre a mobilização moral, por parte do operador do Direito, e sua avaliação sobre os agravantes da conduta.

Embora sem comprovação empírica intensiva, não parece arriscado afirmar que o legalmente previsto como agravante ou atenuante sempre é acompanhado por leituras morais, porque o texto legal nunca é suficiente para abarcar os casos em sua singularidade. Em outros termos, o texto legal nunca substitui seu leitor, especialmente aquele que o interpretará e aplicará (o operador do Direito).

A leitura moral da conduta do autor parece ser tão legitimada que ela pode, inclusive, subsidiar a tipificação do fato. Algo, portanto, anterior à análise de eventuais agravantes ou atenuantes. São os casos em que a vítima é menor de quatorze anos e, então, foi vítima de violência sexual independentemente de haver ou não consentido com o contato de conotação sexual com o autor. Em algumas destas situações, a jurisprudência informa que o operador do Direito interpreta o ato de modo a tratar como não sendo estupro aquilo que a lei prevê como estupro.

Esta Câmara Criminal já foi [sic] realizou pretendida desclassificação. No entanto, naquele caso, o réu teria passado as mãos nos seios da vítima, por cima de suas vestes, assim, “reputar-se-ia temerário [sic] tipificar os fatos como estupro de vulnerável,

mormente em razão da não demonstração cabal da concupiscência do réu, além de ferir o princípio da proporcionalidade, haja vista que impingir-lhe a mesma pena do que aquela aplicada aos indivíduos que cometem atos extremamente mais repugnantes, utilizando-se de violência ou grave ameaça, seria totalmente desarrazoado” (ACrim n. 2015.054301-8, de relatoria da Des. Salete Silva Sommariva, j. 11.11.2015) (Apelação Criminal n. 0010020-65.2014.8.24.0018, de Chapecó Relator: Desembargador Getúlio Corrêa)

A observar que as noções de violência ou grave ameaça não se encontram no caso que o operador do Direito analisa na jurisprudência acima, mas o que percebemos é um operador do Direito que não apresentou uma repugnância tão significativa frente ao caso na ocasião em que foi julgado.

4.6.3 A propósito da patologização da conduta e sua influência no agravamento da ação

Até o momento apresentou-se descrições morais das ações e da subjetividade do autor para se demonstrar como são utilizadas para identificar o autor de violência sexual, e como elas servem para justificar agravamentos de sua ação. Porém, também há aquelas, com argumentos de ordem psicopatológica, cumprindo a mesma função. Vejamos, por exemplo, as que se seguem, em que sobressaem expressões como “doença” e “deturpação”:

De acordo com o apurado no inquérito policial que instrui a presente incoativa, no mês de maio de 2010, em datas que serão determinadas no curso da instrução criminal, com o intuito de satisfazer a sua libido doentia, o ora denunciado, L. G. de A., constrangeu seu filho A. D. A., de apenas (três) anos de idade, e sua enteada I. P. D., de 5 (cinco) anos de idade, mediante violência que diante da idade das vítimas se presume, à pratica de atos libidinosos diversos da conjunção carnal” (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.037320-6, de Palhoça Relator: Des. Jorge Schaefer Martins)

A força motora da ação delituosa não foi o conflito de gêneros, mas sim a idade da ofendida e a atração deturpada que essa condição despertava no agente (Conflito de Jurisdição n. 2012.002490-4, de Balneário Camboriú Relator: Des. Torres Marques)

O tamanho do Policial Militar que constrangeu a autora à conjunção carnal, mediante violência, é infinitamente maior do que seu tamanho

e idade! Cuida-se de homem forte, corpulento, violento, ao mesmo tempo dotado de personalidade doentia! Um verdadeiro perigo à população civil a existência de pessoas fardadas como (Apelação Cível n. 2010.017175-7, da Capital Relator: Des. Newton Trisotto)

Sobre a última passagem, cabe observar que o significante “doença” surge na mesma série de outros, mencionados para caracterizar como a vítima é vulnerável em relação ao autor e, especialmente, que este é perigoso. Como tal, é utilizado para justificar um suposto agravante da conduta do autor, já que, como veremos no capítulo 6, sobre a dosimetria da pena, a impossibilidade ou dificuldade da vítima se defender, bem como o suposto risco de reincidência são considerados elementos agravantes pelo Direito. Também não há que se desconsiderar o fato de as características/condições da ação nem haverem sido citadas, mas apenas características do sujeito julgado. Isto porque, se algumas características do autor podem ser utilizadas como agravantes, tais características não poderiam ser mencionadas a não ser se acompanhadas por documentos de profissionais da saúde e, especialmente, se comprovada a relação entre seu quadro de saúde e a ação cometida.

Ainda a destacar que as descrições patologizantes do autor surgem ao lado de descrições sobre a vítima. De fato, as representações sobre o autor realmente possuem uma íntima relação com as representações sobre a vítima. Ambos são identificados apenas se puderem ser tomados da seguinte maneira: o autor, se for imoral ou doente. A vítima, se traumatizada.

Ao que parece, tanto as apropriações morais como as patologizantes têm por função o agravamento da ação, e talvez porque tenham algo em comum: se o operador do Direito concebesse minimamente que o humano não é regido apenas pela racionalidade (assim, orienta-se não apenas por noções morais como bom-mau, certo-errado, e não possui pleno livre-arbítrio), talvez pudesse interpretar e aplicar a lei de maneira menos autônoma. Melhor dizendo, poderia aplicar a lei pautando-se principalmente no caso em questão e nos limites determinados pelo texto legal, e não em sua subjetividade. Em outros termos, ainda que conhecer a singularidade das partes também acarrete uma espécie de julgamento subjetivo, a interpretação da ação do autor e do comportamento da vítima mudaria. O operador do Direito pautar-se-ia mais na singularidade dos envolvidos para perceber o que seria restaurativo para ambos, e reconheceria os limites normativos para anseios punitivistas e infantilizadores frequentemente mobilizados

quando se encontra na função de alegar o que seria melhor (de alguma maneira, o trabalho do operador do Direito), nestes casos, para os envolvidos em situações de crimes sexuais.

4.6.4 A vulnerabilidade como categoria eminentemente moral

Neste momento podemos retornar a uma discussão, já realizada neste capítulo, com o fim de melhor problematizá-la. Diz respeito à pré-concepção de que toda vítima de violência sexual responde com um trauma ao evento sofrido, e de como ela parece ter como contrapartida a noção de que todo autor dessa modalidade de violência possui uma intencionalidade plenamente consciente⁴² e livre-arbítrio. Então, chegou-se às apropriações morais e patologizantes que se faz da subjetividade e da conduta do autor, subsidiando o pré-julgamento segundo o qual, como os autores de violência sexual não se orientam pela racionalidade, sua conduta só pode ser compreendida a partir dos campos da imoralidade ou da patologia. O entendimento de que toda vítima de violência sexual responde com traumatismo é o mesmo que sustenta sua condição de vulnerabilidade: são construídos igualmente sobre bases morais. Isto fica evidente em dois trechos retirados de uma única jurisprudência:

Pela alegação de que o menor W. A., ora vítima, fosse useiro e vezeiro nas práticas sexuais com outros meninos e inclusive, veja-se, com animais, tudo isso, sem prova alguma, embasado unicamente em um “acredita-se” e em declaração manipulada (Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2011.018679-9, de Jaraguá do Sul Relator: Des. Substituto José Everaldo Silva)

A defesa do adolescente J.K. além de sugerir uma “vida sexual” completamente incomprovada, e porque não dizer absurda à vítima (Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2011.018679-9, de Jaraguá do Sul Relator: Des. Substituto José Everaldo Silva)

⁴²A Psicanálise não nega a noção de intencionalidade. Entretanto, pressupõe que ela é sempre comprometida com fatores inconscientes. Assim sendo, por mais que o eu decida a maneira de lidar com os efeitos do inconsciente, o sujeito não pode desconhecer os fatores que ultrapassam o seu eu. Fatores que podem, aliás, apresentar-se a posteriori; melhor dizendo, após o ato.

Podemos perceber sem dificuldade uma apropriação moral da homossexualidade e da zoofilia, cuja função parece ser utilizar a homossexualidade e a zoofilia como aspectos principais para desacreditar a alegação da defesa. Parece até haver uma aposta maior nesta estratégia que nas chamadas manipulação de prova e insuficiência de prova, e principalmente uma não relação entre estas alegações e o ato julgado. Constata-se que ao menos a suposta moralidade do histórico da vítima foi usada tanto quanto a manipulação ou insuficiência da prova para atribuir credibilidade a sua fala.

Mesmo quando se explicita que o fundamental é a não relação entre o histórico da vítima e o ato julgado, não se questiona o fato de se julgar moralmente o histórico de vida da vítima⁴³, como se constata na seguinte passagem: “*Não há prova de que o desvirtuamento moral da vítima reconhecido pelo relator decorreu dos atos abusivos*” (Revisão Criminal n. 2013.016363-2, de Araranguá Relator: Des. Carlos Alberto Civinski).

Até aqui se procurou enfatizar como o histórico moral da vítima serve para o convencimento da existência da violência sofrida. Entretanto, também há menções ao histórico moral da vítima justamente para torná-la alguém menos provável de ser vítima de violência sexual e, portanto, para se duvidar da existência da violência sexual. Portanto, recorre-se à moralização do histórico da vítima para, por um lado, acreditar que se deu a violência e para agravar a conduta do autor, e por outro, dependendo de uma decisão prévia provinda eminentemente da subjetividade do operador do Direito, para sequer atribuir credibilidade à palavra da vítima, como mostram dois trechos de uma mesma jurisprudência:

Em relação aos apontados delitos de natureza sexual, não se extrai do contexto probatório a ocorrência deles, pois toda a persecução penal

⁴³Foi encontrada uma passagem em que se lembrou da impertinência, além da não necessidade de se julgar moralmente o histórico dos envolvidos. No caso em questão, era uma mãe de quem se dizia haver sido negligente: “*Não se mostra relevante para o deslinde da quaestio que a mãe da vítima tivesse, como ponderou o acusado, referendado pelas palavras de L. B., irmão dele (fls. 156-157), uma postura questionável ou negligente, em relação à filha e ao matrimônio, pois, ainda que tivesse sido suficientemente demonstrada, não teria o condão de afastar a caracterização do delito*” (Apelação Criminal n. 2012.029965-9, de Catanduvas Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco).

está assentada, efetivamente, apenas na palavra da vítima, a qual, para este Juízo, não tem condições de sustentar um decreto condenatório, porquanto, conforme se pode extrair do processo, aparenta possuir padrão comportamental leviano e retidão moral questionável. E com isso não se pretende a “demonização” da vítima, mas aferir a credibilidade de sua versão em relação a toda a prova produzida, o que se revela essencial para o julgamento dos fatos (fl. 298). (Revisão Criminal n. 2013.016363-2, de Araranguá Relator: Des. Carlos Alberto Civinski)

Diante de todas essas circunstâncias acima citadas, não se tem como dar qualquer credibilidade às declarações da vítima, já que se mostra pessoa não só muito indisciplinada como também bastante dissimulada (Revisão Criminal n. 2013.016363-2, de Araranguá Relator: Des. Carlos Alberto Civinski)

Até o momento algumas leituras morais do histórico da vítima foram apresentadas como tendo sido utilizadas para o convencimento da existência da violência sexual e agravamento da ação do autor. Também, por outro lado, para não lhe atribuir credibilidade. O que se segue sublinhará como a leitura moral da condição da vítima igualmente se mostra na descrição de sua participação no fato sofrido de modo a nos mobilizar pena. Enfatiza-se antes a característica de reprovabilidade moral do ato em si sofrido, e não alguma informação que fundamente o sofrimento que ela passou. Uma leitura, como se percebe, generalizante.

A então criança I. M. A. de O., nascida em 14/7/1997, esteve inserida em deplorável cenário de abusos sexuais protagonizados por seu padrasto (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.016121-5, de Laguna Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas).

Os abusos sofridos ocorreram no âmago da relação familiar, onde o flagelo da vítima se estendeu por longo período, e principalmente porque a ofendida sequer contou com o apoio de sua mãe para enfrentar toda a repugnante situação (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.081628-3, de Seara Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini).

Seu suplício perdurou por mais de 2 (dois) anos (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.081628-3, de Seara Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini).

Clamor de socorro por duas vítimas indefesas, submetidas aos desígnios sexuais daquele a quem foram condicionados a chamar de pai (Apelação Criminal n. 2012.032489-7, da Capital Relator: Des. Substituto José Everaldo Silva).

Conseguiu reunir forças físicas, morais e emocionais para resistir às investidas do Querelado e enfrentar a situação (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.020710-6, de Itapema Relator: Des. Alexandre d'Ivanenko)

Deplorável, flagelo, repugnante, e as noções de coragem e força são de ordem moral, sem falar na conclusão não fundamentada sobre supostos sofrimentos psíquicos.

Podemos ainda constatar a mesma tentativa de nos apresentar a vítima como sendo digna de pena por motivos não fundamentados em elementos do caso, mas aparentemente em pré-concepções do operador do Direito, ao narrar como foi seu comportamento na audiência. Mais uma vez a vítima é descrita a partir de categorias morais, referindo-se ao seu comportamento na audiência, assim como foi feito para discorrer sobre seu histórico e sobre sua participação no fato.

Enfrentando a depravação do avô, a vítima narrou todo o ocorrido (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.058341-2, de Criciúma Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato).

Relembra-los, [sic] causa constrangimento, revolta e humilhação na vítima. Porém, ela ainda encontra forças e coragem para relatar o que segue (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.020710-6, de Itapema Relator: Des. Alexandre d'Ivanenko)

Já em outros momentos, a mesma conduta da vítima em audiência é mencionada também em tom moral, mas agora não para se atribuir credibilidade a sua palavra ou agravar ação do autor, mas para desqualificar a gravidade da ação ou até duvidar de sua existência.

Alegaram que a criança, supostamente violentada, sofreu grande aflição de espírito e decidiu, espontaneamente, desmentir a versão apresentada em sede de justificação ajuizada no Juízo de primeiro grau. Outrossim, a retratação da vítima evidenciou que a condenação fundamentou-se em depoimento comprovadamente falso (CPP, art. 621, II) de uma “adolescente de mente perturbada e irresponsável” (Revisão Criminal n. 2013.016363-2, de Araranguá Relator: Des. Carlos Alberto Civinski).

Vemos aqui se desqualificar a hipótese de sofrimento trazido pela violência sexual porque se supõe que este sofrimento nunca permitiria que alguém negasse judicialmente o que viveu. Logo, a existência ou não de sofrimento trazidos pela violência sexual não é fundamentada em documentos psicológicos, mas em pré-concepções morais ou patologizantes dos operadores do Direito. Daí, por exemplo, usarem expressões como “perturbação” e “irresponsabilidade”.

Há ainda uma passagem sobre a qual é pertinente salientar a associação entre um suposto sofrimento ao vivenciar e relatar os fatos em audiência com um igualmente suposto sofrimento pela realização do exame de corpo de delito, e as aqui já analisadas menções morais à subjetividade do autor (desregramento) e a sua conduta (bestialismo). Porém, esta descrição moral do autor e sua ação insinuam inclusive a inadequação da leitura legal da ação julgada, que, no caso em questão, faz com que ela seja denominada “ato infracional” e não “crime”.

Em tenra idade, foi submetida não só aos desmandos de um adolescente desregrado e mesmo tão cedo já sem escrúpulos, como também à realização de exame pericial e tendo que repetir vária [sic] vezes os fatos ocorridos – estes que, por certo, deve querer apagar de sua memória –, manteve-se firme e coerente em seus depoimentos, e como já mencionado, de imprescindível importância, ilustraram não só o contexto fático a que fora obrigado a vivenciar, como também permitiram que se conhecesse ao autor do ato bestial, ora chamado de ato infracional (Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2011.018679-9, de Jaraguá do Sul Relator: Des. Substituto José Everaldo Silva)

Como se percebe, constrói-se (e se insiste para manter) uma representação de vítima de violência sexual que seria vulnerável, traumatizável, a partir de considerações sobre seu histórico de vida, sua participação no fato e comportamento na audiência. Porém, há algumas passagens que dizem de uma tentativa de purificar este sujeito, utilizando-se de adjetivos para descrever suas características, por sua vez não fundamentadas em dados do caso, mas aparentemente na pré-concepção de que tais sujeitos são puros, quase privados de desejo, sem qualquer autonomia. Talvez assim como se procura reduzir a subjetividade do autor de violência sexual a esta sua condição (que é fruto de uma terminologia jurídica), também se reduz a etiquetar da subjetividade da vítima. E, indo além, talvez se tenha dificuldade de reconhecer vítima e autor caso não atendam a estes “estereótipos”.

Lembremos que numa delas é afirmado, por exemplo: “*Onde vivera feliz da tenra idade até o mês de setembro de 2003*” (Apelação Cível n. 2010.017175-7, da Capital Relator: Des. Newton Trisotto). Aqui a concepção de que a criança viveu feliz não é pautada em dado algum, seja a história de vida do sujeito em questão, relatos de familiares ou outras pessoas sobre a criança, fala da criança quando ouvida por operadores do Direito, ou algum documento psicológico. Aparentemente, a idéia de que ela era feliz fundamenta-se unicamente no fato de ser criança.

Em outra passagem, encontramos a expressão “... *indefesa ofendida*” (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.058341-2, de Criciúma Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato). Ora, se o fato de a vítima se encontrar indefesa no momento da ação é sempre levado em conta na análise de eventuais agravantes da conduta do autor, aqui o adjetivo “indefesa” deixa de ser utilizado como categoria jurídica. Fosse isto, seria acompanhado da menção aos detalhes do crime ocorrido. No caso, este adjetivo foi utilizado na qualificação da vítima, e não da ação.

A propósito, podemos encontrar na jurisprudência uma multiplicidade de vezes nas quais o advérbio “apenas” acompanha a referência à idade da vítima: variando em cada um dos casos, fica evidente a elasticidade da concepção de “tenra idade⁴⁴”. O mesmo se dá

⁴⁴Apelação n. 0143104-85.2015.8.24.0000, de Itapema Relator: Desembargador Paulo Roberto Sartorato; Apelação Criminal n. 2012.080989-0, de Itajaí Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho; Apelação Criminal n. 2013.042668-2, de Braço do Norte Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini; Apelação Criminal n. 2012.029965-9, de Catanduvas Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco; Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2013.022137-4, de Caçador Relator: Des. Torres Marques; Apelação Criminal n. 2013.033494-9, de Ituporanga Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini; Apelação Criminal n. 2013.085693-3, de Itapema Relator: Des. Jorge Schaefer Martins; Recurso de Agravo n. 2014.001493-0, de Araranguá Relator: Des. Sérgio Rizelo; Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.056762-0, de Herval D oeste Relator: Des. Ernani Guetten de Almeida; Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.041555-8, de Ibirama Relator: Des. Jorge Schaefer Martins; Apelação/Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2014.051506-1, de Blumenau Relator: Des. Jorge Schaefer Martins; Apelação Criminal n. 2012.015371-7, de Ituporanga Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho; Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2011.084420-0, de Campo Erê Relator: Des. Substituto José Everaldo Silva; Apelação Criminal

com o adjetivo “pequena”, sempre para se referir à vítima, presente em vários exemplos da jurisprudência e, então, para tratar de crianças de diferentes idades⁴⁵.

Lemos em determinada passagem: “*Observe-se a riqueza de detalhes do ato sexual atrelada à tenra idade⁴⁶ da ofendida*” (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.028193-7, de Brusque Relator: Des. Leopoldo Augusto Brüggemann). A partir dela, talvez fique mais claro que o propósito de tornar tão ampla e imprecisa a noção de pequenez tem como função agravar a conduta de qualquer autor que cometa violência sexual contra crianças. Como se não fosse suficiente a pena pelo fato de haver violentado sexualmente crianças; ou, em outros termos, como se fosse necessário, para fazer justiça nestes casos, puni-lo ainda ou sempre mais. Daí à criação de uma maneira de “infantilizar crianças”, e uma forma de duplicar sua vulnerabilidade.

(Réu Preso) n. 2011.072280-1, de Santa Rosa do Sul Relator: Des. Torres Marques) (Apelação n. 0005828-58.2008.8.24.0064 Relator: Desembargador Volnei Celso Tomazini; Apelação Criminal n. 2014.066317-3, de Urussanga Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini; Apelação Criminal n. 2012.003839-8, de Criciúma Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato; Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.022778-2, de Braço do Norte Relator: Des. Jorge Schaefer Martins; Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.020710-6, de Itapema Relator: Des. Alexandre d'Ivanenko; Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.026713-7, de Balneário Piçarras Relator: Des. Torres Marques; Apelação Criminal n. 2009.023254-9, de Guaramirim Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato) (Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2011.086056-5, de Campo Erê Relator: Des. Substituto José Everaldo Silva.

⁴⁵Agravo de Instrumento nº. 2013.012065-6, da Capital Relator: Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Apelação Criminal n. 2012.088237-5, de Chapecó Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato, Apelação Criminal n. 2013.085693-3, de Itapema Relator: Des. Jorge Schaefer Martins, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.041555-8, de Ibirama Relator: Des. Jorge Schaefer Martins.

⁴⁶A expressão “tenra idade” também foi utilizada na Apelação Criminal n. 2012.080989-0, de Itajaí Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho. Portanto, parece que seu uso, assim como o uso de “apenas” e de “pequena”, se faz de maneira a incluir o maior número possível de crianças numa categoria de crianças ainda mais vulneráveis. E, então, numa categoria que, violada, demanda do Direito uma aplicação ainda mais gravosa da pena.

4.7 Possibilidades de relação entre moral e lei

Aqui pode ser útil lembrar que nesta tese não se recusa o estatuto de “indefesa”, o desamparo, sofrimento e eventual trauma da vítima. O que se argumenta é que tais adjetivações da vítima não deveriam funcionar para alimentar fantasias sádicas, por parte do campo jurídico, de punição do algoz e fixação da vítima no lugar de passividade. Parece que se espera aumentar o alcance do Direito com essas leituras morais do autor (por meio de certas descrições da sua conduta e sua subjetividade), das vítimas (através da menção de determinadas formas a seu histórico de vida, sua participação no fato, seu comportamento na audiência e sua subjetividade). Talvez os operadores do Direito não pretendam desconsiderar a lei, mas o contrário, que ela acompanhe a moral, por sua vez sempre maior que a lei e sempre subjetiva. E talvez até haja uma concepção de justiça por parte dos operadores do Direito, que faz com que eles utilizem o texto legal de modo que o Direito se aproxime da justiça. O que nos permite perguntar sobre até que ponto a noção de justiça é também uma categoria moral, como parece ser por parte dos operadores do Direito. Uma jurisprudência nos auxilia a concluir e compreender tal mecanismo:

Aguiar Dias avulta que “A responsabilidade pode resultar da violação, a um tempo, das normas, tanto morais, como jurídicas, isto é, o fato em que se concretiza a infração participa de caráter múltiplo, podendo ser, por exemplo, proibido pela lei moral, religiosa, de costumes ou pelo direito. Isto põe de manifesto que não há reparação estanque entre as 2 (duas) disciplinas. Seria infundado sustentar uma teoria do direito estranha à moral. Entretanto, é evidente que o domínio da moral é muito mais amplo que o do direito, a este escapando muitos problemas subordinados àquele, porque a finalidade da regra jurídica se esgota com manter a paz social, e esta só é atingida quando a violação se traduz em prejuízo” (Da responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 5). Darcy Arruda Miranda, citado por Rolf Madaleno, salienta que “todo homem tem um valor moral próprio dentro do seu círculo social e esse conceito passa a integrar a sua personalidade, e sua aceitação social depende da preservação desses valores éticos, desse seu prestígio moral inalienável, violável e invulnerável”, porquanto “o dano moral respeita uma lesão aos sentimentos afeições legítimas de uma pessoa, ou quando lhe ocasionam prejuízos que se traduzem em padecimentos físicos, ou que de uma maneira ou outra perturbam a tranquilidade e

o ritmo de vida normal da pessoa ofendida” (Curso de direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2011. pp. 337/338) (Apelação Cível nº 2011.064923-9, de Santa Rosa do Sul Relator: Des. Luiz Fernando Boller)

Talvez essa tentativa por parte dos operadores do Direito de operar no campo do Direito, de modo a alcançar a moral que está em sua subjetividade, esteja ainda mais presente nas situações de violência sexual, posto, como explicado abaixo, ser praticamente imprescindível a consideração do histórico de vida dos envolvidos e da análise da postura por eles mostrada em audiência, para além dos conteúdos apresentados.

A unificação dos tipos penais na figura do art. 213, sob o título único de estupro, não afastará o mais grave problema de apuração e punição dos crimes sexuais, consistente da formação de prova robusta, apta a gerar convicção no julgador. O estupro é cometido, como regra, às escondidas, sem qualquer visibilidade, inclusive para não permitir à vítima alguma chance de alcançar socorro. [...] Torna-se, então, um dilema a ser enfrentado: a palavra do acusado (negando) contra a palavra da vítima (afirmando). O juiz haverá de analisar o passado comportamental de ambos, buscando conferir maior credibilidade a quem lhe passar confiança e retidão. [...] De todo modo, inviável não é a prova de ocorrência do estupro, baseando-se o magistrado apenas na palavra da vítima. Tudo dependerá da credibilidade por esta transmitida. (NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. São Paulo: RT, 2009. p. 20-21 – grifei) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.020710-6, de Itapema Relator: Des. Alexandre d'Ivanenko)

Tal leitura moral do passado de vida, participação no fato e do comportamento em audiência dá-se, vale repetir, especialmente em considerações sobre a vítima. Sobre o autor, recorre-se à leitura moral do ato praticado, que muitas vezes é tão intensa que faz com que se reduza a subjetividade do autor ao seu ato. Daí que a avaliação moral do ato às vezes reflete uma menção moral à subjetividade do autor. Quanto à vítima, há muito mais elementos que são analisados moralmente. Constata-se, então, que o reconhecimento desta apropriação moral dos envolvidos em violência sexual tem uma importância talvez maior para as vítimas que para os próprios autores.

4.8 Considerações pontuais

Supôs-se, neste capítulo, que a concepção frequentemente encontrada no discurso jurídico de que a violência sexual inevitavelmente gera um trauma é, em si, prejudicial. E é prejudicial especialmente à vítima, que não é escutada em sua singularidade. Também se demonstrou que é justamente porque se trata de uma formulação genérica, que prescinde da escuta das vítimas, que vários elementos surgem na descrição de tais prejuízos. Levantou-se a hipótese de que o Direito, pautado na consciência racional, equipara sofrimento a trauma, e daí as justificativas dos mais diversos tipos da ideia de que o ato de violência sexual é via de regra recebido pela vítima como devastação psíquica.

A partir de contribuições da Psicanálise, demarcou-se que um evento é ou não potencialmente traumático dependendo da subjetividade da vítima, que poderia tomá-lo na realidade psíquica como despossessão ou abuso, ou, numa linguagem alternativa, como agressão ou violência. Aplicando esse raciocínio ao campo da sexualidade, seguiu-se a proposição de que apenas no segundo caso o ato juridicamente tido como violência sexual teria uma resposta psíquica da ordem do trauma. No primeiro caso, poderia haver sofrimento, mas não trauma.

Mediante um ponto de vista psicanalítico, cogitou-se que, ao lado da pré-concepção segundo a qual toda vítima de violência sexual é traumatizada, há um pré-julgamento sobre o autor que se baseia em sua intencionalidade sempre consciente, isto é, na suposição de que seu livre-arbítrio é pleno.

Decorre disso que a vítima e o autor, instados a atender a certo estereótipo, preocupam-se, particularmente as vítimas, em como seriam atendidas caso não se mostrem de certa maneira ao operador do Direito, talvez encontrando assim dificuldade em serem reconhecidas pelo Sistema Judicial... como vítimas. Algumas características que os operadores do Direito esperam encontrar nas vítimas para localizar sua vulnerabilidade – compleição física infantil e desconhecimento cognitivo e prático da sexualidade – se materializa no agravamento da violência sexual contra crianças, em comparação com aquela dos adolescentes, algo que a lei não prevê.

No caso dos autores, ressaltou-se a dificuldade que os operadores do Direito podem ter para reconhecer a violência no caso de se orientarem por concepções de que são imorais ou doentes, já que os casos singulares podem impedir (ou dificultar) a imposição destas representações. A mesma dificuldade se estende à compreensão da conduta do autor quando ela não atende ao exigido pela lógica racional

(e a sexualidade talvez já suspenda esta lógica racional, particularmente quando incestuosa e quando dirigida a crianças). A virada para os campos da moral ou da patologização parece surgir como alternativa para lidar com o impasse.

Talvez seja também uma construção moral a própria concepção de que toda vítima é traumatizada, e para isto se busca em seu histórico de vida, na sua participação no fato e em seu comportamento na audiência, elementos que parecem sustentar um ideal de pureza da vítima de violência sexual.

Por fim, talvez seja possível concluir que no momento em que os anseios do operador do Direito por justiça não encontram eco no Direito, a letra da lei, que deveria ser o mínimo orientador, chega a ser desconsiderada. Surge então a presença maciça da subjetividade do operador do Direito, inclusive em detrimento da subjetividade dos demais ali em questão (vítima e autor, pelo menos).

5 POR UMA DISTINÇÃO ENTRE TRANSGRESSÃO E PERVERSÃO: DESOBEDECER A LEI NEM SEMPRE É PERVERSÃO

Conforme vimos no capítulo anterior, uma das contribuições da Psicanálise ao estudo da violência diz respeito à observação de que nem todas as vítimas representam como tal os atos que juridicamente são compreendidos como violentos. Decorre disso que alguns não desenvolvem traumas frente a tais atos, o que não quer dizer ausência de sofrimento. Podemos pensar que esta concepção faz com que se construa uma expectativa de certos históricos de vida e de comportamentos apresentados pela vítima (no momento do ato sofrido e na situação da audiência), e que, quando dados do caso apontam para algo diferente, a vítima é tratada de um ponto de vista moral.

Vimos ainda como esta representação a respeito da vítima possui um correlato nas representações sobre o autor; melhor dizendo, na ideia de que todo ato foi movido por sua intencionalidade consciente e pleno livre-arbítrio. Da mesma forma que no tratamento da vítima, foi afirmada a dificuldade dos operadores do Direito em observar a singularidade do caso, quando esta evidenciava que a conduta do autor também foi uma produção inconsciente; e, assim sendo, uma produção humana (portanto, não necessariamente imoral ou patológica). Por fim, levou-se em conta que estas concepções genéricas sobre vítimas e autores de violência sexual podem prejudicar a identificação de alguns casos de violência sexual em que ambos não se adéquam a tais representações.

Neste momento, por sua vez, aprofundar-se-á num aspecto apenas sinalizado até o momento: o de que há um interesse, com tais representações sobre a vítima e autor, de melhor fundamentar que a resposta repressiva é o melhor em casos de violência sexual. E isto mesmo ao custo de a resposta do Sistema Judicial vir a ser justamente o que desencadeia traumas nas vítimas.

Para isto, problematizar-se-á o vínculo estabelecido entre o sistema de normas e o autor de violência. Esta parece ser uma maneira por excelência de discutir psicanaliticamente como o exercício da lei pode se dar por meio de violência. Mais: a criação da violência pode mesmo servir para justificar a existência da lei.

O ponto de vista segundo o qual a violência é que justifica o exercício da lei já sofre uma reviravolta quando, no exame de um ato considerado juridicamente violento, levamos em conta as contribuições

da Psicanálise e destacamos a relação entre a vítima e o ordenamento jurídico. O foco não redutível ao autor do ato implica levar em conta a vivência psíquica da vítima na avaliação se ela sofreu ou não uma violência, conforme analisado no capítulo anterior.

Porém, neste capítulo discutir-se-á essa inversão da noção de que a violência justifica a lei a partir da relação entre o autor de um ato juridicamente criminal e o sistema de normas. Esta mudança de pensar o sujeito visibilizado como autor de trauma, ou nomeado como tal pelo Estado, exige-nos estabelecer outra distinção, qual seja, entre *perversão* e *transgressão*. Assim como para questionar a concepção de que toda vítima é traumatizada refletiu-se sobre as noções de agressão e violência, agora, para indagar a noção de que todo autor agiu por livre vontade, analisar-se-á os conceitos de perversão e transgressão.

5.1 Diferenças entre perversão e transgressão na atuação de operadores do Direito

Na própria definição do que seja transgressão, encontramos considerações a propósito deste enunciado do ato: o questionamento das normas. Discorrendo sobre onde se situa, no campo psicanalítico, a temática da transgressão, Birman (2002, p.48) supõe ultrapassagens de fronteiras que não são deploráveis eticamente, porque nelas o risco é que está em jogo, incluindo o de morrer. Aqui o questionamento não tem como função o desafio ou a destruição, mas a expansão de possibilidades existenciais. “Dito de outro modo, viver ou morrer podem ser as conseqüências do risco assumido pelo gesto transgressor, sem que isso signifique a busca da morte, mas apenas a realização de algo existencialmente mais condizente”.

Parece, então, que o ato transgressivo tem por função a ultrapassagem de limites, quando a subjetividade não encontra outra maneira de existir eticamente. O sentido do ato, então, não poderia ser buscado no ato em si, naquilo que ele produz de cenográfico, mas na sua função para o sujeito. No caso do ato transgressivo, a sua função seria de exercício de sua autonomia. Até mesmo o questionamento às normativas (aos “nãos”) ficaria em segundo plano. Sua identidade estaria primordialmente no exercício do “sim”, na autorização de fato e de direito para o exercício de sua subjetividade.

Segundo Costa (2002), o que rege a criação ética é o alargamento e mobilidade da expressividade do sujeito. A transgressão seria um efeito, algumas vezes inevitável, de uma ação afirmativa. Uma

ação que diz “sim” ao que pode ou deve fazer, e não se basta em dizer “não” ao que é. A infração de regras morais corriqueiras, assim como a sintonia com os marcos gerais da moralidade, teria a mesma função (enriquecer o mundo moral), ainda que por meio de um ato imprevisto. Assim sendo, as regras só serão transgredidas se elas colocam obstáculos ao exercício da subjetividade. O que está essencialmente em questão na transgressão não é, portanto, a ultrapassagem das regras, ainda que isto possa ser a via pela qual alcança seu objetivo: a expressividade subjetiva.

Já a perversão buscaria reproduzir, ainda que inversamente, o sistema de normas⁴⁷. Para Birman (2002), o agente da perversão não se

⁴⁷Para Zimerman (2001, p.323), etimologicamente perversão designa “o ato de o sujeito perturbar a ordem ou o estado natural das coisas”, uma definição que teria permitido a extensão do conceito de perversão a outros desvios além dos sexuais. Neste sentido, lembra das perversões morais (que exemplifica com os proxenetas), as morais (que aqui as perversões seriam confundidas com as psicopatias), as alimentares (citando a bulimia e a anorexia), as institucionais (desvio da finalidade para a qual foram criadas) e as do setting analítico, ainda que reconhecendo haver outras.

De qualquer modo, ainda conforme o autor, em sentido mais estrito, ainda na atualidade a maior parte dos autores mantém a idéia freudiana restrita de que perversão designa os desvios ou aberrações das pulsões sexuais, não se atendo a como isto se daria no caso das pulsões de morte. Nesta direção, Chemama (1995, p.162) lembra que a “perversão não é uma simples aberração da conjunção sexual em relação aos critérios sociais estabelecidos. Ela coloca em ação o primado do falo, realizando uma fixação do gozo em um objeto imaginário – frequentemente errático – em lugar da função fálica simbólica, que organiza o desejo por intermédio da castração e da falta”. E ainda complementa que é a proximidade entre as perversões e a prediposição original e universal da pulsão sexual que torna árduo reconhecimento da especificidade da perversão, que seria de outra ordem além da manifesta pelos atos.

Neste momento também é cabível distinguir perversão de perversidade, e para isto se recorre a Laplanche e Pontalis (1998), para quem perversão refere-se a uma estrutura organizada como defesa contra angústias, e perversidade trata-se de crueldade e malignidade.

Roudinesco e Plon (1998), por sua vez, observam que para a Psicanálise o conceito de perversão é desprovido de qualquer conotação pejorativa ou valorizadora, tratando-se unicamente de um desvio sexual (práticas e fantasias) em relação a uma norma social, que poderia induzir a

põe em risco, mas calcula ganhos e perdas, e comete o ato que entende poder incrementar seu poder pessoal – daí o anseio por signos de prestígio. A subjetividade envolvida na transgressão, por sua vez, seria marcada por um descentramento do eu e inscrição do registro ético. Busca-se a invenção da criação, da invenção do novo, da superação do Mesmo. Ela visa ao outro, posto regular-se pela alteridade. No ato transgressivo, outras fronteiras são estabelecidas pela e para a subjetividade, tanto no registro ético quanto no estético. Há, portanto, formulação de novos registros de simbolização.

Birman (2002) destaca pertinentemente uma particularidade da perversão: seu apego exacerbado ao eu. Submetendo-se à moral vigente (inclusive de modo servil), a individualidade própria da perversão caracteriza-se pelo moralismo. Se o ato perverso não questiona o sistema normativo, mas dele procura se apropriar, promovendo apenas uma mudança de quem venha a ser o agente do poder (no caso em questão, não mais a lei, mas o próprio operador do Direito), o ato transgressivo diz justamente de uma subjetividade que não compactua com o poder e crueldade inerentes ao sistema de normas. Na perversão haveria uma imposição pelo sujeito de seu sistema normativo, uma proposição de substituição do sistema normativo instituído, atendendo ao imperativo de gozo e dominação. Na suposta normalidade, haveria uma submissão servil às normas por parte do sujeito. E, na transgressão, uma suplementação das normas quando as mesmas passassem a funcionar autonomamente, e servissem apenas para que o poder fosse exercido.

Como podemos perceber, o que está em questão em ambas as situações, ainda que mudando os agentes e instâncias normativas, é o universo criado pelo sistema normativo. Talvez um operador do Direito fosse transgressivo quando ultrapassasse a letra da lei, trazendo sua subjetividade, para que aos sujeitos que chegam ao Sistema Judicial não

uma norma jurídica. Daí inclusive tradicionalmente não classificar as perversões, conforme se encontra na psiquiatria e sexologia, sendo uma delas a pedofilia. Explicam também estes autores que este tratamento pejorativo ou valorizativo da perversão depende do local e tempo onde se encontram as perversões, por sua vez sempre e em todo lugar existentes. Uma indagação possível de se fazer até o momento é se os operadores do Direito não fazem uma certa confusão entre perversão e perversidade, ao não conceberem que um ato como aqueles que a eles chegam como caracterizando violência sexual pode ser de outra ordem que não a da perversão (por exemplo, a da transgressão, como se propõe neste capítulo).

sofressem crueldades. Poderíamos pensar que isto se daria quando o operador do Direito reconhecesse, como vítima, uma vítima de violência sexual mesmo quando ela não se mostrasse traumatizada, e também quando punisse o autor de tal violência apenas por seu comportamento, e não por sua subjetividade. Afinal, parece estar a serviço deste julgamento da subjetividade do autor as considerações morais sobre ele quando sua intencionalidade demonstra haver sido inconsciente e não patológica.

Continuemos um pouco mais o mesmo argumento. O gesto transgressivo pretende abolir momentaneamente o sistema normativo. Mais fundamentalmente, esta suspensão visa à criação de condições de possibilidade de se enunciar a subjetividade de forma mais compatível com seus desejos e imperativos pulsionais. Haveria uma busca pelo sujeito de inscrição no mundo por meio de palavras e atos, mas isto não implicaria numa nova regulação normativa. Em favor deste trabalho de tese, poderíamos pensar que é transgressivo o operador do Direito que encontra vias de expressão de sua subjetividade para garantir direitos dos sujeitos envolvidos nos atos tratados (como dito acima), ao mesmo tempo em que continua submetido à lei. Por outro lado, seria perverso o operador do Direito que aplica a lei em seu nome. Em outros termos, o operador cujo exercício profissional teria, como protagonista e referência, ele próprio (seu eu) e não a lei.

É pertinente salientar que não se está propondo que todos os operadores do Direito sejam iguais, porque submetidos a uma mesma lei. Isto, além de impossível, é antiético. A questão fundamental é se considerar um instrumento para aplicação justa (o que demanda criatividade) da lei, ou considerar a lei um instrumento para aplicação da sua moral subjetividade. Na perversão, estamos falando de uma ética de desdobramentos estéticos, mas sem implicações morais: o gesto transgressivo, sendo um ato ético propriamente dito, permitiria à subjetividade enunciar-se e materializar-se como diferença e singularidade. Por fim, a experiência transgressiva implicaria numa ruptura com o poder e a crueldade; logo, uma ruptura com o fundamento e forma por excelência de ação do sistema normativo. De fato, não recair na perversão e ser transgressor é um especial desafio para operadores do direito penal, tão habituados a colocar em primeiro plano a privação de direitos e o autor dos atos. Habitualmente, estes operadores do Direito são perversos ou normais.

Parece então que o ato transgressivo, diferentemente do ato perverso, recusaria esta relação imaginária com o sistema de normas na

qual ambos, sujeito e normas, encontram-se frente a frente: muda-se apenas a origem e a incidência da violência. Logo, é possível uma nova interpretação do ato transgressivo pelos operadores da lei, como ainda nos afirma Birman (2002). A transgressão é a forma com a qual a individualidade resiste ao imperativo da normalização e da disciplina. A ultrapassagem de limites e tentativa de traçar novas fronteiras decorreria precisamente do questionamento das normas, e a conflitualidade, por sua vez, resultaria da oposição ativa dos agentes e instâncias da norma ao gesto transgressor, que o interpretam como provindo do campo do mal e exigindo correções disciplinares.

Pode-se entender, porém, que no lugar de instâncias de normalização, os operadores do Direito encontram-se via de regra numa relação dual com o autor, quando tomam seu ato como “do campo do mal”/perversão. Neste caso, não se esperaria deles algo além de outro ato perverso. Pode-se até indagar se não há aqui uma retroalimentação, na qual não apenas a perversidade de alguns autores de violência sexual mobilizam respostas, talvez igualmente perversas, nos operadores do Direito. Paralelamente, alguma possível perversidade do operador do Direito faz com que ele reconheça como perversa qualquer suspensão das normas.

5.2 Dos tipos de transgressão: ética e não-ética

De todo modo, para não recairmos numa espécie de elogio indiscriminado à transgressão, nem numa leitura “individualizante” da conduta dos operadores do Direito, encontramos na bibliografia uma distinção entre transgressão ética e não ética. Segundo Costa (2002), em termos cognitivos e gerais, a transgressão recairia em perversão quando, com seu ato, seu autor fala do lugar de detentor da verdade. Quando o ato se propõe fundamento primeiro, universal e irrevogável dos preceitos que acaba de instaurar. Mas seria impossível pensar em transgressão ética em casos nos quais se questiona os tabus do incesto e o parricídio, porque demandaria uma insubordinação à lei da castração. A “transgressão moral ética” permitiria o surgimento de outros atos inovadores no terreno da reinvenção de ideais do eu. O ato ético assinalaria, então, a existência autônoma do sujeito – “ética” compreendida como “transgressão moral” quando há acordo entre norma ontológica e normatividade psicológica.

Cabe lembrar, mesmo aqui, na tradição judaica, de alguns exemplos que questionam inclusive estes tabus do incesto, e também se

encontra exemplos de questionamento do tabu do parricídio (como Freud, 1913, já descreveu). Ainda assim, a questão que talvez seja fundamental é a obediência ou não a uma lei maior. Nesta direção, há situações em que a ação do sujeito baseia-se na tradição, e outros nos quais se fundamenta em sua (do sujeito) verdade. Veja-se que, caso se acompanhe esta ideia, mais uma vez não seria o comportamento que nos auxiliaria a pensar sobre a posição do sujeito. No caso, reconhecer se seu ato diz de uma transgressão ética ou não-ética dependeria da escuta se ele se submete a uma Lei maior que ele ou não. Além disto, neste momento pode ser suficiente questionar as possibilidades socialmente dadas de transgressão ética numa tradição ocidental cristã moderna, que parece reger nosso ordenamento jurídico.

Para Enriquez (2002), a transgressão ética torna-se inviável quando o capital organiza as sociedades e quando há um agigantamento de interdições. é necessária a existência de proibições sociais suficientemente sacralizadas relativas a valores que dizem de um “bem comum”. Porém, tem-se multiplicado as proibições. Ao mesmo tempo, excetuando o dinheiro, os valores desapareceram. Assim, cada um ou cada grupo criaria seu sistema de proibições e valores, sendo exemplos destes valores a liberdade sexual desmesurada, o igualitarismo, o sadomasoquismo, o estupro coletivo e a relação contemplativa com a divindade.

Birman (2002, p.49) parece estar de acordo ao discutir a inviabilidade daquilo que é mais característico da transgressão (o exercício ético de um ato), quando há um descompasso entre as normas vigentes e as práticas sociais. A seu ver, na modalidade de transgressão atualmente instituída, não há uma marca ética, não haveria risco em jogo, mas o uso do que é virtualmente possível, ainda que não legalmente autorizado. Melhor dizendo: a transgressão não ética disporia das normas vigentes, e legitimaria as infrações como práticas sociais. “Em função dessa legitimação, o público se escandaliza, mas acaba por se reconciliar com essas práticas. Se o horror provocado invoca a representação da ordem legal, a naturalização denota, em contrapartida, o reconhecimento implícito das normas”. E arremata: “Eis porque o cinismo e a postura de impotência se conjugam como resultantes do processo”.

Talvez algo indicado em falas do tipo: “não posso fazer nada. É a lei que me obriga a fazer isto”, ou “é para o bem da vítima que puno o autor”, de alguns operadores do Direito, negando sua autoria na

interpretação e aplicação da lei, e que o principal objetivo é o mal de alguém (o autor) e não o bem de outro alguém (a vítima).

Poder-se-ia propor que este desencontro entre as normas vigentes e as práticas sociais, que busca ser reparado por meio de transgressões não éticas, constrói (e ao mesmo tempo é construído por) um agigantamento do universo normativo previsto em códigos. Enriquez (2002) aborda de forma mais aprofundada os efeitos de um Estado que, submetido ao capital, precisa ser o foco de investimento libidinal dos cidadãos. Os cidadãos exercerão subjetivamente sua identidade na posição passiva perante o Estado, esperando ser por ele reconhecidos, e não na relação com o outro, como em um Estado efetivamente democrático. A transgressão radical das proibições estruturantes seria impossível, sob pena de negar a própria constituição da cultura. “Normalizado”, “instituído” transforma-se em perversão. De qualquer modo, as proibições sociais sagradas podem dar lugar a outras consideradas mais justas.

Em nossas sociedades de “totalitarismo democrático” de tipo capitalista, algo teria mudado: não se falaria mais de submissão a um Estado-Leviatã, que não distingue vida pública e vida privada, mas de um Estado que desregulamenta e desregula. Além disso, este Estado retiraria o sujeito da participação na vida social, transformando-o em indivíduo massificado, conformista, preocupado com a produção, consumo exagerado, riqueza e sucesso social, indiferente ou hostil à coletividade.

Enriquez (2002) supõe que o supereu coletivo encontra-se enfraquecido, daí uma precariedade do sentimento de culpa, fundamento da civilização judaico-cristã. Não sendo asseguradas a repressão e o recalque das pulsões arcaicas, não haveria em que transgredir. Não haveria ideais coletivos (e, frequentemente, “ideal do eu” individual), nem supereu coletivo (e, por vezes, “supereu individual”), restando apenas campo para a perversão, neste contexto em que cada um pode agir como bem quiser; não se entra em relações de confiança e de reciprocidade com o outro; e não se valoriza a contribuição ao “bem comum”. O outro seria instrumentalizado de acordo com o próprio gozo.

Assim, em um Estado que precisa se apresentar como único detentor da resposta aos conflitos humanos é eficaz o surgimento do maior número possível de normas. Normas significativas em quantidade, e que prevejam o maior número de condutas humanas. Autores, e nem mesmo testemunhas ou vítimas, podem questionar um Estado dessa natureza, porque qualquer ato transgressivo não é

autorizado. Assim sendo, a única forma de o afetarem é por meio de atos perversos.

Lembremos, como discutido no capítulo anterior, que a própria história do Direito demonstra sua dificuldade em pleitear direitos dos cidadãos, em especial quando tais direitos não são implicados em interesses capitalistas. Assim, podemos pensar que talvez seja árduo ao Direito, em casos de violência sexual, procurar acima de tudo desenvolver a autonomia dos sujeitos. Ao que parece, o que fica em primeiro plano é a apresentação como salvaguarda dos sujeitos. De fato talvez tenham pouco a fazer os operadores do Direito nesta conjuntura. Precisariam cometer significativas transgressões para que não apenas saiam da perspectiva da perversão, mas também da perspectiva da normalidade.

5.3 A feminilidade em diálogo com a distinção entre perversão e transgressão

Propôs-se que os operadores do Direito nunca tomam os atos de violência sexual como se fossem do campo da transgressão, e que isto seria possível, pelo menos nos casos em que não há incesto. Tentou-se mostrar que, assim procedendo, eles estão orientados por um Direito que historicamente só prioriza os direitos quando isto se mostra interessante em termos capitalistas. Com os autores de violência sexual, que cometem atos que não violam patrimônio, parece lhes ser árduo tratá-los primordialmente em nome de preservação de direitos. Colocando como principal objetivo a repressão destes autores, são os operadores do Direito que estariam agindo perversamente, independente de o autor de violência sexual ter cometido uma perversão ou uma transgressão.

Essas considerações sobre transgressão/perversão, articuladas com a temática da feminilidade, abrem caminho para a discussão sobre criminologia feminista, a ser realizada no próximo capítulo. Como se abordará, parece haver uma relação próxima entre esta atuação destes profissionais e a situação de subjetividades organizadas por um imperativo fálico.

Um Estado que não contém o que há de mal no sujeito, e que não suporta ser questionado, é um Estado que rechaça a feminilidade, compreendida como condição de não orientação pela ordem fálica, de desamparo perante a lei. Na experiência transgressiva, nos explica Birman (2002), o sujeito vive o desamparo, a incerteza e a imprevisibilidade, e perde momentaneamente a segurança trazida pelo

sistema normativo, vivendo a possibilidade de morte fantasmática; em outros termos, a perda dos gozos resultantes das fixações nos diversos circuitos da pulsão. O reconhecimento da subjetividade pelo Outro se deu, inclusive porque tais gozos foram forçados por normas instituídas pelo Outro. Portanto, não se trata de uma perversão.

A figura do pai é o representante psíquico do sistema normativo instituído, e, neste momento de ultrapassagem de um limiar crucial que é a transgressão, o sujeito sente a nostalgia da proteção outrora oferecida por ele. “[...] a experiência transgressiva lança a subjetividade no registro da *feminilidade*, uma vez que não se regula mais pela lógica fálica” (Birman, 2002, p. 58). O sujeito tiranizado seria aquele privado pelo pai-Estado de feminilidade, obediente a uma tirania fálica. Assim é que pode ser sedutora a presença de um Estado que se propõe onisciente, onipresente e repressor, seja para o sujeito homem, seja para o sujeito mulher. Seja para o autor de violência sexual, seja para a vítima de atos desta natureza.

O Direito pode rechaçar a feminilidade ao se propor pleno, ou seja, quando se apresenta inquestionável (daí compreendendo que todo autor de violência sexual teve como principal função de seu ato se apropriar da lei) e quando se apresenta detentor da solução dos males vivenciados pelos sujeitos (inclusive, quando vivenciaram violência sexual). Para acolher o desejo de uma vítima por não criminalizar a violência sexual sofrida, o Direito precisaria suportar transgressões – e transgressões não apenas de alguns autores de violência sexual, mas transgressões de seu próprio discurso em que se apresenta onisciente. Talvez seja mesmo em nome da manutenção de um norteador fálico que o Direito resiste a autorizar que as vítimas dele não precisem.

Isto pode fazer com que reste a algumas vítimas estabelecerem relações perversas com o Direito; por exemplo, modificando suas versões, não fornecendo dados fundamentais do fato para a instrução do processo, não comparecendo a audiências, projetando nos operadores do Direito a sua decisão por representar criminalmente ou não nos casos em que isto é possível, etc.

Roudinesco e Plon (1998, p.707) explicam, após realizarem um percurso crítico sobre a teoria freudiana a respeito da sexualidade feminina, que, em nome da construção de sua doutrina, Freud absteve-se de compromissos militantes e rejeitou aspirações igualitárias do movimento feminista. Entretanto, ressaltam que ele acompanhou quem mostrava que o feminino devia ser entendido como campo integrante do universal humano; e, portanto, aqueles que, partindo de um

universalismo, fundamentam verdadeiramente o igualitarismo. “Para Freud, com efeito, a existência de uma diferença anatômica entre os sexos não desembocava numa concepção naturalista, uma vez que essa famosa diferença, ausente no inconsciente, atesta, para o sujeito, uma contradição estrutural entre a ordem psíquica e a ordem anatômica”.

Neste sentido, o fundador da Psicanálise teria sido um pensador da emancipação e da liberdade, o que se evidenciava (de maneira aparentemente paradoxal) em sua teoria da sexualidade. A partir dela, ele propõe que, se não somos psiquicamente determinados pela hereditariedade, tal como os animais por seus instintos, tampouco podemos abdicar de nosso desejo, que nunca esquece, mesmo se indefinidamente adiado.

De qualquer modo, com o conceito de gozo em Lacan, podemos melhor discorrer sobre a particularidade da sexualidade feminina, dando um passo além de Freud, cuja primeira contribuição teria sido a de não tratá-la como inferior. Segundo Roudinesco e Plon (1998), retomando o mito da horda primitiva, Lacan destaca o impasse da noção de complementaridade resultante da tese freudiana de libido única: a negação da diferença e, por efeito, a negação da castração. Isto porque tal mito pressupõe a fantasia de que ao menos *um* tem acesso ao gozo absoluto. “[...] não há gozo para o homem senão um gozo fálico, isto é, limitado, submetido à ameaça da castração” (Roudinesco & Plon, 1998, p.300). No caso das mulheres, não havendo, como nos homens, algo equivalente ao pai originário, para elas o *gozo Outro*, ainda que também impossível, não é atingido pela proibição da castração. O gozo feminino é, portanto, sem limite. É suplementar. Um gozo que é incognoscível para e pelo homem, e também indizível pelas mulheres⁴⁸.

⁴⁸ “O gozo sexual não é óbvio, sobretudo quando se é mulher, e esta dificuldade é ainda uma história de linguagem. Por razões que nos escapam desde a origem dos tempos a mulher causa dificuldades, ou melhor, as línguas têm uma dificuldade com a mulher: nenhuma dispõe da palavra que permitiria dizer o que ela é; as línguas dizem apenas dos atributos da mãe e da esposa. Daí o aforismo: a mulher não existe. À primeira vista, o homem não tem esta dificuldade; a língua lhe indica os atributos da virilidade: forte, corajoso, etc. É verdade que os mitos das origens contam que a mulher teria sido criada depois do primeiro homem, para distraí-lo de seu enfado. A mulher vem depois; ela não seria mais do que a companhia do homem e a mãe de seus filhos: *gyné* é a mulher enquanto unida ao homem. ‘Quando eu digo mulher, escreve Rabelais, eu digo de um sexo tão frágil, tão variável, tão mutável, tão inconstante e imperfeito, que Natureza, quando construiu a

Para os homens talvez seja mais difícil acessar aquilo que é condição humana (a não plenitude). Até por uma condição anatômica, é para eles mais árduo desprender-se da fantasia de totalidade. Daí que o discurso da masculinidade é um discurso que mais resiste à limitação e que mais anseia o poder. Diferentemente, o feminino de partida é mais acessível à inscrição das faltas, e mais disponível a não buscar o poder. Talvez as vítimas de violência sexual, ao não manifestar interesse em criminalizar o fato (logo, não desejando fazer sofrer o autor), estejam questionando um discurso jurídico eminentemente masculino. Da mesma maneira, talvez alguns autores de violência sexual não pretendam, com seu ato, apropriar-se da lei, mas apenas encontrar vias de expressão de sua subjetividade. Especialmente quando, conforme veremos no capítulo seguinte, pertencem a categorias que são alvo de exclusões por parte do Estado.

Para melhor seguirmos nesta hipótese, façamos como fez o próprio Lacan, e voltemos a Freud para melhor fundamentar este argumento; mais diretamente, a *Totem e Tabu*, sua obra-prima de 1913,

mulher, parece ter-se afastado desse bom senso com o qual tinha criado e formado todas as coisas. E, tendo pensado sobre isso, não sei como resolver isso senão que, forjando a mulher, ela levou em consideração mais o desfrute social do homem e a perpetuidade da espécie que a perfeição da individual feminilidade. Platão chegou mesmo a fazer da mulher um homem que teria sido punido (*Timeu*, 90d). Não encontrar na língua palavras para definir a mulher dificulta a identificação feminina. Não é a falta do pênis que está na origem dessa dificuldade, é a falta de palavras, mesmo sendo esta dificuldade imputada à falta de pênis. Se os homens parecem mais afortunados, se têm palavras para qualificar seus atributos, eles não têm nenhuma, porém, que diria de sua essência de homem: podem se identificar com traços de virilidade, mas jamais estarão seguros de ter efetivamente esta virilidade. É este todo o problema de D. Juan. [...] A questão deste gozo outro não deve ser, portanto, de modo algum atribuída a uma essência da mulher, mas a um efeito da língua que diz respeito tanto à mulher quanto ao homem, mesmo se mais evidente para a primeira do que para o segundo, não dizendo a língua o que definiria a mulher quando especifica os atributos do homem. Este gozo, exemplar do efeito da subdeterminação da língua pelo real (não procede de uma determinação biológica, mas da linguagem), todos nós o experimentamos, mais ou menos, quando nos entregamos em excesso à demanda de nossos parceiros ou a esses excessos que são a embriaguez do alcoolismo ou das toxicomanias.” (Marie, 2004, p. 189-191, tradução inédita de Fernando Aguiar).

apesar de “erros patentes e interpretações equivocadas”, devidamente reconhecidos e apontados pelos “especialistas em arte, antropologia e história das religiões” (Roudinesco & Plon, 1998, p.756). Esta obra traz importantes colaborações sobre o conceito de feminilidade e, ao que aqui importa, contribui especialmente para refletirmos sobre os efeitos de um Estado fâlico sobre a subjetividade de vítimas de violência que a ele recorrem.

Apoiando-se em pesquisas etnológicas e antropológicas de sua época, Freud constrói uma narrativa segundo a qual em algum ponto de sua história evolutiva a civilização humana vivenciou o parricídio e o incesto. Teria havido uma reunião dos machos subordinados a um pai todo poderoso, cuja resultante foi o posterior assassinato deste gozador e deles privador. Comeram sua carne, pressupondo que seu poder estava no corpo, na materialidade. E assim esperavam ter acesso às mulheres antes apenas disponíveis ao pai; entretanto, o efeito inesperado é que os irmãos passaram se reconhecer como rivais, uma vez que cada um deles poderia querer em algum momento o mesmo poder do pai morto.

Criaram então algumas regras para limitar sua pulsão sexual, constituindo assim o tabu do incesto. Estabeleceu-se que havia mulheres por alguma condição (consanguinidade, por exemplo) inacessíveis. A presença física do pai não mais era necessária para terem limitados seus impulsos sexuais. Ao mesmo tempo, criaram o tabu do parricídio, porque perceberam que se sentiriam mais seguros uns em relação aos outros caso construíssem alguma representação do pai. Caso o trouxessem de alguma forma à vida, garantiriam que nenhum deles se autorizaria a pleitear o lugar de poder. Criaram então os totems, via de regra, animais. Era proibido matar ou caçar o animal totem da tribo, mesmo que para sua alimentação. Em troca, periodicamente havia nessas tribos uma festa em que de forma ritual se caçava e matava justamente o animal totem, para dele se alimentar de forma comunal.

Não é sem importância perceber a ironia contida nas duas características que distinguem o homem dos outros animais – os tabus⁴⁹ do incesto e do parricídio ou morte do pai ou representante – erigidas sob uma espécie de elogios a animais. Além disto, foi como expressão do medo, e ao mesmo tempo como alternativa a ele, que surgiu a culpa. Por fim, quão árdua é a noção de uma culpa terrena, desatrelada de princípios religiosos. Por meio do totem, humanos passaram a se relacionar com o pai em espírito, que gradativamente assumiu a

⁴⁹A observar que não se falou aqui em “crimes” de incesto e parricídio.

condição de divindade. Esta seria, conforme Freud, a origem da transformação religiosa do “pai deus” no “Deus Pai”. Desse modo, reconhecendo a força psíquica da religiosidade, ele desconstruiu o caráter sagrado das divindades e atribuiu à religião a condição de uma fenomenologia social que objetiva postular e manter a ordem social⁵⁰.

Pode-se concluir desta análise como é difícil não nos ofendemos em sermos equiparados a animais, já que assumindo seu lugar nos sentimos culpados por estarmos nos equiparando àquele todo gozador e definidor das normas. E, ao mesmo tempo, como nos é fascinante atender a princípios religiosos.

No entanto, a conclusão que mais interessa a este trabalho de tese sobre violência sexual (temática que inevitavelmente nos leva a discussões sobre feminilidade) é a de que no sentimento de ofensa das mulheres frente a situações em que habitualmente são chamadas por nomes de animais está um desconforto em serem chamadas daquilo que não fala. Parece haver um acréscimo de culpa, já que nesta condição ela também transgredir o princípio religioso de que mulher não escolhe, mas é escolhida. Em outros termos, transgredir a concepção de que mulher não se interessa por gozar do corpo (próprio e alheio).

Refiro-me a uma comum modalidade de violência contra a mulher, que são as injúrias, para apontar o incômodo maciçamente por mulheres sentidas quando chamadas de animais. Trata-se dos xingamentos de galinha, cadela, piranha, vaca, etc⁵¹. Um caminho para

⁵⁰A história de Freud com a religião é riquíssima e nuançada. Mas, como todo bom intelectual na passagem do século XIX ao XX, por uma razão ou outra, era ele um crítico da religiosidade. Ópio do povo, para Marx. Neurose obsessiva coletiva, por exemplo, para Freud. E mesmo se dando conta de que duraria ainda muito tempo, a ciência era para ele, moderno e iluminista, muito superior à religião como forma de explicação do mundo (Freud, 1927/1996).

De qualquer forma, o que aqui se pode apontar é como ele analisa a temática da religiosidade, e não a vê por um viés moral, que o levaria a uma crítica própria a julgamentos de valor.

⁵¹Quem atua com violência contra a mulher (lembrando aqui que “mulher” não é uma condição definida pela biologia), também escuta frequentemente sofrimentos causados por sua equiparação aos psicóticos (os “xingamentos” a elas proferidos de que são “loucas”). Poder-se-ia, sobre isto, lembrar o questionamento já realizado nesta tese sobre até que ponto a racionalidade cartesiana é digna incontestemente de elogio; e, portanto, em que medida aqueles que a ela evidentemente se contrapõem são dignos de desqualificação.

tanto seria problematizar que tais expressões ferem porque equiparam a mulher à puta; no entanto, isto demandaria discussões sobre repressões relacionadas à sexualidade feminina, e, por exemplo, a correlata dificuldade de se compreender a prostituição unicamente como profissão.

A opção foi aprofundar um pouco mais a respeito do medo humano de se animalizar, ou sua resistência em se perceber animal⁵². Uma bela demonstração deste medo e resistência é o frequente uso da expressão “humano” para se referir a características moralmente elogiáveis, como empatia, altruísmo. Momento em que se esquece, por exemplo, como humanos (não doentes!) são aptos a coisas como nazismo, tortura, condenar e ir em seguida ao cinema.

De qualquer modo, merece ainda mais ser ressaltado como este medo possui uma raiz falocêntrica, porque remete à disputa com um pai todo gozador e privador. E, ainda, de como para se defender de tal medo o discurso masculino precisou equiparar as mulheres aos animais, para nelas projetar a figura amedrontadora do humano faltante⁵³. Talvez

Também são comuns os xingamentos a mulheres por meio da palavra “perua”, aqui numa intenção de desqualificar uma característica que no Ocidente (inclusive na contemporaneidade) está associada à feminilidade: um corpo cheio de vaidade.

Esta tentativa de ofensa parece não atingir grande parte das mulheres. Seja como for, já é digno de incômodo o fato de serem criticadas justamente por haver desenvolvido este atributo (a vaidade expressa no corpo) em resposta ao modelo hegemônico de feminilidade, que nos convoca a sermos desejadas antes de desejarmos.

⁵²No século XIX, a visão progressista da evolução humana, do século anterior, “assumiu uma feição biológica, sob a influência do pensamento darwiniano. À antiga ideia de que o retorno à animalidade seria a origem de todas as falhas morais do espírito humano, Charles Darwin (1809-1882) opôs a tese de continuidade. Não apenas o homem já não estava, por essência ou por natureza, excluído do mundo animal, como também ele próprio se tornava um animal evoluído, um mamífero superior.” (Roudinesco e Plon, 1998, p. 27).

⁵³Podemos lembrar que expressões como “bicha” também são usadas na intenção de desqualificar aqueles portadores de pênis não interessados em se relacionar (pelo menos não exclusivamente) com mulheres. Como se fosse ofensiva à heteronormatividade, a ideia de que um portador de pênis não considere uma honra a possibilidade de possuir uma mulher. Em outros

também o Direito, portador de um discurso falocêntrico, conceba as mulheres como ameaça, porque nelas projeta a representação de alguém que sofre pela falta, que anseia pela plenitude e em disputa pelo poder. Alguém que, na verdade, teria a representação de um homem.

Kehl (2002) traz alguns apontamentos que caminham nesta direção. Por exemplo, a da dificuldade de se estabelecer uma relação com a verdade que não passe pelos desdobramentos imaginários do falo. Para a autora, esta posição frente à verdade é a daquele que pretende possuí-la; dizendo de outro modo, daquele que não suporta as reverberações de um outro saber.

Como se percebe, parece ser uma postura condizente com a dos operadores do Direito que não suportam ser questionados em seu saber. Uma posição fálica, masculina, que rechaça o feminino. “A ética da psicanálise não responde a um ‘dever conhecer’, mas a um ‘deixar falar’ a verdade do sujeito. Em vez de produzir certezas sobre o ser, a psicanálise surge como uma espécie de prática da dúvida” (Kehl, 2002, p.73).

Uma autora que dialoga com esta concepção é Souza (2011), quando aponta para a associação entre o feminino e o vazio e entre o masculino e a substância/contínuo/infinito e, particularmente, para como as teorias e práticas produzem determinadas subjetividades na história ocidental moderna que qualificam o masculino-substância e desqualificam o feminino-vazio. A desconsideração, negação ou desqualificação do feminino, é fundamental lembrar, possui uma relação com o rechaço daquele discurso que contraria, ou pelo menos suspeita, da natureza divina. Este discurso, segundo a autora, ainda hoje hegemônico, sustenta relações de poder e violência, não obstante se reconheça contemporaneamente seus limites epistêmicos e ontológicos.

O Direito é um destes campos de saber originados na modernidade. E, ao que se debateu até agora, parece bem exemplificar estas relações de opressão frente ao feminino. E se pode arriscar cogitando que a não ultrapassagem destes limites epistêmicos e ontológicos que racionalmente foram suspensos pela própria Física deve-se à mobilização que a sexualidade feminina traz aos seus operadores.

Porém, também se pode pensar esta relação discursiva entre o Direito e a feminilidade a partir de um outro prisma, talvez mais amplo.

termos, como se fosse aterrorizante a noção de que um portador de pênis se reconhecesse (pelo menos em parte) na posição feminina.

Refiro-me à discussão de Spivak (2010), também epistêmica e, assim sendo, que também trata da relação com a verdade, sobre a relação entre o intelectual e o oprimido. A autora alerta para o fato de que falar pelo outro, supostamente para promoção de um discurso de resistência, é mais uma maneira colonizadora de silenciar e manter silenciado o subalterno. Assim procedendo, reproduz-se estruturas de poder e opressão e não se ouve o sujeito. Melhor dizendo, não haveria transação entre falante e ouvinte. A este sujeito continuaria inacessível o espaço dialógico de interação, porque o colonizado continuaria desprovido de agenciamento.

As ações dos operadores do Direito estudadas nesta tese não se referem a produções acadêmicas de suas autorias. Mas não deixam de ser produções de saber sobre aqueles que a eles chegam. Ademais, são produções de verdade, posto serem decisões a respeito de dúvidas que supostamente seriam esclarecidas pelo sistema de justiça. Assim, esta análise da citada autora parece ser aplicável. E, ainda, aplicável à exclusão do feminino, porque, conforme já se procurou fundamentar, esta categoria é (pelo menos) uma das rechaçadas pelo Direito moderno ocidental. A própria Spivak (2010) vai dizer que a mulher subalterna encontra-se numa situação ainda mais subjacente devido à problemática de gênero. De minha parte, penso que a mulher é, por ser mulher, subalternizada por discursos como o do Direito ocidental contemporâneo.

5.4 Reflexões a propósito da (im)postura do operador da lei para com a vítima

Como podemos perceber até aqui, a preocupação em diferenciar perversão e transgressão é fundamental não apenas para que o Estado dirija-se eminentemente à garantia de direitos do autor de violência sexual, mas também da vítima. Esta diferenciação, então, parece ser tão fundamental quanto aquela debatida no capítulo anterior, entre agressão e violência. No momento em que se passou a discutir algumas características de que Estado é este que se quer mostrar onisciente e onipresente (daí não suportar, por parte da vítima de violência sexual, que ela não queira criminalizar) e inabalável (ao autor de violência sexual, porque acredita que ele sempre quer se apropriar da lei), chegou-se à conclusão de que um Direito que assim responde às vítimas e autores é próprio a um Estado fálico.

Cabem agora, no entanto, algumas considerações sobre este processo civilizatório, aqui pensado especificamente a partir das possibilidades oferecidas ao sujeito em sua relação com o Estado, por sua vez materializado em seus representantes, isto é, os operadores do Direito (objetos do interesse específico deste trabalho de tese).

Conforme a teoria freudiana, a renúncia à satisfação pulsional no processo civilizatório dá-se mediante a internalização das proibições. Porém, sempre resta um resíduo de pulsão não recalçada (Lima, n.d.), transformada em pulsão de morte. Daí a importância de equipamentos que reassegurem a referida internalização, como as religiões, as ideologias, as nacionalidades, o patriotismo, as defesas morais, as defesas políticas, as defesas dos textos.

O processo civilizatório fica mais evidente se consideramos as modificações da relação do sujeito com o outro, que são, em certa medida, o efeito primordial da referida internalização das proibições. Para se pensar sobre a relação entre sujeito e outro, podemos pensar basicamente em dois caminhos. Inicialmente, aquele no qual um dos destinos da identificação é a dessexualização, num processo em que inicialmente a libido investe o objeto, posteriormente o eu se identifica com o objeto, e por fim a violência preenche o lugar vazio da sexualidade. Há, então, um retorno ao objeto, mas agora pela via da violência. O outro caminho da relação entre sujeito e outro é a submissão masoquista do eu ao objeto, que origina toda passividade, incluindo a aceitação passiva do poder do Estado.

O que entretanto aqui merece ser particularmente destacado, com Lima (n.d.), e independente de um ou outro destes caminhos, é a colocação do Estado na estruturação do psiquismo na mesma série que o pai – quer dizer, o Estado como substituto da figura paterna e alvo de investimento, de posterior identificação e de violência. O autor não explicita, mas a expectativa de violência na relação com o Estado-pai, que parte do sujeito ou do Estado-pai, decorre precisamente da rivalidade inerente ao processo de identificação.

Esta concepção freudiana de como se dá o processo civilizatório parece ser particularmente interessante para supor que, ao tratar a violência que conjecturalmente este sujeito cometeu ao não atender o determinado pelo Estado (por exemplo, com suas normas), também devemos abordar a violência do Estado para com o sujeito. Assim, se neste capítulo estamos defendendo a ideia de haver uma mesma função para que o Estado trate vítimas de determinadas maneiras e autores de certa forma, talvez agora tenha chegado o momento de discutir que a

maior vítima de um Estado tão fálico sejam as vítimas, por exemplo, de violência sexual.

E, paradoxalmente, talvez a maior violência do Estado dirija-se a quem a ele chega como vítima. Pensemos na relação entre a palavra do Estado (por meio de seus representantes operadores da lei) e a própria representação que a vítima possa vir a fazer do que sofreu e do que doravante será melhor para si. Ou, mais especificamente, a representação que possa ou não vir a fazer de ter sofrido uma violência e o desejo de criminalizar ou não o fato.

Recusar inscrever psiquicamente uma representação violenta é uma defesa quando o eu é acometido por um determinado embate: definir sua identidade a partir da palavra arbitrária do intérprete da lei (optando por morrer subjetivamente, porque perderia a autoria de seu universo psíquico), ou negar a existência de tal intérprete (matando-o simbolicamente). Por meio de tal defesa, sobreviveria tanto a lei como a vida do sujeito, ao custo de privar a identidade de um significante fundamental (Costa, 1986).

Pode-se assim supor que em determinadas situações o sujeito sofre uma violência por parte do intérprete da lei (tendo ele representado ou não como violência aquilo que sofreu por parte do autor do ato), quando este impõe sua leitura de que o sujeito sofreu uma violência; e, não menos importante, que são apenas este ato e sua condição de vítima que dizem dele como sujeito. É pertinente salientar que esta violência simbólica não se dá apenas por parte de alguns operadores do Direito, mas também de representantes dos diversos profissionais envolvidos com o atendimento de situações de violência.

Está-se aqui ressaltando a violência que pode ser cometida por profissionais que não escutam o sujeito, pressupondo com suas verdades ter tudo a dizer sobre os casos por eles atendidos. E que talvez sejam surdos porque, acima de tudo, precisam manter inabaláveis algumas de suas concepções genéricas, como esta, criticada primordialmente nesta pesquisa, segundo a qual toda situação cuja análise comportamental e jurídica indica ser uma violência sempre tem efeitos traumáticos para o sujeito que a sofre.

Montagna (n.d.) refere-se a algo parecido ao discorrer sobre o tecnicismo dos operadores do Direito (e dos psicanalistas, é pertinente destacar). Ao perder sua tarefa e o sentido original de sua função primordial, resta ao profissional a técnica pela técnica, destacando que tal burocratização das tarefas – a seu ver, uma violência institucional – é influenciada por questões que transcendem sua subjetividade. Observa

por fim que esta violência institucional pode submeter práticas cotidianas não apenas profissionais, mas também sociais e políticas ou profissionais. O que a especificaria seria o desvio de função.

A partir de um dado momento esta postura de detentor de uma verdade suprema articula-se com a impostura – verdade neste sentido de uma construção anterior à escuta do sujeito, pressuposta como “verdade” universal, generalizante e maior que a verdade do sujeito. Costa (1986) entende que o impostor é aquele que faz da violência sua escrava, ao apropriar-se de sua técnica. Sua maestria é tamanha que o impostor chegaria a dissociar violência e exibição. Assim sendo, a exploração que ele faz da força é tanto visível quanto ruidosa, exibindo o que fascina e ocultando o que é desprezível. Os atributos de poder que são explorados são aqueles socialmente reconhecidos, e é precisamente manipulando honra e prestígio social que o impostor sujeita o ambiente a seus desejos e intenções.

Podemos supor uma manipulação que alguns profissionais podem fazer da honra e prestígio social da vítima de um ato entendido como violência sexual, como se sua condição de vítima fosse atributo do belo, da bondade e da integridade. Está se falando de quando os operadores do Direito fascina a vítima para lhe ocultar seu assujeitamento, negando-lhe sua condição de sujeito desejante; em outros termos, quando desprezam ou desqualificam o desejo da vítima de não responder ao mal sofrido cometendo outro mal (participando da repressão cometida pelo sistema judicial ao autor). É uma espécie de elogio à vitimização, que inclusive talvez seja, em essência, a tão falada revitimização. Isto porque aqui sobre a vítima é imposto por parte do operador do Direito o desejo de criminalizar o fato sofrido.

5.5 A postura tirana de operadores do Direito

Ainda que assustador, parece ser possível e mesmo necessário articular a impostura com o terrorismo. Para isto, pode-se iniciar demarcando que pensar o terrorismo não exige uma redução a considerações de âmbito intrapsíquico. Há quem inclusive explicita que, mesmo que o terrorismo apresente-se em termos subjetivos, as reflexões psicanalíticas sobre o tema são aplicáveis ao âmbito extrapsíquico. Como bem nos explica Montagna, este componente extrapsíquico é inclusive parte da definição de terrorismo. Em seus termos:

O terror, ansiedade paranoide totalmente paralisadora, é caracterizado pela impossibilidade de se escapar de seu objeto [...]. Na realidade psíquica, pode-se revitalizar um objeto reparatoriamente, se o objeto bom⁵⁴ está suficientemente introjetado para isto. Quando não há possibilidade de reparação interna, por inveja destrutiva ou rivalidade edípica, depende-se de um objeto externo, transferencialmente correspondente ao seio materno em níveis infantis. Quando isso é impossível, inclusive por ataques inconscientes [...], cria-se uma relação de dependência aditiva a partes más do *self*⁵⁵, tidas como oniscientes; ocorre a submissão a uma tirania. Uma ilusão de segurança é dada pela onisciência da parte destrutiva e perpetuada pela sensação de onipotência gerada pela atividade aditiva ou perversa dessa parte. No plano intrapsíquico – certamente podemos estender a consideração aos planos extrapsíquicos, à realidade externa –, o que mantém a submissão às partes más e perversas do *self* é o pavor da perda, da tirania, do vazio, o terror sem nome (Montagna, n.d., p.115).

⁵⁴ Conceito provindo da psicanálise kleiniana, referido por vários outros representantes da psicanálise inglesa, incluindo-se Donald Winnicott. Refere-se ao que denominam “posição esquizo-paranoide”: um estágio primitivo de funcionamento psíquico, na qual o sujeito vivencia uma cisão tanto externa (daí as noções de “objeto bom” e “objeto ruim”), como interna (daí as noções de “self bom” e “self ruim”). Na posição depressiva, que se caracterizaria por mecanismos psíquicos mais evoluídos, haveria uma integração tanto do objeto como do eu.

⁵⁵ A Psicanálise inglesa utiliza o conceito de “self”, que poderia ser compreendido como a totalidade da mente humana, abarcando-se as instâncias psíquicas. “Embora Winnicott frequentemente afirme existir uma diferença entre o *self* e o ‘ego’, esta distinção nem sempre fica suficientemente clara ao longo de sua obra, pois o termo *self* geralmente é empregado alternadamente com os termos ‘ego’ e ‘psique’. Para Winnicott, em uma palavra, o termo *self* apresenta-se essencialmente como uma descrição psicológica de como o indivíduo se sente subjetivamente, sendo o “sentir-se real” o que coloca no centro do sentimento de *self*. Em termos de desenvolvimento, o *self* tem sua origem como um potencial do recém-nascido; a partir de um ambiente suficientemente-bom, desdobra-se em um *self* total, isto é, em uma pessoa capaz de estabelecer a distinção entre eu e não-eu. Em sua última década de vida, Winnicott diferenciou o verdadeiro do falso *self*, dando destaque a um *self* não-comunicado, a um *self* central isolado que, em favor da saúde mental, precisa permanecer protegido a qualquer custo” (Abram, 2000, p.220).

Podemos assim entender, com a Psicanálise de extração inglesa, em particular kleiniana, que o sujeito, por não haver introjetado⁵⁶ um objeto bom, recorre ao ambiente externo para projetar⁵⁷ e conter seus afetos destrutivos. No caso de também não encontrar neste ambiente externo um objeto que seja continente⁵⁸ destes afetos (por diversos motivos, inclusive por graves dificuldades psíquicas do próprio sujeito), resta a este submeter-se às partes tiranas de seu *self*. Recorrer à tirania seria então compreensível quando ilusoriamente se acredita que ela privará do vazio.

Merece aqui ser destacada a menção, ainda que rápida, à possibilidade de que no plano extrapsíquico o mecanismo possa ser semelhante. Estaria ele falando da tirania que pode ser proposta pelo

⁵⁶A psicanálise inglesa destaca fortemente os mecanismos de *projeção* e *introjeção*; particularmente ao discorrer sobre funcionamento primitivo do psiquismo (próprios da posição esquizo-paranóide). Freud também utilizara o conceito de projeção, cuja definição não é em si contraposta ao uso feito pelos seguidores de Melanie Klein. Para o fundador da psicanálise, seria um processo no qual o “sujeito faz passar, de um modo fantasístico, de “fora” para “dentro”, objetos e qualidades inerentes a esses objetos. A introjeção aproxima-se da incorporação, que constitui o seu protótipo corporal, mas não implica necessariamente uma referência ao limite corporal (introjeção no ego, no ideal do ego, etc.). Está estreitamente relacionada com a identificação” (Laplanche & Pontalis, 1998, p.248).

⁵⁷No sentido psicanalítico freudiano, projeção pode ser definida como a “operação pela qual o sujeito expulsa de si e localiza no outro – pessoa ou coisa – qualidades, sentimentos, desejos e mesmo “objetos” que ele desconhece ou recusa nele. Trata-se aqui de uma defesa de origem muito arcaica, que vamos encontrar em ação particularmente na paranóia, mas também em modos de pensar ‘normais’, como a superstição” (Laplanche & Pontalis, 1998, p.248).

⁵⁸Com tal expressão, a psicanálise inglesa refere-se a uma possível função que o exterior (numa terminologia mais própria, o ambiente) pode ter para o sujeito. Quando continente, o ambiente auxilia o desenvolvimento psíquico, porque suporta os ataques próprios as partes más do *self* (logo, permite que o sujeito não dirija apenas a si próprio o ódio), mostra-se não destruído pelo sujeito (portanto, contribui para que ele não desenvolva sentimentos de culpa num momento – posição esquizo-paranóide – em que os destruiria). Além disso, o continente recebe as partes boas do *self*, e as devolve ao sujeito. Seria assim, para a psicanálise inglesa, que o sujeito acredita em sua capacidade de transformação da realidade, e desenvolve uma independência do ambiente.

objeto externo ao qual se recorre em busca de contenção de afetos negativos? Neste caso poderíamos pensar que operadores do Direito, por exemplo, representam por excelência este ambiente em quem o sujeito projeta seus objetos ruins (mostrando-se como ele é, fazendo o que é capaz de fazer, dizendo o que pode dizer) na esperança de ser por ele contido? Sendo assim, se o profissional não admite que, por exemplo, o sujeito possa desejar lidar com a violência sexual sofrida por outra via que não a criminalização, este ambiente será tirano.

A partir desta discussão, resta agora ressaltar a cotidianidade contemporânea da tirania, sua não excepcionalidade e sua banalização. Uma tirania que, no caso do tratamento despendido à violência, dá-se precisamente na não escuta dos sujeitos envolvidos. Logo, na descontextualização dos atos, porque suas interpretações são generalizadas, em sua presentificação, porque seus efeitos e motivos são buscados unicamente na cena da suposta violência, e na restrição à sua imagem, porque o ato diria tudo dos envolvidos.

Ainda para Montagna (n.d.), há uma perversão na cultura contemporânea ao se analisar o instante da violência de maneira descontextualizada, reduzindo-o à sua imagem e desconsiderando sua múltipla possibilidade de sentidos. Tornar glamorosa e banal a violência se caracterizaria precisamente por esta presentificação. A exploração da contingência e a alienação da assistência ocorreriam nesta tomada da parte pelo todo e na oferta da parte como se fosse o todo.

5.6 Considerações pontuais

Propôs-se neste capítulo complementar a discussão sobre a aplicação universal do conceito de “violência”, levando em conta que a função do entendimento de que todo ato juridicamente compreendido como violência sexual também é respondido pela vítima como se fosse da ordem da violência. E que a generalização da noção de “violência” pode mesmo servir para que os operadores do Direito reprimam com mais rigor o autor de violência sexual e, além disto, responsabilizando a lei e não a si próprios por suas respostas repressivas.

Reportando-nos às noções de perversão e transgressão, pudemos pensar o quão difícil é para Direito cogitar a hipótese de que a violência sexual (pelo menos a não incestuosa) pode ser do campo da transgressão, e não da perversão. O Direito, pautado no princípio da racionalidade, atém-se ao comportamento; logo, é-lhe árduo compreender que a função psíquica que tem para um autor de violência

sexual o seu ato. Como se viu, esta função, se for a de existência psíquica em circunstâncias nas quais as normas assolaram o sujeito, é própria à transgressão. Percebeu-se, a propósito, que esta anulação do sujeito ocorre quando a norma é aplicada com o propósito de imposição cruel de poder.

A perversão se apresentaria justamente quando o operador do Direito reproduz um sistema de normas desta natureza, e quando ele o faz a partir de princípios morais e centrados primordialmente em si. Nestas situações, independente do autor de violência sexual ter cometido uma perversão ou transgressão, o operador do Direito responde com perversão. Uma perversão que não está especialmente no fato de colocar em primeiro plano repreender alguém em detrimento da garantia de direitos (do autor e, conforme debatido no capítulo anterior, da vítima), mas em justificar sua ação recorrendo à lei, quando o que está regendo sua decisão é primordialmente sua subjetividade.

A aplicação justa da lei, diferente de uma aplicação legalista da lei (que faz com que se justifique a aplicação da lei recorrendo a ela própria, e escamoteando o protagonismo do operador do Direito) exigiria criação por parte do operador do Direito. Uma criação que possibilitasse a transgressão da essência histórica do Direito, que só reconhece direitos quando envolto em questões atravessadas por ideais capitalistas.

Porém, numa sociedade em que não há bens comuns e na qual há uma dissociação entre lei e práticas sociais (porque a lei é seletiva), parece mais árduo ao operador do Direito recusar ocupar o sedutor e perverso lugar da lei. Daí um agigantamento do Direito que, em verdade, é um agigantamento velado da autonomia dos operadores do Direito.

A conclusão é que um Estado desta natureza é um Estado fálico, e que esta condição, por sua vez, melhor permite compreendermos porque é tão difícil conceber que vítimas de violência sexual não queiram criminalizar o fato sofrido. Talvez seja difícil para o operador do Direito conceber que, mesmo sofrendo uma violência de caráter tão fálico, estas vítimas não queiram responder a ela por uma disputa fálica. Em outros termos, não queiram demandar o poder de alguém para que fale em seu nome.

Por fim, constatou-se que as maiores vítimas de um Estado que trata genericamente vítimas e autores de violência sexual (acreditando que vítimas sempre representam como violência o que passaram, e que os atos dos autores sempre são da ordem da perversão) são as próprias

vítimas. Melhor dizendo, são aqueles que deveriam ser especialmente escutados para que o Estado saiba o que há ou não de melhor oferecer. Um Estado que se supõe sempre necessário para que a vítima repare o que passou é um Estado tirano. Tirania da imposição de um direito (o de a ele recorrer), mas ainda assim tirania.

6 CONCEPÇÕES DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA A PROPÓSITO DE VIOLÊNCIA SEXUAL: INOCENTES E CULPADOS TÊM ALGO EM COMUM

No capítulo anterior, identificamos a existência de operadores do Direito que projetam no texto da lei a responsabilidade pela interpretação e aplicação que dela fazem. Este mecanismo de escamoteamento da própria subjetividade se manifesta nas considerações genéricas sobre as vítimas (por exemplo, de que todas desejam respostas repressivas frente ao que sofreram) e sobre os autores (todos possuem intencionalidade consciente ou, se não a possuírem, são doentes), já que tecendo pré-conceitos sobre vítimas e autores eles não os escutam; negam, portanto, que, mais do que num texto legal, sua decisão é fundamentada em sua subjetividade (melhor dizendo, na forma como a singularidade das vítimas e autores os tocam).

Esta argumentação apoiou-se até o momento em ideias e conceituações psicanalíticas (perversão e transgressão, basicamente), mas podemos reforçá-la com discussões de ordem criminológica, como veremos a seguir.

6.1 Definições de criminologia crítica e suas relações com a Psicanálise

É pertinente começar por definir a criminologia crítica conforme sua situação campo maior de saber, que é a Criminologia, para ao fim e ao cabo apontar os pontos estruturais de diálogo entre criminologia crítica e Psicanálise, dado que este trabalho de tese faz dialogar estes dois campos do saber.

Para Náufel, (1984, p.406), a Criminologia é “a ciência que estuda os crimes e os criminosos, isto é, a criminalidade. [...] é o estudo interpretativo do delito, colimando todos os fatores que com ele se relacionam...” O termo teria sido usado pela primeira vez por Rafael Garófalo⁵⁹, “para designar a ciência do delito, das suas causas e dos seus

⁵⁹Magistrado italiano, que viveu entre 1851 e 1934 e foi senador em 1909. Ao lado de Enrico Ferri, um dos expoentes da escola positivista italiana, fundada pelo médico Cesare Lombroso. Procurou integrar as concepções de uma criminalidade inata e fatores externos. Compreendia que o sujeito precisava sofrer influência de determinado meio social ou possuir alguma patologia (de ordem neuronal) para que tal pré-disposição se manifestasse.

remédios”. Outra definição (Rezende, 2009, p.136, *apud* G.J. Ballone) atribui à Criminologia a condição de uma ciência empírica, pois “se baseia na observação, nos fatos e na prática, mais que em opiniões e argumentos”, e interdisciplinar, que, além do crime, se ocupa “também do delinqüente, da vítima e do controle social do delito”. Ampliando a noção de criminalidade da primeira definição, esses estudos não se limitam apenas ao crime e ao criminoso, mas neles introduz a ideia de controle social, que, como veremos, será evidenciada pela criminologia crítica.

Mas é Rezende (2009) quem nos leva a um percurso histórico da criminologia tradicional. Entre os séculos XVIII e XIX, a também chamada criminologia clássica ou idealista procura as causas do crime e as possibilidades de prevenção de sua ocorrência em três tópicos. Para esta escola, o crime não é uma entidade de fato, como deixam ver seus postulados: 1) método essencialmente dedutivo, partindo de princípios gerais até chegar a regras particulares; 2) crime pensado enquanto ente jurídico, e não como ação criminosa; 3) imputabilidade sustentada na ideia de livre arbítrio e responsabilidade moral; e 4) pena entendida como um mal e meio de tutela jurídica.

Por sua vez, a escola positivista, que vigorou entre os séculos XIX e XX, partidária do método indutivo e científico, propõe como fundamentos: 1) negação do livre arbítrio; 2) afirmação da previsibilidade do comportamento humano (determinismo), o que se relaciona com a investigação das causas dos crimes a partir dos criminosos; e 3) crime como fenômeno natural, regido por leis biológicas, psicológicas e sociais, que são identificadas estudando-se o criminoso. Não se limitando mais à condição de um ente jurídico, o crime demanda estudos interdisciplinares.

Para a própria sociologia criminal, cujos estudos são concentrados nas causas sociais do crime, este é concebido como fenômeno coletivo, sujeito às leis do determinismo sociológico. Assim sendo, a sociologia criminal também considera o crime algo previsível. Já em relação ao âmbito individual, ela abordaria os fatores que induziriam o humano ao delito.

Sobre o aspecto interdisciplinar da Criminologia, lemos na definição de Vitral (1986, p.226) – “Segundo Jean Pinatel, é a ciência que tem por objeto fundamental coordenar, confrontar e comparar os

Acreditava, portanto, na ideia de uma criminalidade patológica, para a qual não haveria cura (Anitua, 2008).

resultados obtidos pelas ciências criminológicas para lograr uma síntese sistemática” – e em Rezende (2009, p.136) a Criminologia é conceituada como a:

Teoria e filosofia do Direito Penal, ciência que estuda a atuação ilícita ou comportamento criminoso do ser humano, bem como da aplicação e execução da lei penal, formas de condução processual, sentenças e respectivas penas. Modernamente, não obstante sejam consideradas explicações parciais para o ato criminoso, os criminologistas recorrem à sociologia (estrutura social, cultura,...) e à psicologia (experiência da infância, marcas da personalidade,...) para a explicação da conduta ilícita do cidadão perante a sociedade.

Este aspecto interdisciplinar da Criminologia já é suficiente para mostrarmos a importância de um trabalho de tese como este, que dialoga Psicanálise e criminologia crítica. Desde o momento, porém, cabe sinalizar algo que já se apresentou em capítulos anteriores, mas que se melhor evidenciará no capítulo 7: a liberdade com que operadores do Direito autorizam-se a abdicar de conhecimentos de outros campos do saber. Em especial, como se percebeu na jurisprudência pesquisada sobre violência sexual, abdicar de conhecimentos produzidos por psicólogos. Ou, ainda mais preocupante, autorizarem-se a utilizar conhecimentos psicológicos.

Se o fato do operador do Direito não reconhecer os limites de seu saber em seu exercício profissional contradiz a própria definição de Criminologia, pode-se analisar esta aparente perversão no tratamento que o operador do Direito faz do crime. E para isto podemos ser auxiliados justamente pelo conceito de criminologia crítica.

O destaque trazido pela criminologia crítica ao campo maior da Criminologia é a mudança de objeto em relação ao paradigma da criminologia positivista (do “sujeito criminoso” para o sistema que criminaliza condutas e seleciona indivíduos que receberão o rótulo de criminoso), que é um ponto comum às teorias que se inserem no paradigma da reação social. Soma-se a esta inovação a análise do modo de produção vigente, no nosso caso, o modo de produção capitalista.

Em poucas palavras, a criminologia crítica seria um campo do saber que pensa o crime/criminalidade não a partir do sujeito que comete um ato criminoso, contravenção ou infração. Sua especificidade é pensar o controle social formal (instituições de Estado) e informal (família, religião, escola, mídia, etc.), incluindo-se a criminalização, a partir dos processos de exclusão (de raça, etnia, gênero, classe social,

faixa etária, etc.). A destacar a construção do crime como produção social enviesada por questões político-econômicas, localizadas num tempo e num espaço, que faz com que algumas condutas e não outras sejam previstas como “crime”; alguns crimes tenham uma resposta mais grave que outros; algumas vítimas sejam mais vítimas que outras; e alguns sujeitos sejam mais que outros visíveis ao sistema judicial. Por fim, a criminologia crítica alerta para os efeitos danosos a todos nós trazidos pelo capitalismo patriarcal, que alcançou proporções em certa medida globais e é orientado sob a égide da ideologia neoliberal (Andrade, 2012).

Na síntese de Andrade (2012, p. 52-53), o desenvolvimento da criminologia crítica acontece por dentro do paradigma da reação social, mas vai além dele, na medida em que desenvolve a dimensão do poder “[...] numa perspectiva materialista, certamente não ortodoxa, cujo nível de abstração macrossociológica mostra as relações de propriedade e de poder em que se estrutura conflitivamente a sociedade capitalista”. Assim, conforme nos ensina Baratta, ela promove dois deslocamentos fundamentais: o primeiro, do autor do delito para as condições objetivas, estruturais e funcionais, que, na sociedade capitalista, originam os fenômenos de desvio; e o segundo, das causas para os mecanismos de construção da realidade social. Tem-se, aqui, a resignificação do conceito de criminalidade, revelando-se, principalmente, como:

“[...] um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, pela seleção dos bens jurídicos penalmente protegidos e dos comportamentos ofensivos a estes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, pela seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos aqueles que praticam tais comportamentos” (Andrade, 1997, p. 218).

A criminologia crítica ressalta a exclusão de classe. Cabe assim lembrar que, tendo encontrado dificuldade, historicamente, em se dirigir primordialmente às garantias de direitos, o Direito só foi convocado a transcender seu foco na repressão justamente em resposta ao movimento de classes. Podemos supor, com a criminologia crítica, que uma das maneiras com que o Direito resiste a se dirigir aos excluídos (e, portanto, à garantia de direitos) é desconsiderar a Criminologia como um todo, reduzindo-se ao campo conceitual do Direito e não recorrendo a outros campos do saber. Ou, talvez pior, autorizando-se, por conta própria, a deles falar, como vem se insistido neste trabalho de tese.

Em certa medida alguns dos pilares da criminologia crítica, em sentido strictu, encontra-se na crítica jurídica. É o que nos lembra Andrade (2002), ao dizer que a referida crítica já alerta que a instância jurídica não é dissociada da dialética social. Nesta linha, a abordagem crítica dos direitos penal e processual penal, em si, destaca que via de regra não se oferece ao jurisdicionados uma tutela jurisdicional diferenciada, mas, ao contrário, atua conforme as relações de poder na sociedade onde se encontra. Segundo o autor, a ideologia dogmática jurídica hegemônica crê que o Direito é um sistema imparcial e que resolve conflitos sociais. Então, as normais penais são uma das formas pelas quais se implementa as funções do Estado; primordialmente, o resguardo dos modos de produção e a integração das classes subalternas ao sistema político.

Andrade (2002) vai denominar de “aberrações jurídicas e judiciais” aquilo pelo que pagam os economicamente fracos. Para ele, aquilo que o Código Penal prevê como tutela criminal diferenciada não se dá, conforme previsto, por meio de uma individualizada aplicação da pena. A diferenciação na atuação dos julgadores não se daria por pessoa, mas por classe social.

Freud, que inventou a Psicanálise a partir de seu interesse por outras disciplinas, não estabeleceu nenhum diálogo consistente com a Criminologia⁶⁰. De qualquer modo, cabe apontar que a Criminologia

⁶⁰Em Freud (1906), encontra-se uma conferência apresentada pelo pai da Psicanálise antes do seminário do professor Löffler, catedrático de jurisprudência de Viena, atendendo ao seu pedido. Nela, Freud apresenta as experiências de associação e a teoria dos complexos de Zurique, coordenados por Jung. Em Freud (1916), por sua vez, há uma apresentação mais direta sobre a psicologia do crime, quando discorre sobre sujeitos que cometem crimes em decorrência de um sentimento de culpa. Tais sujeitos exemplificariam um dos três tipos de caráter.

Já em Freud (1931), o autor apresenta um relatório sobre um caso criminal, continuando, assim, seu contato com a jurisprudência. Philipp Halsmann foi acusado em Innsbruck, no ano de 1929, de parricídio. O tribunal em questão solicitou uma perícia a Faculdade de Medicina daquele município a respeito de seu estado mental. O parecer mencionava o complexo de Édipo e a repressão; entretanto, de maneira no mínimo ambivalente para com a Psicanálise. O acusado foi condenado, decisão que se manteve também pela Corte de Apelações de Viena. Josef Kupka, professor de jurisprudência da Universidade de Viena, publicou um artigo no qual questiona o posicionamento do perito, dentre outras ações na

nascente não se contentava em classificar taras e estigmas, porém já afirmava, como justamente fizera Freud ao lutar contra o niilismo terapêutico, a necessidade de incluir no estudo do crime a fala do principal interessado: o próprio criminoso (Roudinesco e Plon, 1998, p. 139). A criminologia critica se aproxima da Psicanálise nesta questão da singularidade, pois visa a não individualizar o estudo do crime e criminoso, mas localizá-lo em um contexto maior, especificamente, no controle social⁶¹.

Porém, é fundamental dizer que a Psicanálise, por exemplo, também demonstra uma carência de preocupações em dialogar com a Criminologia. Roudinesco e Plon são autores que falam a este respeito:

Sigmund Freud não se interessou muito pela criminologia como tal. O único tipo de crime que o fascinava era o parricídio, que ele ligava ao incesto e ao complexo de Édipo e do qual fez o paradigma de todos os atos criminosos cometidos pelo homem [...]. Se os representantes da psiquiatria dinâmica queriam, através da perícia, arrancar os loucos da justiça, os partidários da psicanálise procuravam, antes, explicar a própria natureza da criminalidade humana, em função de uma conceituação freudiana (ou kleiniana, mais tarde) centralizada no complexo de Édipo, na pulsão de morte, no isso e no supereu. A primeira síntese do pensamento psicanalítico nesse campo foi realizada

tentativa de fundamentar a decisão judicial que, ao seu ver, foi injusta. Freud (1931) dá, justamente, seu parecer a respeito, após solicitado por Kupfa, que em resumo é sua reprovação da aplicação inábil das teorias psicanalíticas nos processos legais.

Não se pode desconsiderar, nesta revisita aos textos de Freud nos quais faz um contato mais direto com o Direito, o que o editor inglês conta em Freud (1906): que em 1922 o pai da Psicanálise fez um memorando para a defesa num caso de estupro. Apesar de não haver sido encontrado, sabe-se que neste documento ele também se posicionou contrariamente à aplicação inapta das teorias psicanalíticas nos processos legais.

⁶¹“Em matéria de criminologia, contrariamente à escola francesa e ao conjunto da comunidade freudiana, Lacan sempre contestaria a utilização da psicanálise nas perícias psiquiátricas. A partir da década de 1950, a criminologia mundial foi perpassada por diversas correntes, dentre elas duas principais. A primeira, de inspiração neurológica, reativou a noção de “crime nato”, fazendo do crime a expressão de um instinto inato e, mais tarde, de uma anomalia genética; a outra, de inspiração fenomenológica ou psicanalítica, encara o crime, ao mesmo tempo como um fato social e como um fato psíquico” (Roudinesco & Plon, 1998, p. 139).

por Franz Alexander [...]. De maneira geral, essa criminologia freudiana, de um biologismo simplista, foi também de grande pobreza teórica. Contentou-se em aplicar a teoria psicanalítica à psicologia do crime e à personalidade do criminoso (Roudinesco e Plon, 1998, p. 138)

Entretanto, percebe-se que estruturalmente também há um ponto de proximidade entre Psicanálise e Criminologia: o debruçar-se sobre a particularidade do caso em questão. É isto o que apontam os mesmos autores acima referidos, na continuidade de sua discussão, quando explicam que:

Se Lombroso inventou a falsa teoria do “criminoso nato”, ele foi também o primeiro grande teorizador do crime a constituir uma documentação sobre a criminalidade, escrita pelos condenados: diários íntimos, autobiografias, depoimentos, grafites de prisioneiros e anotações em livros de bibliotecas. Assim, a criminologia nascente não se contentava em classificar taras e estigmas, porém já afirmava, como fizera Freud ao lutar contra o niilismo terapêutico, a necessidade de incluir no estudo do crime a fala do principal interessado: o próprio criminoso (Roudinesco & Plon, 1998, p. 139)

No presente trabalho, porém, espera-se não apenas fazer jus a este aspecto que é comum à Criminologia e à Psicanálise (a singularidade), mas, sendo condizente com a criminologia crítica, não individualizar o estudo do crime e criminoso, mas localizá-lo em um contexto maior. Especificamente, no controle social. E, neste sentido, no que diz respeito à Psicanálise, estar-se-á progredindo em relação ao que Freud até o momento pensou sobre a criminalidade, porque ele próprio já ressaltava aspectos sociais com maior profundidade, conforme sinalizam Roudinesco e Plon (1998, p. 139) ao discorrer sobre as bases da Criminologia, seu percurso histórico e como este campo dialogou com diferentes psicanálises. Em suas palavras:

Em matéria de criminologia, contrariamente à escola francesa e ao conjunto da comunidade freudiana, Lacan sempre contestaria a utilização da psicanálise nas perícias psiquiátricas. A partir da década de 1950, a criminologia mundial foi perpassada por diversas correntes, dentre elas duas principais. A primeira, de inspiração neurológica, reativou a noção de “crime nato”, fazendo do crime a expressão de um instinto inato e, mais tarde, de uma anomalia genética; a outra, de

inspiração fenomenológica ou psicanalítica, encara o crime, ao mesmo tempo como um fato social e como um fato psíquico

Daí que este trabalho de tese procura transitar com certa liberdade entre diferentes Psicanálises: não se entende que elas contradizem Freud, mas que elas ressaltam outros aspectos que, por conta do tempo e espaço onde o fundador da Psicanálise viveu, e também em razão de sua subjetividade, não foi a ele possível desenvolver. E, aliás, não foi possível nem a ele desenvolver e, em certa medida, nem a qualquer outra Psicanálise.

Conforme explicam Roudinesco e Plon (1998, p.139), a Criminologia de inspiração neurológica e a Criminologia de inspiração fenomenológica ou psicanalítica foram contestadas por movimentos de antipsiquiatria. Foucault teria sido um dos maiores expoentes deste grupo de historiadores, antropólogos e filósofos que estudaram “a história do crime, da penalidade, das sanções, da crônica policial, dos suplícios ou dos discursos não mais a partir de um modelo classificatório, mas fazendo o próprio crime ‘falar’, sem nenhuma interpretação psiquiátrica ou psicanalítica”.

Talvez até o que tenha faltado à Psicanálise em sua leitura inicial sobre a criminalidade tenha sido precisamente um maior diálogo com outros campos do saber relativos à Criminologia, especialmente os que ressaltam questões sociais.

6.2 Criminologia crítica e feminismo

Cabe esclarecer que a bibliografia sobre violência/crime sexual sob a ótica da criminologia crítica refere-se a suas relações com a problemática de gênero, não incluindo produções que discorram especificamente sobre violência/crime sexual envolvendo, por exemplo, crianças e adolescentes. É, portanto, a partir dessas relações entre gênero e violência/crime sexual, conforme entende a criminologia crítica, que aqui se pensará o tratamento jurídico dos atos entendidos como violência sexual. A propósito, um caminho que parece bem afim ao que se sinalizou no capítulo anterior, quando as problematizações sobre o Estado e seu tratamento sobre vítimas e autores de violência sexual deram-se por meio do conceito psicanalítico de falô.

Assim, podemos começar justamente abordando as relações entre *feminismo jurídico* e *garantismo penal*⁶². Nos termos propostos por Campos e Carvalho (2006), a abordagem transdisciplinar do sistema de “(in)justiça penal” e fenomenologia da violência permite um campo de diálogo que interessa ao âmbito penal e processual penal, desde que se tenha como preocupação a redução dos danos decorrentes das violências públicas (cometida pelo Estado contra o sujeito) e privadas (entre sujeitos). Nessa perspectiva, a confluência entre feminismo jurídico e garantismo penal dá-se na preocupação com o vulnerável, que, atravessado pelos estudos contraculturais, o discurso feminista destaca como sendo a vítima no momento do delito, e o discurso garantista, como sendo o réu na ocasião do processo.

Parece assim pertinente retomar neste momento, até para melhor explicitá-lo, um importante argumento deste trabalho de tese, assentado em um novo olhar a respeito do que venha a ser uma preocupação com a vítima e com o réu. Em uma palavra, *esta tese propõe haver também uma preocupação com o réu no momento do delito e com a vítima na ocasião do processo*. Um novo olhar pautado em uma escuta do desejo, que conduza inegavelmente a reconhecer a existência do livre-arbítrio da vítima e não ser pleno aquele do réu; que *responsabilização* é diferente de *culpabilização* e que o bem para a vítima não é necessariamente a condenação do réu (e muito menos que ele tenha privada sua liberdade). Enfim, reconhecer que o maior bem para a vítima é ser escutada em seu desejo pelo operador da lei, e não ser tratada como pura, imoral ou doente.

⁶²“Garantismo penal”, no Direito, é um conceito que se refere a um conjunto de teorias. De momento, é suficiente informar, conforme Campos e Carvalho (2006), que uma “visão garantista” é aquela em que o réu passa a ser o sujeito privilegiado de tutela, posto considerar sua condição de inferioridade na relação indivíduo-infrator *versus* Estado-acusador. Ainda a salientar que os autores falam do “réu”; logo, daquele que, indicado pela Polícia, já foi acusado pelo Ministério Público. Na verdade, a “visão garantista” pode se apresentar antes. Ou seja: quando o sujeito ainda é suspeito de um crime. Para tanto, a criminologia crítica contribui, lembrando-nos das criminalizações primária (definição legal das condutas criminosas), secundária (seleção dos criminosos por parte do sistema judicial como um todo) e terciária (estigmatização a partir da execução penal), revelando que o sistema penal participa da construção social da criminalidade (Andrade, 1996).

Portanto, espera-se colaborar com as discussões apresentadas pela criminologia crítica, assim como delas se servir, para irmos além, alcançando um maior patamar de um direito democrático, para o qual, independentemente de serem figurados, em termos jurídicos, como vítimas e autores, os sujeitos sejam escutados como sujeitos que não se reduzem a esta condição. Trata-se de afirmar que a posição subjetiva de cada um frente a essa condição ofertada pelo Direito, de “vítima” e “autor”, é única. Se parece imprescindível ao Direito nomear os sujeitos desta maneira, já que trata de suas participações em fatos, não é lícito reduzir a subjetividade dos sujeitos a estas categorias. E a resposta do direito penal aos atos por ele tratados talvez pudesse, em certo sentido, considerar suas particularidades. Uma delas (a mais destacada neste trabalho) pode ser a posição de uma vítima que não deseja a resposta criminal frente à violência sofrida, seja porque não se traumatizou, seja porque lida com seu trauma de outra maneira (pelo menos naquele momento em que é ouvida no Sistema Judicial).

Numa apresentação das concepções da criminologia crítica sobre violência sexual (que, conforme já explicado, são atravessadas por discussões de gênero), é fundamental evidenciar a seletividade do sistema jurídico no que diz respeito à visibilidade de algumas mulheres e de alguns homens, conforme suas características melhor permitam a adequação ao estereótipo de vítima (no caso das mulheres) e de autor (no caso dos homens).

Para Andrade (2005), a construção social de gênero fundada em preceitos capitalistas faz com que no sistema penal o estereótipo do criminoso perigoso seja justamente aquele do homem que não trabalha formalmente sem que nada o impeça de fazê-lo. Este homem é pensado como alguém que teria recusado gerar renda, mesmo tendo acesso ao espaço público, assim declinando da posição ativa. Por sua vez, o estereótipo da mulher é de alguém cuja passividade a mantém no espaço privado, voltada para a maternidade e destinada à monogamia. Só a ela, para bem representar a posição de objeto, seria de fato garantido o direito de se alegar vítima no sistema penal. É a partir de tais estereótipos de homem e mulher que se atribui ou não legitimidade às palavras do homem e da mulher no sistema judicial.

No caso especificamente dos estereótipos dirigidos pelo sistema judicial às mulheres, podemos percebê-los na forma com que são ou não de fato reconhecidas como vítimas; em outros termos, numa certa hierarquia em que umas são “mais vítimas” que outras. Porém, também

podemos visualizar os estereótipos dirigidos às mulheres quando elas figuram como autoras de crimes.

Nessa direção, abordando a criminalização simbólica sofrida pelas mulheres, Andrade (2005) explica de que maneira se administra a noção de culpabilidade em crimes/contravenções cometidos por elas a fim de reforçar estereótipos de gênero. Busca-se reprimi-la ou vitimizá-la, de acordo com interesses sociais, políticos e econômicos, por meio da *criminalização primária* (diferenças quantitativas e qualitativas de penas a crimes cometidos por mulheres), da *criminalização secundária* (seleção de mulheres a serem etiquetadas pelo sistema judicial) e das modalidades de *criminalização terciária* (tratamento penal).

Ainda a destacar o controle social informal dirigido às mulheres para que elas operem papéis femininos na esfera privada. Tal controle dar-se-ia por meio de estrutura e simbolismo patriarcal, materializado na família, escola, religião e moral. Além disso, a mulher sofreria uma espécie de pena privada ao não se submeter ao dito controle. O Sistema de Justiça Criminal, por sua vez, integraria publicamente o controle informal feminino, criminalizando a mulher em algumas situações e, em outras, reconduzindo-a ao lugar da vítima para ali continuar passiva.

6.3 A presença de representações religiosas de família na jurisprudência sobre violência sexual

Pode-se ilustrar como o Sistema de Justiça Criminal integra o controle informal feminino em diversos momentos da jurisprudência pesquisada no qual se elogia a família burguesa. Neles encontramos diversas representações sobre o que seja e o que deva fazer uma mulher, independentemente se ela figura como vítima ou autora no procedimento julgado. Há, sim, um julgamento implícito da feminilidade, para o que inclusive se encontra fundamentação jurídica na autonomia do magistrado. Uma passagem em que isto se apresenta explicitamente:

...a genitora jamais foi protetiva consigo, o que dirá com seus filhos. Tanto é verdade, que além de ser portadora do vírus HIV e da vida desregrada que levava fazendo uso de drogas, perdeu seu filho mais novo, L.C.A.R., de apenas seis meses de vida (fl. 14), possivelmente em decorrência da violência sexual sofrida na “região anal com ferimento contuso de 1,5 cm de extensão de 0,2 cm de profundidade em ‘6 horas’ (região posterior) atingindo prega anal” (laudo pericial,

fl. 90) (Apelação Cível n. 2014.002229-8, da Capital Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil).

Alguns fatos são tomados como ilustrativos para supor ou confirmar que essa mulher não protegia seus filhos: 1) portar HIV; 2) usar drogas; 3) ter um filho que sofreu violência sexual cometida por outra pessoa. Contudo, em nenhum destes aspectos surge alguma ação ou omissão da mãe em relação aos cuidados com os filhos. Situação idêntica encontramos no extrato seguinte:

...foi negligente, seja por não realizar o pré-natal corretamente, não manter as vacinas deles em dia, por usar drogas durante a gravidez e depois também, além de ter se envolvido com outro usuário de entorpecentes, que aparentemente foi quem violentou sexualmente o menino mais novo e que acabou falecendo. Destarte, desde o começo de suas tenras vidas, os menores foram negligenciados pela mãe das mais diversas formas. E neste pensar, não há como modificar a sentença diante de todas estas evidências até aqui apontadas somente pelo fato de a apelante alegar que mudou e que merece uma chance. Chance, quem merece, são os menores, de encontrarem no seio de uma nova família um lar acolhedor e que lhes forneça o substrato necessário para o seu desenvolvimento sadio e profícuo (Apelação Cível n. 2014.002229-8, da Capital Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil).

Neste trecho, de momento posterior da mesma jurisprudência, surgem menções ao relacionamento da mãe com os filhos, incluindo a não realização do pré-natal e a inexistência de vacinação das crianças. Ainda assim, logo surge a interferência de fatores que nada dizem dessa relação, isto é, o envolvimento da mulher com alguém que usava drogas, e que supostamente violentou sexualmente um dos filhos. Há claramente uma insistência em encontrar exemplos da incapacidade dessa mulher em ser mãe, inclusive na maneira de tratar ironicamente o usufruto do seu direito de recorrer da decisão judicial.

Na passagem seguinte, são a prostituição, o uso de drogas “pesadas” e o contato direto com a filha menos frequente do que o esperado pelo operador do Direito que são entendidos como ilustrativos da incapacidade de uma mulher de ser mãe.

Sem prejuízo da prostituição durante todo o tramitar e da dúvida acerca da continuidade no uso de drogas pesadas, a desidria da mãe em atender as recomendações da assistência social, deixando sua filha sob cuidado de terceiros com visita apenas uma vez por semana, sem

apresentar qualquer evolução em seu quadro de evidente incapacidade para o exercício do poder familiar; recomenda a destituição. [...] (AC n. 2012.028735-5, de Ituporanga, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 21.06.2012) (Apelação Cível n. 2014.002229-8, da Capital Relator: Des. Sérgio IzidoroHeil).

Mesmo a falta de um “relacionamento amoroso fixo” pode ser tomada como forte indício da referida incapacidade – ou de ausência de preocupação com a filha. É o que parece possível pensar a partir do extrato abaixo:

“...considerando que a sua genitora não possui relacionamento amoroso fixo, ainda, diante da proximidade da menina com o avô materno e o tio, os quais possuem histórico de violência sexual, verifica-se que a genitora não se mostra muito preocupada com a filha” (Juíza de Direito Dra. Iraci Satomi Kuraoka Schiocchet, fl. 54). (Agravo de Instrumento n. 2010.084110-8, de Pomerode Relator: Des. Carlos Prudêncio).

À concepção implícita segundo a qual não possuir relacionamento amoroso fixo torna a mulher menos cuidadosa com sua filha, soma-se uma implícita condenação pelo fato de a mulher não levar em conta que as condenações anteriores do pai e do irmão por crime sexual seriam indicativos da probabilidade de eles violentarem sexualmente sua filha. E não é raro encontrar a explicitação do que seja uma mulher digna, decente e que merece respeito: calma, educada, não anônima, que trabalha na formalidade e que transita unicamente pelos espaços de casa e trabalho. Um exemplo é o que se segue:

...é uma senhora de 50 (cinquenta) anos já feitos no dia 03.01.04, avó, mãe de filho com idade de vinte e oito anos; pessoa calma, educada, conhecida da comunidade, labora há muitos anos no Serviço Público Federal – (FUNASA) no Estreito; porquanto é mulher de respeito, dignidade, que vive do trabalho para sua casa e vice-versa, para ser alvo de gracejos, brincadeiras de baixo-nível! (Apelação Cível n. 2010.017175-7, da Capital Relator: Des. Newton Trisotto).

“...em estuprando a Requerente, como fizera inegavelmente, frustrara totalmente um projeto de vida, voltado à família, à decência, etc. DEMANDADO, via seu preposto, obstará um projeto existencial de vida traçado pela AUTORA” (fls. 02/10). (Apelação Cível n. 2010.017175-7, da Capital Relator: Des. Newton Trisotto).

Tampouco encontramos menor carga religiosa na referência para dizer do homem, como por exemplo no seguinte trecho: “É sagrado o direito de um pai se encontrar com um filho” (Agravado de Instrumento nº. 2014.055767-4, da Capital Relator: Des. Gilberto Gomes de Oliveira). De fato, o que parece haver é uma determinada concepção religiosa de família, para a qual existem determinados papéis a serem exercidos pela mulher e também pelo homem. Sobre este modelo de família, a longa passagem abaixo:

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald salientam que não haver[sic] dúvida, “pois, que a conduta, comissiva ou omissiva, de um dos cônjuges, no curso da relação conjugal, praticando um ato ilícito qualquer (de acordo com a fórmula genérica dos arts. 186 e 187 da Lei Civil), pode implicar o dever de reparar danos. Assim, desde que provada a culpa (por não se tratar, a toda evidência, de hipótese de responsabilidade civil objetiva), é possível requerer indenização por dano patrimonial ou extrapatrimonial por ocasião da separação ou de forma autônoma. [...] É preciso, todavia, extrema cautela na caracterização da responsabilidade civil entre os cônjuges. Isto porque não será qualquer conduta praticada no seio da entidade familiar que implicará dever de reparar danos. Somente o ato ilícito, caracterizado em conformidade com as latitudes do art. 186 e 187 do Código de 2002 é que terá o condão de gerar a responsabilidade civil. Isto significa que o descumprimento puro e simples de deveres conjugais, sem vulneração da cláusula de ilicitude, não implicará o dever reparatório. Com isso, meros aborrecimentos ou incômodos, típicos do dia-a-dia conjugal ou mesmo dissabores decorrentes do desafeto ou do desgaste da convivência, por si só, não implicam responsabilidade civil (Direito das Famílias, 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. ps. 401/402)

[...]O art. 1.566 do Código Civil estabelece que são deveres de ambos os cônjuges fidelidade recíproca, vida em comum, no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, além de respeito e consideração mútuos. Não consta da legislação pátria qualquer referência à relação sexual como elemento imprescindível à vida conjugal, de modo que, conquanto a conjunção carnal seja uma conseqüência biológica inata ao matrimônio, seu objetivo primordial é apenas a reprodução e continuidade da espécie humana, merecendo administração segundo mútuo interesse. Ao abordar o assunto, Maria Berenice Dias salienta, com extrema sensibilidade, que “A eventual ou contumaz ausência da vida sexual não afeta a higidez do casamento. Não serve de motivo para sua anulação. Sequer pode ser invocada para justificar ação de

separação. O simples fato de haver arrefecido a paixão ou o desejo não produz qualquer efeito. Ninguém pode ser condenado pela falta do estímulo indispensável para que os contatos físicos sejam um verdadeiro coroamento das relações afetivas que enlaçam um par. Não é o exercício da sexualidade que mantém o casamento. A inaceitação do contato corporal não gera a possibilidade de ocorrência de dano moral. Muito menos a abstinência sexual assegura direito indenizatório [...]” (Casamento ou terrorismo sexual- Disponível em: Acesso em: 10/11/2011) (Apelação Cível nº 2011.064923-9, de Santa Rosa do Sul Relator: Des. Luiz Fernando Boller).

A própria noção de conjugalidade está aqui atravessada por princípios genéricos, religiosos e, acima de tudo, tradicionais, revelando uma expectativa de monogamia, compartilhamento de residência, sustento, guarda e educação dos filhos. Não há menção à possibilidade de um casal não ser monogâmico, residirem em diferentes espaços, não terem filhos ou terem filhos sustentados, tutelados e educados por terceiros. Na passagem abaixo, encontra-se uma explicação: não há a pretensão de limitar a análise, pelo menos do magistrado, sobre o que seja poder familiar e exercício de autoridade. Veja-se em sua íntegra:

“A identificação da prática de atos que afrontem a moral e os bons costumes é aferida objetivamente, incluindo as condutas que o direito considera ilícitas. Porém, não se pode subtrair a possibilidade de o juiz decidir pela exoneração por fatos que considere incompatíveis com o poder familiar e configurem abuso de autoridade” (DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011)(Apelação Cível n. 2014.076995-6, de Itapiranga Relator: Des. Edemar Gruber).

Assim sendo, pode-se supor que essas representações religiosas de homem, mulher, conjugalidade talvez apresentem demasiada elasticidade (possibilitando justificar seus argumentos a partir dos mais diversos elementos) no Direito justamente para que se exerça uma margem significativa de subjetividade ao operador de Direito.

A respeito da permeabilidade das regras religiosas nas normas de Direito, pelo menos em relação ao direito de família percebe-se mais claramente que, não obstante a separação formal entre Igreja e Estado desde 1890, a história do direito brasileiro evidencia que na prática estes discursos jurídico e religioso encontram-se via de regra imbricados. Poder-se-ia discorrer sobre a predominância de um modelo religioso (cristão, majoritariamente) de família nas práticas estatais. Entretanto,

isto demandaria uma análise aprofundada. Neste momento apenas se destacará a dificuldade que é ao Estado brasileiro não se orientar por modelos hegemônicos, e pretensamente exclusivos, de família.

Para isto, pode-se retomar, a partir de Kroth (2008), que desde o período colonial a sociedade brasileira tem como ponto central a instituição familiar, bem como que o modelo de família previsto em lei não acompanhou as práticas sociais. Trazendo um recorte mais contemporâneo para ilustrar sua argumentação, a autora caracteriza modelos e conceitos de família previstos na legislação e aplicados pelos juízes do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em suas decisões entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o início da vigência do Código Civil de 2002. Constatou-se, no discurso dos constituintes, que o modelo de família brasileira era tido como sinônimo do modelo nuclear da família (núcleo pai-mãe-filhos), naturalizando portanto as relações familiares. Foi apenas em 1988 que se deu a inclusão da união estável e a monoparentalidade como relações familiares não inferiores ao casamento, bem como se concedeu direitos iguais ao homem e a mulher (questionando, desta maneira, a concepção de desigualdade natural entre eles). Ainda assim, os direitos constitucionais à família não foi satisfatoriamente atendido a partir de 1988; tanto o é que se promulgou a lei sobre a união estável de 1994 e 1996.

Foi também apenas em 1988 que, em resposta à atuação dos movimentos sociais e um possível descuido dos constituintes (conforme Kroth, 2008), que se passou a tratar crianças e adolescentes como sujeitos de direito, e, de maneira relacionada, proibiu-se a classificação da filiação por meio da relação conjugal dos genitores. Neste assunto, foi fundamental a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, que procedimentalizou os direitos constitucionais previstos aos seus membros em 1988.

Kroth (2008) observou, nas decisões judiciais do STF e do STJ supracitadas, a construção de verdades jurídicas a propósito da conjugalidade; mais especificamente, uma concepção de que ela seria constituída pelo casamento e pela união estável. Ademais, haveria uma verdade jurídica sobre a parentalidade, que se basearia preferencialmente em vínculos biológicos. Haveria, então, uma espécie de hierarquia de parentalidade. Os dados pesquisados também possibilitaram à autora o reconhecimento da diferença de tratamento pelo Direito das obrigações inerentes às relações de concubinato e da relação conjugal quando a relação em questão era entre homossexuais.

Na mesma direção, percebeu-se a inexistência de decisões relativas à parentalidade em famílias reconstituídas e em famílias homossexuais.

Para a presente tese, que trata de violência e que tem como um importante fio de discussão a temática do gênero, merece destaque que, nas decisões pesquisadas no trabalho em tela, constatou-se que a família é entendida como base da sociedade, como referência, mesmo em se tratando de violência intrafamiliar. E que a função do homem ainda é vista como a de provedor (e, precisamente por isto, chefe) da família. À mulher, por outro lado, delega-se o dever de cuidar do lar, marido e filhos. Uma função, portanto, doméstica.

Ressalta-se, neste particular, que ao homem é possível nominar sua esposa como “sua mulher” e à mulher não é autorizado dizer “meu homem”, mas apenas meu marido. Como se deduz, a identidade da mulher é indissociada da identidade constituída a partir do vínculo civil com um homem. Como se ela não mais tivesse espaços reservados de exercício de subjetividade que não sejam imbricados com o exercício da conjugalidade (e conjugalidade com um homem, destaque-se). Já ao homem, é preservado o exercício de um papel que não seja diretamente influenciado pelo exercício da conjugalidade. Daí que sua companheira só pode chamá-lo de “marido”, que é a identidade que ele passa a exercer na relação conjugal com ela. Mas à mulher não é autorizado chamá-lo de homem, interditando, portanto, que o papel de marido abarcasse como um todo a subjetividade daquele homem.

6.4 Representações dos operadores do Direito sobre a sexualidade feminina

De qualquer modo, atendo-nos mais demoradamente aos estereótipos dirigidos pelo sistema judicial à mulher, que conforme Andrade (2005) são regidos pela ordem patriarcal burguesa moderna, podemos também voltar ao tema, mais geral, recorrente nesta tese: a sexualidade. A exigência feita à mulher de que ela exerça de determinadas maneiras sua sexualidade é um modo de avaliar sua capacidade de exercer o papel a ela delegado de manutenção da organização familiar e produtiva burguesa/capitalista.

Refiro-me particularmente à insistente busca, também apontada pela autora, de corroboração da palavra da vítima nos processos de estupro por outros elementos probatórios; especialmente pela vida pregressa da vítima. Como se primeiramente colocassem em dúvida a palavra da vítima sobre o fato apurado; e como se, por ela, os

operadores do Direito só fossem convencidos se em sua história de vida nada possa levar à ideia de que a vítima apresenta um exercício imoral da sexualidade. Deve-se mencionar que a dificuldade de aceitação, nesses casos, de serem as provas basicamente pericial e testemunhal (às vezes, inclusive, apenas o depoimento da vítima), estaria presente inclusive quando esta é menor de 14 anos (que tem a seu favor a presunção de inocência).

Poderíamos assim deduzir quão difícil é para alguém, cuja concepção do exercício da sexualidade feminina não vai além do necessário à manutenção da organização familiar e produtiva burguesa/capitalista, conceber o desejo (inconsciente, sempre é importante lembrar) daquelas que figuram como vítimas de crimes sexuais. Como se a mulher precisasse se traumatizar pela violência sexual sofrida, e ainda desejar a resposta penal, porque, caso ela inscreva o ato sofrido em seu psiquismo de maneira não traumática, ou mesmo lide com a violência de outra maneira que não a judicializando, estaria indicando que desejou conscientemente o que sofreu. Como se fossem apenas estas as perspectivas sociais delegadas à mulher para o exercício de sua sexualidade: reprimi-la ou exercê-la em nome da família vitoriana.

Incluindo as crianças em sua análise de como os crimes sexuais são apropriados pelo Sistema Judicial, Andrade (2005) o faz de modo a mostrar como os tabus diante da sexualidade (não apenas a feminina, mas também a infantil) cegam a Justiça (ou a ensurdece, talvez fosse melhor dizer). Também haveria a suspeita para com o discurso da criança, mas a falta de credibilidade atribuída a sua palavra se mostraria pela disposição primeira em constatar fantasias infantis no relato. Assim procedendo, no campo da moral sexual, o sistema penal seria aquele que melhor inverte não apenas o ônus da prova, mas inclusive os papéis dos envolvidos. Dessa maneira, caberia a quem se apresenta ao sistema judicial como vítima provar ao mesmo sistema que não é.

A instrução do inquérito e processo penal se daria ao custo de constrangimento e humilhação da vítima, com sua moralidade investigada, a fim de constatar sua adequação à concepção de “vítima apropriada”, e sua resistência testada, até que comprove ser de fato uma “vítima inocente”. E isto além da já referida reticência em julgar a partir do testemunho da vítima ou poucas outras provas testemunhais e periciais, até que o testemunho seja considerado suficientemente “forte”. Assim, o sistema judicial acompanharia a moral sexual, entendendo como “vítima verdadeira” quem atende ao estereótipo de “honesta”. Isto

valeria inclusive para as mulheres não adultas, ainda que tenha como exemplo mais ilustrativo o tratamento despendido às prostitutas que alegam haver sofrido violência. As vítimas poderiam inclusive ser “convertidas” (o verbo não é para ser desconsiderado) em acusadas, fundamentando-se num suposto consentimento, provocação, simulação e prazer perceptíveis em seu comportamento. E não se deve esquecer que tudo isto seria ainda mais provável quando o estuprador não atende ao estereótipo esperado.

6.5 Jurisprudência sobre o discurso da vítima de violência sexual

Uma das melhores demonstrações de que a credibilidade atribuída ou não ao discurso da vítima passa pela subjetividade dos operadores do Direito, com seus estereótipos sobre a sexualidade, são alguns argumentos referentes à necessidade e suficiência da palavra da criança vítima de violência sexual para a formação do convencimento destes operadores.

A partir da jurisprudência pesquisada, são salientadas algumas passagens em que o operador do Direito adjetiva a palavra da vítima com ilimitada autonomia, e outras nas quais com igual liberdade justifica a necessidade ou não de se recorrer a outros elementos do conjunto probatório, ou ainda realiza interpretações psicológicas sobre o discurso da vítima.

6.5.1 A busca de um discurso inequívoco

Cabe destacar a concepção de que a vítima está sendo verdadeira quando apresenta um discurso inequívoco; ou, na terminologia jurídica, sem titubeios, firme, coerente, uniforme, seguro, claro, enfático, lógico, detalhado. Espera-se, como mostram os vários casos que se seguem, algo no discurso das vítimas que dirima a dúvida do operador do Direito:

Ademais, o relato prestado por T.I.G.D., no sentido de que mantivera relação sexual com o recorrente antes de completar 14 anos de idade mostra-se suficientemente seguro para sustentar a condenação (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.065276-2, de Criciúma Relator: Des. Substituto Carlos Alberto Civinski).

...a prova da ocorrência do fato narrado na denúncia exsurge, expressamente, da narrativa da vítima, que sempre informou, de

maneira coerente, o ato a que foi submetida pelo acusado, o qual teria ocorrido uma única vez, não havendo dúvidas sobre a questão (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.072280-1, de Santa Rosa do Sul Relator: Des. Torres Marques).

...o relato da vítima é firme, coerente e traz riqueza de detalhes acerca de todo o ocorrido, guardando consonância com a versão por ela deduzida na fase policial (Apelação Criminal n. 2014.043699-2, de Blumenau Relator: Des. Rodrigo Collaço).

...a vítima expôs todos os fatos, na fase judicial, com coerência, de maneira clara, segura, relatando, com detalhes, os momentos dos abusos sexuais (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.041555-8, de Ibirama Relator: Des. Jorge Schaefer Martins).

...a vítima narrou os fatos de forma coerente e, apesar da pouca idade, foi enfática (Apelação Criminal n. 2012.067105-7, de São Bento do Sul Relator: Des. Newton Varella Júnior).

...além de L. de O. ter descrito de forma lógica, segura e coerente a maneira como os crimes ocorreram (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.001097-7, de Itajaí Relator: Des. Sérgio IzidoroHeil).

...apesar de sua deficiência mental, a vítima S.R.F. em nenhum momento titubeou em confirmar as oportunidades em que forasubmetidos[sic] aos instintos sexuais de seus algozes (Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2011.084420-0, de Campo Eré Relator: Des. Substituto José Everaldo Silva).

Há algumas passagens que, além da já acima ilustrada justificativa de credibilidade do testemunho da vítima a partir de algumas características de seu discurso, reporta-se a tais características para justificar a não plausibilidade de alegações de que o discurso da vítima é criado ou fantasiado. Por exemplo, nas passagens que se seguem, a firmeza, a coerência, o não titubeio, a apresentação da mesma versão mais de uma vez e a indignação com o fato sofrido.

...da análise cuidadosa dos autos, percebe-se que os depoimentos prestados pela ofendida são firmes e coerentes entre si, não se vislumbrando nenhum elemento indicador de que os fatos tenham sido fruto de suas invenções, ou mesmo de que houvesse algum motivo para tanto (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.016121-5, de Laguna Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas).

...ao que se colhe, nitidamente, da mídia em que foi gravado o depoimento prestado por V.M.N. (fl. 125), não houve qualquer indução, mas a realização de alguns questionamentos, aos quais a vítima respondeu sem titubeio; tendo em diversas oportunidades relatado o modus operandi de S.N., demonstrando indignação com os fatos. Vale ressaltar a sua negação em retornar ao convívio com o pai, este a quem alega, sem dúvida, ter sido o seu próprio algoz (Apelação Criminal n. 2012.032489-7, da Capital Relator: Des. Substituto José Everaldo Silva).

Desta última passagem, merece ênfase a pré-concepção de que a vítima “verdadeira” é aquela que reprova o que sofreu. Resta a indagação sobre como seria tratada uma vítima que, por alguma razão, não verbalize uma repulsa frente ao que lhe ocorreu. Seja porque não deseja que o autor seja criminalizado, seja porque o fato simplesmente não lhe cause repulsa, ou seja porque elaborou o fato ocorrido de maneira diferente daqueles que procuram elaborar a violência sofrida por meio da punição sofrida por outro. Será que a esta vítima seria atribuída a mesma credibilidade?

Esta reflexão remete-nos à discussão já realizada no capítulo 3, quando se alertou, a partir da Psicanálise, sobre o equívoco de se interpretar os efeitos psíquicos que um ato teve sobre quem o sofreu a partir da fenomenologia do ato e de pré-concepções sobre indícios que as vítimas de violência apresentariam. Neste item, entretanto, está-se apontando algumas características que são esperadas, pelo operador do Direito, no discurso da vítima. As passagens abaixo continuam esta discussão, com a particularidade de que revelam diferenças processuais no tratamento da fala da vítima conforme ela apresente certas características, como não-contradições, uniformidade, coerência e firmeza. São elas:

...se tratando de crime sexual, a palavra da vítima possui valor probatório diferenciado, servindo de substrato condenatório quando o relato ocorre sem contradições (Apelação Criminal n. 2012.014118-3, de Chapecó Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato).

Em se tratando de delito marcado pela clandestinidade, e que em regra não deixam vestígios, a ausência de marcas residuais não impede a condenação se palavra da vítima mantém-se uniforme (STJ, AgrReg em AgrReg n.º 1.237.839, Rel. Mina. Laurita Vaz). (Apelação Criminal n. 2011.064736-9, de Santo Amaro da Imperatriz, Rel. Des.

Ricardo Roesler, j. em 03/10/2012) (Apelação Criminal n. 2012.014118-3, de Chapecó Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato).

...tratando-se de crime sexual, a palavra da vítima possui valor probatório diferenciado, servindo de substrato condenatório quando o relato ocorre de maneira coerente e sem contradições, conforme remansoso entendimento jurisprudencial (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.058341-2, de Criciúma Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato).

“Em crimes contra a liberdade sexual – geralmente praticados à revelia de qualquer testemunha – a palavra da vítima, quando firme e coerente, encontra especial importância, servindo de substrato condenatório” (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.075999-4, de Palhoça. Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco. Data: 08-12-2011). [...] (Apelação Criminal n. 2011.060239-6, de São João Batista, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. em 13/03/2012) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.058341-2, de Criciúma Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato).

“Em se tratando de crime sexual, a palavra da vítima possui valor probatório diferenciado, servindo de substrato condenatório quando o relato ocorre de maneira coerente e sem contradições, conforme remansoso entendimento jurisprudencial [...]” (ACrim n. 2011.096773-5, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 28.8.2012) (Apelação Criminal n. 2014.043699-2, de Blumenau Relator: Des. Rodrigo Collaço).

Neste momento, destacar-se-á a associação entre certeza e verdade realizada pelos operadores do Direito quando buscam, na fala da vítima, algo que, dirimindo sua dúvida, os convença da existência do fato analisado. Como se a veracidade do relato do sujeito dependesse de sua certeza, e como se apenas assim fosse possível dirimir a incerteza do operador do Direito. Assim, na passagem a seguir, ao lado da manutenção de uma mesma versão, o que também convenceu o operador do Direito por mais de uma vez, foi uma suposta indignação frente ao ocorrido, e uma evitação da perspectiva de que o fato volte a ocorrer. Como se o sujeito não pudesse ser ambivalente em relação ao que sofreu (procurar repetir a violência sofrida ou pelo menos não evitá-la), inclusive como resposta própria à sua estrutura. Observe-se em sua integralidade:

Ainda que seja plenamente dispensável a reinquirição da vítima em Juízo para diminuir-lhe o sofrimento, o fato é que a condenação demanda de certeza, a qual apenas pode ser alcançada com base nos elementos de convicção colhidos sob o crivo do contraditório. O que se tem de contundente são apenas as declarações de uma criança prestadas à Autoridade Policial, as quais não restaram reafirmadas de nenhuma forma por ocasião das entrevistas realizadas pela Psicóloga e pela Assistente Social. Assim, ainda que a mãe e a avó paterna da vítima tenham dito em Juízo que ouviram da vítima os atos sexuais investigados, tais declarações não bastam para justificar o acolhimento da representação, pelo que a absolvição é medida que se impõe (Apelação/Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2014.051506-1, de Blumenau Relator: Des. Jorge Schaefer Martins).

A experiência psicanalítica pode assegurar que ao lado dos imprevistos e inesperados conteúdos, a verdade do sujeito também aparece no silêncio. Mas para o Direito, conforme se pode deduzir dos exemplos da jurisprudência acima citados (tão pautados na literalidade), o silêncio é digno de suspeita, e aparece como uma autorização a considerar inverídico o conteúdo de fala que venha antes ou depois.

6.5.2 Silêncio enquanto indício ou não de credibilidade

Se até o momento foram apresentadas ilustrações de como o operador do Direito exige que a vítima, praticamente sozinha, convença-o do que ocorreu nos casos de violência sexual, há de registrar também que a elasticidade dos pré-julgamentos do operador do Direito é tamanha que também cabe um tratamento justamente oposto da fala da vítima.

Refiro-me às passagens em que se justifica a possibilidade de que uma vítima apresente alterações em seu discurso. Os operadores do Direito as justificam por meio de menções ao funcionamento da memória, a uma suposta gradação do que sejam insignificantes ou significativas contradições, insignificantes ou significativos lapsos temporais. Tudo isto, é importante apontar, subsidiado em pré-concepções igualmente autônomas sobre quais são efeitos de violência sexual intrafamiliar vivenciada, da violência familiar presenciada, etc. É o que se pode pensar a partir de, por exemplo, passagens como as que se seguem:

A existência de pequenas contradições entre os depoimentos prestados pela vítima na Delegacia de Polícia em juízo justifica-se pelo longo

lapso temporal transcorrido entre as declarações – mais de quatro anos – e não tem o condão de desnaturar o cometimento dos abusos, pois versam sobre fatos periféricos que não interferem na configuração dos abusos sexuais cometidos (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.041555-8, de Ibirama Relator: Des. Jorge Schaefer Martins).

É verdade que nas declarações da menor existe divergência quanto ao número de vezes em que o réu assim procedeu. Contudo, tal se mostra justificável tendo em vista tratar-se a vítima de uma menina de tenra idade, bem como diante do lapso temporal transcorrido entre os fatos e sua oitiva em Juízo (mais de 2 anos), de modo que o pequeno desencontro nos depoimentos não tem o condão de derruir a substância de seus teores, isso é, que efetivamente C. foi abusada sexualmente pelo apelante (Apelação Criminal n. 2012.015371-7, de Ituporanga Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho).

A defesa pretende comprovar a suposta fragilidade do testemunho das vítimas pelos seguintes aspectos: I. “A vítima, sempre insegura e claramente induzida pelo parquet, sequer confirmou a versão narrada para a psicóloga, de que a vítima (sic – leia-se 'réu') colocava o dedo em sua bunda e a mandava simular relação sexual com o travesseiro, fato grave que, se fosse verdade, certamente seria ratificado em juízo”; II. “E o parquet ainda indagou se o Acusado obrigava a vítima V. a se masturbar, o que restou confirmado que NÃO. No entanto, certamente a vítima que fora constrangida a fazer sexo com um travesseiro aproveitaria o 'gancho' para relatar o episódio”. Certamente, razão assiste à defesa quando alega que neste momento haveria total possibilidade das vítimas aproveitarem “o gancho” deixado para ratificar parte dos depoimentos prestados anteriormente, consistente na confirmação de R.M.N. de que S.N. introduzia o dedo em seu ânus, bem como de V.M.N. de que era obrigado a simular os movimentos de uma relação sexual com um travesseiro, conforme relatado à psicóloga (fl. 9). Entretanto, nos termos já mencionados, R.M.N. e V.M.N. são crianças, que além de terem sido vítimas de abusos sexuais pelo próprio pai foram agredidas e presenciaram as inúmeras agressões cometidas contra sua mãe, contexto este carregado de um “grande peso”, passível tranquilamente de causar tal reação lacônica nas mesmas. Frisa-se que relataram com acuidade os abusos e agressões na Delegacia, e seus depoimentos prestados em Juízo foram, sim, suficientes para fomentar a decisão condenatória proferida contra S.N (Apelação Criminal n. 2012.032489-7, da Capital Relator: Des. Substituto José Everaldo Silva).

...o fato de R. não confirmar que o pai introduzia o dedo em seu ânus quando foi ouvido em Juízo, de modo algum rechaça o valor probante das declarações dadas perante a psicóloga, primeiro porque seria natural que buscasse apagar de sua mente tamanho sofrimento (Apelação Criminal n. 2012.032489-7, da Capital Relator: Des. Substituto José Everaldo Silva).

Como se pode facilmente observar, as interpretações do operador do Direito não são acompanhadas de justificativas técnicas, especialmente a propósito de como se processa a memória em diferentes fases do desenvolvimento, dos efeitos de violência sexual, da violência intrafamiliar e, acima de tudo, de como isso se mostraria no caso particular em questão. Parece que o operador do Direito convence-se ou não de que o fato em questão ocorreu, e aí justifica as alterações apresentadas e o silêncio.

6.5.3 As diferentes expectativas sobre os detalhes

Até aqui se exemplificou a multiplicidade de formas com que os operadores do Direito convencem-se ou não da credibilidade do testemunho da vítima. Demonstrou-se que isto se dá por meio de um discurso tipo por inequívoco e também, por outro lado, por um silêncio ou alterações no discurso. Ambos os discursos podem ser lidos como ilustrativos de que a vítima sofreu a violência sexual alegada, porque o que justifica sua análise não são compreensões técnicas (o que demandaria, por exemplo, recorrer a entendimentos de psicólogos) mas sim a subjetividade do operador do Direito.

Outro elemento que frequentemente é utilizado para caracterizar a credibilidade do testemunho da vítima é a presença constante da palavra “detalhes” (no plural), em meio a relatos que às vezes, não fosse o contexto, mais parecem “roteiros” de filmes pornográficos.

As palavras seguras da vítima, na fase administrativa e na fase judicial, narrando com detalhes o constrangimento sexual sofrido (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.028193-7, de Brusque Relator: Des. Leopoldo Augusto Brüggemann).

Ela narrou com detalhes o ato sexual, em linguagem infantil, sendo muito improvável que fantasiasse e mantivesse a mentira durante tanto tempo (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.028193-7, de Brusque Relator: Des. Leopoldo Augusto Brüggemann).

...observa-se um depoimento evasivo da ofendida, oportunidade em que sequer forneceu detalhes da violência sexual supostamente cometida. Daí que, salvo melhor juízo, e sem desprezar o vexame e desonra que assolam as vítimas de crimes sexuais, esperava-se que a ofendida fornecesse na fase judicial o mínimo de elementos necessários para comprovar a veracidade de suas palavras, não um relato repleto de evasivas (Apelação Criminal n. 2012.016784-0, de São Lourenço do Oeste Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini).

...mostra-se pouco plausível que a ofendida tenha inventado e ratificado a ocorrência dos fatos com tamanhos detalhes na escola, no Conselho Tutelar, na Delegacia, e em Juízo, simplesmente porque teria sido influenciada, como sustentou o réu (Apelação Criminal n. 2013.033494-9, de Ituporanga Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini).

...muito difícil que a vítima, caso os fatos fossem mentirosos, mantivesse a farsa por longo tempo. Não fosse isso, os detalhes atrelados entre si coincidem no que interessa em todos os depoimentos que prestou, de modo a tornar complicado admitir que a farsa fosse atingir tamanho nível de criatividade e diversidade de atos sexuais, sobretudo quando, insistia-se, a defesa não logrou apontar os motivos que justificassem a invenção de tanta mentira, como sustenta (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.001715-6, de São Bento do Sul Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas).

No caso da segunda passagem, seria o caso de indagar o que seria o grau mínimo de detalhamento exigido por vítimas de violência sexual. Ao que parece, esta é uma gradação do próprio operador do Direito. Ainda a observar, agora em se tratando das duas últimas passagens, que a esperada presença de detalhes é reforçada por outras concepções: a de que uma mentira não se mantém por tempo significativo, nem em diferentes contextos. Vê-se novamente uma fundamentação implícita em pré-concepções do operador do Direito sobre como se processa a memória. No caso da última passagem, particularmente, há também a ideia de que uma versão inverídica é necessariamente mentirosa. Como se, mais uma vez, nosso psiquismo fosse regido por motivações conscientes.

Para além destas reflexões derivadas da exigência de detalhes feita por alguns operadores do Direito, há também, por outro lado, os casos em que se abdica dos detalhes. Mais uma vez, como se vê, é imprecisa qualquer exigência sobre o discurso da vítima criança, dependendo basicamente da subjetividade do operador do Direito. Por

exemplo, há situações em que se justifica a ausência de detalhes como se ela fosse efeito traumático da violência, violência intrafamiliar:

...pequenas contradições nos depoimentos prestados pela ofendida, não são aptas para retirar a credibilidade de seus relatos, sobretudo porquanto coerentes na essência quanto à violência sexual sofrida, declarações corroboradas pelas circunstâncias que envolvem o caso (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.081628-3, de Seara Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini).

Por tal motivo, há divergência entre o nome do suposto namorado, pois dificilmente um aspecto periférico como o nome é mantido por longo tempo na memória da pessoa (Revisão Criminal n. 2013.016363-2, de Araranguá Relator: Des. Carlos Alberto Civinski).

...embora nas declarações das menores existam, realmente, divergências, são elas diminutas e dizem respeito a pontos periféricos quanto ao ocorrido, não tendo o condão de derruir a substância de seus teores, isso é, que efetivamente R. foi abusada sexualmente pelo apelante. Não obstante, ainda que se possa vislumbrar pequenos desencontros nos depoimentos de R., tais são plenamente justificáveis tendo em vista tratar-se a vítima de uma menina de tenra idade, falecendo, portanto, de critérios suficientes para distinguir com exatidão detalhes que permeavam sua vida à época dos fatos (Apelação Criminal n. 2012.016289-5, de Joaçaba Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho).

Sob o crivo do contraditório, embora extremamente constrangida, assegurou conhecer o Acusado e respondeu que ele “mexeu” consigo, sem ter, no entanto, fornecido detalhes acerca dos fatos, postura compreensível diante do constrangimento em ter que lidar com assunto tão delicado e doloroso. Seus relatos são, na essência, homogêneos, inexistindo qualquer contradição apta a gerar dúvida quanto ao cometimento da conduta delituosa empreendida. Além do mais, a Vítima é uma criança que, quando molestada, contava com 5 anos de idade, razão de lhe faltar maturidade para lidar com a situação, sendo impossível exigir capacidade plena em manter recordações detalhadas do ocorrido ou ainda especificar tais atitudes em uma sala de audiência, na qual se apresentava visivelmente acuada (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.073858-7, de Joinville Relator: Des. Sérgio Rizelo).

Vemos que o operador do Direito se remete ao funcionamento mnemônico em determinada fase do desenvolvimento, o que é

informação central e periférica para a memória, tempo de armazenamento de diferentes informações na memória, respostas emocionais à situação de prestar depoimento judicial e seus efeitos sobre a memória, sem fundamento a não ser em suas pré-concepções.

Também há as situações em que a presença dos detalhes não é exigida, mas, quando presente, é abordada como um elemento para corroborar a credibilidade da vítima. Como se constata, é outra maneira, igualmente à escolha do operador do Direito, de fundamentar sua decisão pela credibilidade ou não da fala da vítima. Logo, ele trata os detalhes no discurso da vítima de três maneiras: imprescindíveis, prescindíveis ou “reforçadores” de sua versão. Veja-se a passagem abaixo:

A clareza dos detalhes apresentados no relato produzido pela vítima quando ouvida em juízo representa importante fator a ser considerado na valoração da prova, sobretudo ao considerar-se a sua pouca idade e a situação adversa que enfrentou, pois viu-se explorada sexualmente por aquele que justamente deveria lhe dar proteção e amparo (TJSC, Apelação Criminal 2011.004376-7, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 21.06.2011, v.u) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.065276-2, de Criciúma Relator: Des. Substituto Carlos Alberto Civinski).

6.5.4 A exigência de que a palavra seja acompanhada, ou no mínimo não contraposta, por elementos do conjunto probatório

Ainda a evidenciar, concernente à exigência que se faz da palavra da vítima nos casos de violência sexual, os casos em que o testemunho da vítima seja acompanhado ou pelo menos não contraposto por nenhum elemento do conjunto probatório. Esta exigência de que a fala da vítima seja acompanhada por outros elementos do conjunto probatório, ou pelo menos não contradita por eles, parece ser uma manifestação da subjetividade do operador do Direito (assim como as exigências de discurso inequívoco, as justificativas para silêncio ou mudança de versão, as exigências de detalhamento, as justificativas para não detalhamento, a expectativa de que o detalhamento seja um “reforçador” da versão da vítima).

Inicialmente, são trazidas algumas diferentes explicações genéricas, essencialmente teóricas ou, poderíamos também dizer, que abordam normativas processuais, sobre a relação entre discurso da vítima e o conjunto probatório, como nos exemplos da jurisprudência

apresentados abaixo. Começamos por aquelas que propõem que a palavra da vítima seja acompanhada por outros elementos do conjunto probatório:

Essa é a diretriz manifestada pelo Supremo Tribunal Federal: Nos crimes sexuais, a palavra da vítima, quando em harmonia com os demais elementos de certeza dos autos, reveste-se de valor probante e autoriza a conclusão quanto à autoria e às circunstâncias do crime. Precedente (STF, 2ª Turma, relator Ministro Maurício Corrêa, HC n. 79.850-1, j. em 28.3.2000, DJU de 5.5.2000, p. 21). Acerca do assunto, decidiu o Superior Tribunal de Justiça: Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor têm, na palavra da vítima, a fonte probatória primordial da sua existência, não cabendo atribuir-lhe insuficiência, por inexigível, de um lado, a presença de testemunhas, por força da própria natureza dos ilícitos, e, de outro, prova pericial, na exata razão de que tais delitos nem sempre deixam vestígios (HC 19397/RJ – rel. Min. Hamilton Carvalhido - j. 6.4.2004 - DJ 21.6.2004). Idêntica conclusão é referendada pela colenda Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: Des. Salete Silva Sommariva [...] em se tratando de crime de atentado violento ao pudor, delito que na maioria das vezes não deixa vestígios, a materialidade é apurada por prova testemunhal, principalmente apoiada nas palavras da vítima. (Ap. Crim. n. 2007.031094-0, de Criciúma, rel. Des. Tulio Pinheiro, j. em 19-3-2008). (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2009.023679-8, de São João Batista Relatora: Des. Salete Silva Sommariva).

...não obstante constitua meio de prova com extraordinária relevância, a palavra da vítima, para legitimar a prolação de uma sentença condenatória, não deve se apresentar isolada no contexto dos autos, afigurando-se imprescindível, para o acolhimento da denúncia fundada em fatos dessa natureza, que do referido elemento probatório resplandeça coerência e harmonia com todo o conteúdo destinado a formar a convicção do julgador (vide Ap. Crim. 2007.045587-3, de Criciúma, desta relatora) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2009.023679-8, de São João Batista Relatora: Des. Salete Silva Sommariva).

...as declarações da vítima assumem vital importância, constituindo-se em valioso elemento de convicção no que pertine à apuração de crimes contra a liberdade sexual, visto que são, quase sempre, perpetrados na clandestinidade, à vista unicamente de seus protagonistas. Por isso, gozam da presunção de veracidade quando encontram respaldo no elenco probatório, podendo alicerçar a

condenação (TJSC, Apelação Criminal 2011.004376-7, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 21.06.2011, v.u) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.065276-2, de Criciúma Relator: Des. Substituto Carlos Alberto Civinski).

As declarações da vítima assumem vital importância, constituindo-se em valioso elemento de convicção no que pertine à apuração de crimes contra a liberdade sexual, visto que são, quase sempre, perpetrados na clandestinidade, à vista unicamente de seus protagonistas. Por isso, gozam da presunção de veracidade quando encontram respaldo no elenco probatório, podendo alicerçar a condenação. (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.080074-1, de Rio Negrinho, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 19.12.2011) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.059548-5, de Joinville Relator: Des. Volnei Celso Tomazini).

“A jurisprudência desta Corte autoriza a condenação com base na palavra da vítima em casos de crimes de atentado violento ao pudor, que geralmente são cometidos de forma clandestina, porém, desde que o seu depoimento esteja corroborado pelas demais provas coligidas aos autos” (STJ, AgRg no AREsp n. 565564, Min. Jorge Mussi, j. 09.12.2014) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.009243-2, de Blumenau Relator: Des. Jorge Schaefer Martins).

...o depoimento pessoal da ofendida é preponderante para a apuração dessa espécie de crime. No entanto, o seu relato deve se posicionar como parte integrante de um contexto probatório mais amplo, para que possa levar à condenação, havendo necessidade proeminente de verificação de outras circunstâncias capazes de afastar as dúvidas sobre materialidade e autoria do crime (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.041555-8, de Ibirama Relator: Des. Jorge Schaefer Martins).

É verdade que o depoimento pessoal da vítima tem valor preponderante para a apuração desta espécie de crime. Contudo, seu relato deve se posicionar como parte integrante de um contexto probatório que conduza à condenação. (Apelação Criminal n. 2014.055232-0, de Santa Rosa do Sul Relator: Des. Ernani Guetten de Almeida).

Nos delitos contra a liberdade sexual, normalmente praticados às escondidas, as palavras das vítimas, desde que harmônicas com as demais provas, são suficientes para embasar decreto condenatório, principalmente quando a versão apresentada pelo réu não encontra suporte probatório bastante na prova colhida durante a instrução

processual (Apelação Criminal n. 2012.029965-9, de Catanduvas Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco).

... “nos crimes sexuais, a palavra da vítima, desde que coerente com as demais provas dos autos, tem relevância como elemento de convicção, sobretudo porque, em grande parte dos casos, tais delitos são perpetrados às escondidas e podem não deixar vestígios” (AgRg no AREsp 312.577/RN, Rel. Min. Moura Ribeiro, Quinta Turma, j. 17.12.2013) (Apelação Criminal n. 2012.029965-9, de Catanduvas Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco).

A seguir, encontram-se trechos nos quais igualmente atribui-se estatuto diferenciado à palavra da vítima, mas se relativiza tal estatuto ao que se encontra nos demais elementos do conjunto probatório. Porém, aqui se diz que a palavra dela é suficiente desde que não se encontre no conjunto probatório elementos que a questionem. Vamos a eles:

Julio Fabbrini Mirabete leciona nesse sentido: A ausência de lesões corporais, entretanto, não exclui a possibilidade do reconhecimento da violência com fundamento em outros elementos de prova. A violência moral pode ser demonstrada por outras provas, sendo, como regra, suficientes as declarações coerentes da vítima que tenha credibilidade, não desmentidas por outros elementos probatórios (Código Penal Interpretado. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 1758) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.019155-3, de Concórdia Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas).

Em crimes contra a liberdade sexual, onde geralmente são praticados na clandestinidade, as declarações da vítima são de forte valor probante, desde que não desmentida, bem como não se revelando ostensivamente mentirosa ou contrariada com os demais elementos de prova existentes nos autos (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.034257-5, de Jaraguá do Sul Relator: Des. Jorge Schaefer Martins).

Na passagem abaixo, que traz elementos mais específicos do caso em questão, mantém-se a ideia de que a palavra da vítima possui um estatuto diferenciado, com a ressalva de que tal estatuto depende do que seja apresentado no conjunto probatório como um todo. Mais claramente, que seja acompanhada por mais algum dado que caminhe na mesma direção, ou que não seja contraposta por algum dado. Veja-se o trecho em sua íntegra:

...diante da forma como a prática abusatória foi empreendida, não causa estranheza o laudo pericial não noticiar a ocorrência de conjunção carnal ou a presença de vestígios materiais no corpo da Vítima, visto que a imputação refere-se a crime que não exige contato corporal expressivo entre o Agressor e a Infante. Daí decorre a necessidade de emprestar-se credibilidade ímpar às declarações da Vítima; e não sendo seus dizeres apresentados de forma mentirosa ou contraditória, mas corroborados pelos elementos de prova coligidos ao feito, deve o Magistrado admiti-los como elemento fundamental para a condenação (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.073858-7, de Joinville Relator: Des. Sérgio Rizelo).

Percebemos que o maior peso é atribuído à palavra da vítima nestes casos de violência sexual; entretanto, há uma espécie de margem de subjetividade sutilmente delegada ao operador do Direito quando se diz, em alguns casos, que seria algo como “reforçador” se a totalidade do conjunto probatório seguisse na mesma direção, e em outros que o discurso da vítima é suficiente bastando que não seja questionado por outro elemento do conjunto probatório. Na jurisprudência abaixo se faz reservas a este valor diferenciado atribuído à palavra da vítima em relação a todo o conjunto probatório. Nela encontramos alegações genéricas sobre o afeto da vítima de crime:

...não obstante constitua meio de prova com extraordinária relevância, a palavra da vítima, para legitimar a prolação de uma sentença condenatória, não deve se apresentar isolada no contexto dos autos, afigurando-se imprescindível, para o acolhimento da denúncia fundada em fatos dessa natureza, que do referido elemento probatório respandeça coerência e harmonia com todo o conteúdo destinado a formar a convicção do julgador (vide Ap. Crim. 2007.045587-3, de Criciúma, desta relatora). Com efeito, esta constitui a forma como a palavra da vítima reveste-se de eficácia probante, pois, do contrário, inserindo-se no conceito de vacilante e inverossímil, temerário será atribuir-lhe qualquer crédito, devendo ser interpretada com certa reserva, conforme preconiza Fernando da Costa Tourinho Filho: “É de se ponderar, entretanto, que aquele que foi objeto material do crime, levado pela paixão, pelo ódio, pelo ressentimento e, até mesmo, pela emoção, procura narrar os fatos como lhe pareçam convenientes; [...] Desse modo, sua palavra deve ser aceita com reservas, devendo o Juiz confrontá-la com os demais elementos de convicção, por se tratar de parte interessada no desfecho do processo.” (Processo Penal. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. III, p. 296) (Apelação / Estatuto da

Criança e do Adolescente n. 2010.065636-5, de Xanxerê Relatora: Desa. Salete Silva Sommariva).

Há uma noção de que a vítima de qualquer crime deseja prejudicar o autor; daí, então, seria fundamental que sua palavra fosse acompanhada por outros elementos do conjunto probatório. Por exemplo, de que toda vítima de violência sexual deseja judicializar o fato, e seria devido a este desejo de vingança que, para o operador do Direito, os outros elementos do conjunto probatório precisariam acompanhar a versão da vítima.

Veremos a seguir que, na verdade, este valor diferenciado atribuído à palavra da vítima em relação ao conjunto probatório depende em sua totalidade de algo anterior, já apontado neste trabalho de tese: a interpretação que o operador do Direito faz da fala da vítima. E então voltamos ao argumento de que determinadas características do discurso desta, no momento da audiência, são utilizadas para que este profissional considere crível ou não sua versão. Assim, interpreta-se de diferentes formas o discurso da vítima; e apenas se considera os outros elementos do conjunto probatório “reforçadores da versão da vítima” quando eles caminham na mesma direção. Um exemplo se segue:

...a sinceridade das declarações da vítima se coadunam com as demais provas testemunhais colhidas durante a instrução, das quais se extrai a segurança necessária para manutenção do decreto condenatório (Apelação Criminal n. 2014.055232-0, de Santa Rosa do Sul Relator: Des. Ernani Guetten de Almeida).

Se o discurso da vítima segue aqui a mesma direção dos demais elementos do conjunto probatório, parece ter sido utilizado apenas para reforçar a atribuição de credibilidade que o operador do Direito já havia feito sobre o discurso da vítima; mais especificamente, para comprovar sua pré-concepção de que ela foi sincera. É o que se pode pensar a partir de trechos como o abaixo:

“Nos crimes contra os costumes a palavra da vítima se torna preponderante, se coerente e em consonância com as demais provas coligidas nos autos, como é o caso da hipótese vertente, em que a ofendida expôs os fatos com riqueza de detalhes, tudo em conformidade com os demais elementos probantes” (HC n. 184366/DF, rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 2.8.11) (Apelação Criminal n. 2012.014118-3, de Chapecó Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato).

Nesta passagem acima, por sua vez, o operador do Direito também se convenceu da credibilidade da fala da vítima antes de se referir aos demais elementos do conjunto probatório. No caso em questão, foi o detalhamento do seu discurso que o convenceu, parecendo que os outros elementos do conjunto probatório apenas funcionaram para reforçar sua convicção.

Se ocorre o mesmo nas diversas passagens abaixo, nelas o determinante foi o misto de harmonia, firmeza, coerência, segurança, objetividade, clareza, detalhamento da fala da vítima, a partir do que não se fez mais do que esperar não encontrar elementos do conjunto probatório que a contradissesse. Vejamo-as em suas integralidades:

É inegável que nos crimes dessa natureza, não raro perpetrados na clandestinidade, as declarações da vítima têm importância fundamental no que tange à respectiva comprovação, desde que seus esclarecimentos sejam harmônicos e coerentes, não exsurgindo do contexto probante qualquer indicativo a pôr em dúvida seus relatos (Apelação Criminal n. 2012.016289-5, de Joaçaba Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho).

É inegável que nos crimes dessa natureza, não raro perpetrados na clandestinidade, as declarações da vítima têm importância fundamental no que tange à respectiva comprovação, desde que seus esclarecimentos sejam harmônicos e coerentes, não exsurgindo do contexto probante qualquer indicativo a pôr em dúvida seus relatos (Apelação Criminal n. 2012.015371-7, de Ituporanga Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho).

Vítimas que expõem todos os fatos, sem entrar em contradição, de maneira clara, segura, relatando os abusos sexuais, quando de acordo com outros elementos de prova, tem significativo valor probatório (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.009243-2, de Blumenau Relator: Des. Jorge Schaefer Martins).

...nos crimes dessa natureza, não raro perpetrados na clandestinidade, as declarações da vítima têm importância fundamental no que tange à respectiva comprovação, desde que seus esclarecimentos sejam harmônicos e coerentes, não exsurgindo do contexto probante qualquer indicativo a pôr em dúvida seus relatos (Apelação Criminal n. 2012.053869-2, de Itajaí Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho).

Nos delitos contra a liberdade sexual, geralmente cometidos na clandestinidade, o depoimento da vítima, quando claro, coerente e harmônico, e com base nos demais elementos probatórios, é bastante para embasar a condenação. [...] (Ap. Crim. 2012.051190-2, Rel. Des. Ricardo Roesler - j. 4.9.12) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.073858-7, de Joinville Relator: Des. Sérgio Rizelo).

...lição de Celso Delmanto: “a palavra da vítima representa a viga mestra da estrutura probatória, e a sua acusação firme e segura, em consonância com as demais provas, autoriza a condenação” (Código Penal Comentado. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 461) (Apelação Criminal n. 0010020-65.2014.8.24.0018, de Chapecó Relator: Desembargador Getúlio Corrêa)

...“remansoso entendimento jurisprudencial, a palavra da vítima, em crimes de conotação sexual, possui valor probatório diferenciado, servindo de substrato condenatório quando o relato ocorre de maneira coerente, sem contradições e encontra apoio em outros elementos de convicção” (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.020962-5, de Lages, rel. Des. Substituto Paulo Roberto Sartorato, j. 10.6.2014) (Apelação Criminal n. 2012.029965-9, de Catanduvas Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco).

Nos crimes contra a liberdade sexual, as palavras da vítima somente são admitidas para embasar o decreto condenatório quando firmes, coerentes e corroboradas por indícios e circunstâncias. Havendo contradições em aspectos essenciais, a absolvição torna-se imperiosa (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2009.023679-8, de São João Batista Relatora: Desa. Salete Silva Sommariva).

As passagens acima ilustram os entendimentos teóricos/processuais a respeito da possibilidade de, quando o discurso da vítima apresenta determinadas características, fundamentar um tratamento diferenciado de sua palavra. Um tratamento, mais especificamente, que faz com que os demais elementos do conjunto probatório só sejam considerados caso tragam alguma informação que questione o relato da vítima. A seguir, traz-se trechos que apresentam a mesma compreensão, mas já aplicados aos casos em questão. E, assim sendo, mencionando informações singulares dos casos:

Ainda que o depoimento da vítima seja normalmente a prova capital – e não se pode deixar de tomá-lo com tal reverência – no caso concreto ele segue descompassado, quando confrontado com o restante da

prova. Segue-se, ademais, cercado de desencontros e contradições, e bem por isso não pode servir como prova para a condenação (Apelação Criminal n. 2012.016784-0, de São Lourenço do Oeste Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini).

...narrou os fatos com segurança e objetividade, indicando as ações do réu de maneira detalhada. Ademais, as informações reveladas pela ofendida foram corroboradas pelas demais testemunhas, sendo improvável que os fatos narrados sejam fruto de sua imaginação (Apelação Criminal n. 2014.066317-3, de Urussanga Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini).

Irrelevante o fato de se tratar de declarações de menor, uma vez que os relatos são coerentes e harmônicos com o restante das provas e confortados por depoimentos dos informantes adultos. (Apelação Criminal n. 1999.005530-2, de Itajaí, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 25/5/1999).

Não deve se falar em insuficiência de prova a justificar uma absolvição pela prática de atentado violento ao pudor, se os elementos de prova, aliados ao depoimento coerente da vítima, formam um conjunto sólido, autorizador de seguro juízo de convicção. “Hipótese em que as palavras, firmes e convincentes, da vítima e da mãe, convencem da certeza do atentado, nada se podendo presumir da existência de motivos para falsa acusação.” (Ap. Crim. n. 99.007111-1, de Rio Negrinho, rel. Des. Amaral e Silva) (Apelação criminal n. 01.001609-0, de Criciúma, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. em 11/09/2001) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.034257-5, de Jaraguá do Sul Relator: Des. Jorge Schaefer Martins).

...em delitos dessa natureza as palavras das vítimas assumem valor probatório relevante, sobrepondo-se a negativa do réu, ainda mais quando seus relatos são confirmados em juízo e não existem elementos concretos nos autos de que as ofendidas possam estar faltando com a verdade (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.057799-6, de Blumenau Relator: Des. Torres Marques).

Abaixo seguem outros trechos. Neles também há a mesma justificativa para que os elementos do conjunto probatório só serão considerados se trouxerem algo que desacredite a palavra da vítima: a de que o discurso da vítima apresenta algumas características que o fazem crível. De qualquer modo, parece pertinente destacá-los porque, apesar de também ilustrarem como a pertinência dos demais elementos do conjunto probatório passa a ser facultada a partir do discurso da vítima,

estes trechos demonstram como não são apenas as provas testemunhais que possuem função apenas se contradizerem a versão da vítima. Neles, percebe-se que a própria prova pericial (no caso, exame de corpo de delito) passa a ser necessária apenas se a vítima não convenceu os operadores do Direito com seu discurso. Vejamo-os:

É prescindível [exame de corpo de delito]. Pode-se demonstrar a ocorrência de estupro por outras provas, inclusive pela palavra da vítima, quando convincente e segura. Nesse sentido: STJ: A configuração do crime de estupro prescinde da realização do exame de corpo de delito, sendo suficientes a manifestação inequívoca e segura da vítima, quando em consonância com os demais elementos probatórios delineados no bojo da ação penal”(HC 8.720-RJ, 6ª T., rel. Vicente Leal, 16.11.1999, v. u., DJ 29.11.1999, p. 126). TJDF: “Irrelevante o resultado negativo do laudo de exame de corpo de delito. A materialidade do crime de atentado violento ao pudor [hoje, estupro] prescinde de realização do exame de corpo de delito, porque nem sempre deixa vestígios detectáveis, sendo que a palavra da vítima, corroborada por prova testemunhal idônea, tem relevante valor probante e autoriza a condenação quando em sintonia com outros elementos de prova” (Ap. 20000331.011076-7, 1ª T., rel. Mario Machado, 19.07.2007, v. u.). (ob. cit. p. 913, grifou-se) (Apelação Criminal n. 2012.015371-7, de Ituporanga Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho).

...tem-se admitido a dispensa de laudo pericial conclusivo, em especial quando existentes nos autos outros elementos aptos a comprovar a materialidade delitiva, tais qual as declarações firmes e uníssonas das vítimas e dos testigos, que servem, ainda, como fundamento bastante ao apontamento da autoria do crime (Ap. Crim. n. 2010.071301-2, de Blumenau, rel. Desa. Salete Silva Sommariva, j. 23.08.2011).

Detalhamento, harmonia, segurança, clareza, objetividade, firmeza e coerência já foram citados neste capítulo para ilustrar como os operadores do Direito justificam por características do discurso da vítima seu entendimento de ser crível ou não. Aqui estas características se repetem, mas talvez de maneira mais velada, talvez porque o operador do Direito não tenha querido explicitar que sua interpretação da fala da vítima se fizesse principalmente a partir delas, e então considerou importante reforçar sua alegação mencionando que os demais elementos do conjunto probatório seguiram na mesma direção, ou não contradisseram a versão da vítima.

Uma das mais exemplares manifestações de que se recorre aos demais elementos do conjunto probatório apenas como reforçadores de compreensões já feitas pelo operador do Direito sobre o discurso da vítima encontra-se na jurisprudência abaixo. Vê-se que aqui ao mesmo tempo diz-se que a palavra da vítima precisa ser convincente, inequívoca e segura, depois que ela precisa ter estas características e ser acompanhada por elementos do conjunto probatório e, por fim, que o discurso da vítima apenas precisa estar em consonância com os demais elementos. Em seus termos:

É de se lembrar que para a consumação do delito previsto no art. 217-A do Código Penal, conforme leciona Guilherme de Souza Nucci: “Na forma da conjunção carnal, não se exige a introdução completa do pênis na vagina, bastando que ela seja incompleta. Como já se mencionou na nota 12, não se exige, ainda, a ejaculação, nem tampouco a satisfação do desejo sexual do agente. No tocante aos outros atos libidinosos, basta o toque físico eficiente para gerar a lascívia ou o constrangimento efetivo da vítima, que se expõe sexualmente ao autor do delito, de modo que este busque a obtenção do prazer sexual.” (Código penal comentado. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 907, grifou-se). Sobre o exame de corpo de delito, acrescenta o autor: É prescindível. Pode-se demonstrar a ocorrência de estupro por outras provas, inclusive pela palavra da vítima, quando convincente e segura. Nesse sentido: STJ: “A configuração do crime de estupro prescinde da realização do exame de corpo de delito, sendo suficientes a manifestação inequívoca e segura da vítima, quando em consonância com os demais elementos probatórios delineados no bojo da ação penal” (HC 8.720-RJ, 6ª T., rel. Vicente Leal, 16.11.1999, v. u., DJ 29.11.1999, p. 126). TJDF: “Irrelevante o resultado negativo do laudo de exame de corpo de delito. A materialidade do crime de atentado violento ao pudor [hoje, estupro] prescinde de realização do exame de corpo de delito, porque nem sempre deixa vestígios detectáveis, sendo que a palavra da vítima, corroborada por prova testemunhal idônea, tem relevante valor probante e autoriza a condenação quando em sintonia com outros elementos de prova” (Ap. 20000331.011076-7, 1ª T., rel. Mario Machado, 19.07.2007, v. u.). (ob. cit. p. 913) (Apelação Criminal n. 2012.016289-5, de Joaçaba Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho).

Há por outro lado, é importante dizer, casos em que a palavra da vítima não foi suficiente, mesmo apresentando características que parecem ser esperadas pelo operador do Direito para se convencer de

sua versão. E isto porque outros elementos do conjunto probatório seguiram em direção oposta. Vê-se, por exemplo:

Percebe-se, assim, que os relatos da vítima foram, em tese, seguros e coerentes quanto à violência sexual praticada por seu pai. Entretanto, no processo há diversas incoerências e peculiaridades que colocam em xeque a veracidade dos fatos descritos pela pretensa vítima. Veja-se. Como dito alhures, por razões não esclarecidas, a ofendida decidiu deixar o convívio de sua genitora, mudando-se para São Lourenço do Oeste. No entanto, constatou-se que o convívio entre pai e filha não era harmonioso. Verifica-se que o apelante era rígido com a vítima, quer em relação a cobranças referentes aos estudos da menor, quer pelo fato desta possuir comportamento rebelde, sendo desobediente às ordens que lhe eram dadas (Apelação Criminal n. 2012.016784-0, de São Lourenço do Oeste Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini).

Enfim, o que parece ser o ponto principal é a palavra da vítima. A partir de seu poder de convencimento, o operador do Direito passa a justificar como necessário ou não o acompanhamento por parte do conjunto probatório. Igualmente a partir de seu poder de convencimento, o operador do Direito desconsidera ou não divergências eventualmente encontradas entre a palavra da vítima e demais elementos do conjunto probatório. Um ícone desta concepção parece ser esta passagem:

“Havendo indícios confiáveis a sublinhar a versão oferecida pela Vítima, sua palavra constitui elemento de prova apto a ensejar a condenação”(Apelação Criminal n. 2004.030043-8, de Campos Novos, Rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. 22/03/2005)” [...]. RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO" (Apelação Criminal n. 2009.039646-5, de Criciúma, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. em 24/9/2009) (Apelação Criminal n. 1999.005530-2, de Itajaí, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 25/5/1999).

6.5.5 Situações em que a fala é autônoma em relação aos demais elementos do conjunto probatório

Essa predominância da subjetividade do operador do Direito em suas interpretações sobre o caso manifesta-se nas diversas possibilidades de caracterizar o discurso da vítima. Neste momento se demonstrará que a particularidade da fala destes sujeitos (que, como se viu, é uma particularidade pensada de várias maneiras, de acordo com o operador do Direito em questão) é um veículo tão fundamental de manifestação

da subjetividade do operador do Direito que isto chega a ter como efeito não se exigir que a fala da vítima seja acompanhada por demais elementos do conjunto probatório (como testemunhas, exames periciais) – em alguns casos nem se exige “coerência”, “plausibilidade”, “equilíbrio”. Não seriam mais do que elementos para reforçar sua credibilidade.

A seguir apresenta-se alguns trechos que, a começar por sua significativa quantidade, denotam como esta ideia é presente. Eles demonstram como se valoriza qualidades do discurso da vítima já referidas no item 5.5.1 (plausibilidade, coerência, equilíbrio, firmeza, seguro, consistência e ser unísono). Porém, o que aqui se espera é ilustrar como estas características são suficientes para que sua palavra seja crível, e para que os demais elementos sejam eventuais reforçadores. Como se fossem substituíveis, ainda que sua presença seja valorizada caso vá de encontro ao discurso da vítima. Vamos a eles:

Em tema de crimes contra os costumes, que geralmente ocorrem às escondidas, as declarações da vítima constituem prova de grande importância, bastando, por si só, para alicerçar o decreto condenatório, mormente se tais declarações mostram-se plausíveis, coerentes e equilibradas, e com apoio em indícios e circunstâncias recolhidas no processo (JCAT 76/639) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.098758-6, de Gaspar Relator: Des. Carlos Alberto Civinski).

Em se tratando de crimes de atentado violento ao pudor, notadamente aqueles praticados contra vítimas menores de catorze anos, geralmente não resultam vestígios no corpo da vítima, razão pela qual se tem admitido a dispensa de laudo pericial conclusivo, em especial quando existem nos autos outros elementos aptos a comprovar a materialidade delitiva, tais quais a certidão de nascimento e as declarações firmes e unísonas desta e dos testigos, que servem, ainda, como fundamento bastante ao apontamento da autoria do crime (Ap. crim. n. 2008.072872-4, de Braço do Norte, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. 1.9.2009)(Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.065378-8, de Garopaba Relator: Des. Irineu João da Silva).

Em crime de tentativa de estupro, normalmente cometido às escondidas, longe de testemunhas, a palavra da vítima tem caráter probatório essencial, sobretudo havendo ampla ressonância no restante do conjunto das provas, demonstrando a concupiscência do agente, formando quadro concludente que leva à confirmação do decreto condenatório. (Apelação Criminal n. 2004.009551-1, de

Chapecó, Rel. Des. Irineu João da Silva, j. em 29/6/2004) (Apelação Criminal n. 2012.032489-7, da Capital Relator: Des. Substituto José Everaldo Silva).

As passagens acima são de teor eminentemente teórico/processual. Porém, localiza-se em exemplos de argumentações já aplicadas a casos singulares a mesma compreensão de que os demais elementos do conjunto probatório são desconsideráveis, e que só não o são caso vão de encontro à fala da vítima. Seriam eles:

“Em crimes contra a liberdade sexual - geralmente praticados à revelia de qualquer testemunha - a palavra da vítima, quando firme e coerente, encontra especial importância, servindo de substrato condenatório, notadamente quando sua irmã, em certa ocasião, presenciou o réu tentando passar as mãos em seus seios” (ACrim n. 2011.052362-9, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 14.6.2012) (Apelação Criminal n. 2014.043699-2, de Blumenau Relator: Des. Rodrigo Collaço).

...a palavra das vítimas ostenta grande importância quando em harmonia com as demais provas coligadas, sobretudo quando estas descrevem com riqueza de detalhes as características físicas do agente. (Apelação Criminal n. 2011.077959-4, de Guaramirim, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, de Guaramirim, j. em 26/6/2012) (Apelação Criminal n. 2012.032489-7, da Capital Relator: Des. Substituto José Everaldo Silva).

Conforme remansoso entendimento jurisprudencial, a palavra da vítima, em crimes de conotação sexual, possui valor probatório diferenciado, servindo de substrato condenatório quando o relato ocorre de maneira coerente e sem contradições. [...]. (Apelação Criminal n. 2012.001678-7, de Guaramirim, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. em 28-8-2012). E: [...] Conforme remansosa jurisprudência, o depoimento da vítima tem forte valor probante nos crimes contra os costumes, geralmente praticados às escondidas e à revelia de testemunhas. Em hipóteses como a dos autos, merece crédito a narrativa firme e consistente da vítima, prestada na delegacia e confirmada em juízo, notadamente quando a versão defensiva é vacilante e não encontra respaldo em qualquer elemento de convicção [...]. (Apelação Criminal n. 2011.053211-6, de Palhoça, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 6-9-2011) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.001715-6, de São Bento do Sul Relatora: Desa. Marli MosimannVargas).

A narrativa segura e coerente da ofendida, em ambas as fases, corroborada pelo relato do informante A. I., que presenciou a conduta, e do policial militar José Pereira do Nascimento, que confirmou as habituais investidas do acusado contra mulheres e crianças, são elementos a demonstrar, estreme de dúvida, que o acusado J. de A. V. dolosamente constrangeu S. R. à prática de atos libidinosos, empregando violência para consecução do desiderato criminoso. Acerca do valor probatório do relato da vítima, em crimes dessa natureza, reiteradamente decide este Tribunal: O crime de atentado violento ao pudor; geralmente, não resulta vestígios no corpo da vítima, hipótese a se admitir a dispensa de laudo pericial conclusivo, em especial quando existentes nos autos outros elementos aptos a comprovar a materialidade delitiva, tais quais as declarações firmes e uníssonas das vítimas e dos testigos, que servem, ainda, como fundamento bastante ao apontamento da autoria delitiva. Nesse contexto, é cediço que, com relação aos crimes contra a liberdade sexual, via de regra, a imputação da responsabilidade é insuscetível de demonstração com base em vestígios ou mediante declarações de testemunha ocular, dada a peculiaridade de que são praticados na clandestinidade (“quiclamcomittisole”), revestindo-se, assim, a palavra da vítima, em casos tais, de relevância preponderante, sobretudo se as suas assertivas estiverem associadas com a realidade dos autos e demais elementos de prova (Ap./ ECA n. 2010.065636-5, de Xanxerê, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 31.3.2011) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.065378-8, de Garopaba Relator: Des. Irineu João da Silva).

É pertinente apontar que parece se localizar nesta discussão sobre quando os elementos do conjunto probatório são utilizados a própria utilização ou não da formação indireta de exame de corpo de delito. Conforme as passagens abaixo, remete-se a esta previsão processual apenas quando o discurso da vítima já se constituiu de características que convenceram o operador do Direito. Vejamo-as em sua integralidade:

O crime de estupro, geralmente, não resulta vestígios no corpo da vítima, hipótese a se admitir a dispensa de laudo pericial conclusivo, sobretudo quando existentes nos autos outros elementos aptos a comprovar a materialidade delitiva, tais como as declarações firmes e uníssonas das vítimas e dos testigos, aliadas à confissão por parte do acusado perante a autoridade policial. Desse modo, a doutrina e a jurisprudência vêm acatando a possibilidade de formação de corpo de delito de forma indireta (CPP, art. 167), de sorte a se dispensar a confecção laudo pericial conclusivo, haja vista ser possível confirmar

o crime pelos demais meios de prova. II - Nesse contexto, é cediço que, com relação aos crimes contra a liberdade sexual, por via de regra, a imputação da responsabilidade é insuscetível de demonstração com base em vestígios ou mediante declarações de testemunha ocular, dada a peculiaridade de que são praticados na clandestinidade (quiclamcomittitsolent), revestindo-se, assim, a palavra da vítima, em casos tais, de relevância preponderante, mormente se suas assertivas mostrarem-se associadas com a realidade dos autos e demais elementos de prova (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.062620-7, de Içara, Rel. Desa. Salete Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, j. 10-5-2011) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.041555-8, de Ibirama Relator: Des. Jorge Schaefer Martins).

“A palavra da vítima, em crimes de conotação sexual, constitui relevante elemento probatório, mormente quando se mostra coerente com o restante da prova produzida e, em razão da pouca idade da ofendida, está respaldada por avaliações e laudos psicológicos, médicos e psiquiátricos. Precedentes do STJ’ (STJ, HC n. 63658/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. 7.8.07)”. (Apelação Criminal n. 2011.084313-6, de Blumenau, Rel. Des. Substituto Francisco Oliveira Neto, j. em 03/04/2012) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.016121-5, de Laguna Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas).

“A palavra da vítima, em crimes de conotação sexual, constitui relevante elemento probatório, mormente quando se mostra coerente com o restante da prova produzida e, em razão da pouca idade da ofendida, está respaldada por avaliações e laudos psicológicos, médicos e psiquiátricos. Precedentes do STJ (STJ, HC n. 63658/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. 7.8.07)”. (Apelação Criminal n. 2011.084313-6, de Blumenau, Rel. Des. Substituto Francisco Oliveira Neto, j. em 03/04/2012) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.058341-2, de Criciúma Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato).

É fundamental mencionar que foram as únicas passagens que trataram desta possibilidade de formação de exame de corpo de delito. Não se encontrou, melhor dizendo, menção à produção indireta de exame de corpo de delito nos casos em que se colocava em dúvida a palavra da vítima e, portanto, recorrer-se-ia a ele como prova fundamental. Assim, parece mais uma vez possível afirmar que a palavra da vítima encontra um peso significativo. O que, conforme já dito, pode ser problemático quando o operador do Direito não espera

que vítimas de violência sexual se manifestem verbalmente de maneira diversa daquela que ele espera; por exemplo, com detalhes, firmeza, segurança, consistência, etc.

Esta discussão mereceria maior aprofundamento. Neste momento, entretanto, o foco é destacar que as passagens acima ilustraram casos nos quais não se exige que a fala da vítima seja acompanhada por demais elementos do conjunto probatório. Estes elementos funcionariam apenas como corroboradores da concepção que o operador do Direito já construiu baseado apenas no discurso da vítima. Daí é que dados obtidos por outras fontes que não o discurso da vítima são entendidos apenas como eventuais "reforçadores", e não como essenciais para o entendimento do operador do Direito. Este entendimento se fundamentaria, antes de qualquer coisa, no discurso da vítima. Algo que, nas passagens vistas em itens anteriores, ocorria de maneira velada e não tão explícita quanto agora, dada a insistência, antes, em afirmar a importância do conjunto probatório, quando prevalece mesmo o que se pensa a respeito da palavra da vítima.

Este tratamento diferenciado da fala da vítima, decisão única e livre do operador do Direito, já que não foi fundamentada tecnicamente, mas apenas na noção livremente construída pelo operador do Direito de que o discurso de que vítimas de violência sexual possuem certas características.

6.5.6 Quando a fala é desnecessária

Uma demonstração de que este elemento subjetivo é o que principalmente fundamenta esta ideia de que a fala da vítima, para ser considerada, precisa ser acompanhada por outros dados, é a presença de outros casos em que de maneira igualmente autônoma, mas inversa, abdica-se da palavra da vítima. Nestes, cujos trechos são apresentados a seguir, ao conjunto probatório atribui-se certa autonomia, ao ponto de possibilitar abdicar da palavra da vítima:

...as declarações da vítima na fase judicial (CD de fl. 47), afirmando não se recordar dos fatos e não lembrar do acusado, não implicam na absolvição do apelante, uma vez que o conjunto probatório fornece a certeza necessária da ofensa à dignidade sexual de M. E. perpetrada pelo réu (Apelação Criminal n. 2013.042668-2, de Braço do Norte Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini).

...justifica-se a desnecessidade da inquirição da Vítima em virtude de tratar-se de criança de tenra idade, sobretudo quando tal fato não prejudica a apuração da verdade real, estando a prática delitativa evidenciada por outras provas, limitando-se o Acusado a deduzir álibi inverossímil e incoerente com todas as evidências colhidas nos autos (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.073858-7, de Joinville Relator: Des. Sérgio Rizelo).

Há inclusive passagens nas quais se trata a palavra da vítima como suficiente e, ao mesmo tempo, dela exigindo apresentar determinadas características e ser acompanhada por demais elementos do conjunto probatório. Algumas delas são as seguintes:

... “em tema de crimes contra os costumes, que geralmente ocorrem às escondidas, as declarações da vítima constituem prova de grande importância, bastando, por si só, para alicerçar o decreto condenatório, mormente se tais declarações mostram-se plausíveis, coerentes e equilibradas, e com o apoio em indícios e circunstâncias recolhidas no processo (JCAT 76/639)” (Mirabete, Julio Fabbrini. Código penal interpretado. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 1786). Colhe-se da Apelação Criminal 2011.004376-7, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 21.06.2011, que “as declarações da vítima assumem vital importância, constituindo-se em valioso elemento de convicção no que pertine à apuração de crimes contra a liberdade sexual, visto que são, quase sempre, perpetrados na clandestinidade, à vista unicamente de seus protagonistas. Por isso, gozam da presunção de veracidade quando encontram respaldo no elenco probatório, podendo alicerçar a condenação”. É o entendimento do c. Superior Tribunal de Justiça no Habeas Corpus n. 112.760/RJ, rel. Min. Felix Fischer, DJe 16.12.2009: “A palavra da vítima, em sede de crime de estupro, ou atentado violento ao pudor, em regra, é Incrível elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não têm testemunhas, ou deixam vestígios”. Assim, nos crimes contra os costumes, geralmente cometidos na clandestinidade, as declarações da vítima, mostrando-se firmes, coerentes e com apoio nos autos, são bastantes [sic] para embasar um decreto condenatório. Sobre o tema, Celso Delmanto et al Código Penal Comentado, 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 461, ensina: “a palavra da vítima representa a viga mestra da estrutura probatória, e a sua acusação firme e segura, em consonância com as demais provas, autoriza a condenação” (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.056762-0, de Herval D oeste Relator: Des. Ernani Guetten de Almeida).

É cediço que as declarações da vítima constituem prova de grande importância, bastando, por si só, para alicerçar o decreto condenatório, sobretudo quando mostram-se plausíveis, coerentes e equilibradas, e apoiada em indícios e circunstâncias constantes nos autos (JCAT 76/639). Nesse sentido, Julio Fabbrini Mirabete leciona: A violência moral pode ser demonstrada por outras provas, sendo, como regra, suficientes as declarações coerentes da vítima que tenha credibilidade, não desmentidas por outros elementos probatórios. (Código Penal Interpretado. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 1758). Em caso semelhante, o Superior Tribunal de Justiça assentou: A palavra da vítima, em sede de crime de estupro, ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não têm testemunhas, ou deixam vestígios [...]. (Habeas Corpus n. 112.760/RJ, rel. Min. Felix Fischer, DJe 16-2-2009) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.001715-6, de São Bento do Sul Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas).

As passagens apresentadas até aqui neste item parecem ser exemplos emblemáticos de que o principal norteador para o tratamento da palavra da vítima é a subjetividade do operador do Direito. Disso decorre que em alguns casos se exija o acompanhamento de outras informações obtidas na investigação policial ou judicial, e que estas caminhem na mesma direção que a alegação da vítima, em outros casos não. Daí também que às vezes se exija que o discurso da vítima se apresente com certas características e detalhes, e em outros não. Igualmente, é a subjetividade do operador do Direito que faz com que possa bastar a palavra (ou silêncio) da vítima. E é também esta subjetividade que faz com que se alegue que a fala da vítima só é convincente quando apresenta determinadas características (discurso inequívoco).

6.5.7 O recurso da linguagem não verbal como fundamento decisional

Igualmente há as considerações a elementos não verbais para justificar a compreensão do operador do Direito sobre a credibilidade ou não do testemunho da vítima, que, como já dito, é anterior à sua oitiva. Talvez a menção ao sinal não verbal seja um dos últimos recursos encontrados por este operador para “fundamentar” sua interpretação. Exemplos disto seriam:

... “primeira impressão registrada é o largo sorriso no rosto da criança durante todo o depoimento. Aquele sorriso de quem parece estar aprontando alguma coisa. E esse aprontar nada mais é do que mentir em juízo obrigado por sua genitora, sem saber, é claro, da consequência de seus atos” (fl. 316) (Apelação Criminal n. 2012.032489-7, da Capital Relator: Des. Substituto José Everaldo Silva).

...a ofendida, ao depor em juízo, mostrava-se visivelmente abalada e bastante chorosa, circunstância que não pode ser olvidada, porquanto denota que a vítima não conseguiu superar o trauma da situação vivenciada (Apelação Criminal n. 2012.069197-0, de Canoinhas Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini).

a clareza com que relataram o ocorrido e a riqueza de detalhes, juntamente com o flagrante constrangimento que apresentaram no momento de descrever os abusos sexuais por elas sofridos, revelam a veracidade de suas declarações (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.057799-6, de Blumenau Relator: Des. Torres Marques).

6.5.8 Os julgamentos sobre a motivação do discurso

Também não podemos desconsiderar que, para além das justificativas processuais sobre o tratamento despendido à palavra da vítima (as exigências que se faz ou não sobre ela, incluindo as diferentes formas de se pensar sua relação com os demais elementos do conjunto probatório) e da leitura não verbal da vítima, resta ainda ao operador do Direito o recurso de justificar sua pré-concepção a respeito da credibilidade da vítima nos motivos que ela teria ou não para formular uma versão inverídica. Vejamos:

...mostra-se pouco plausível que o [sic] ofendida de apenas 12 (doze) anos de idade teria inventado os fatos narrados na peça acusatória, contado e ratificado os fatos à sua mãe, na fase policial e em Juízo, simplesmente para satisfazer caprichos individuais de sua genitora, por motivos de ciúmes, os quais sequer o acusado conseguiu demonstrar (Apelação Criminal n. 2012.069197-0, de Canoinhas Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini)⁶³.

⁶³ Aqui surgem também elementos já aqui discutidos, como a ideia de que alguém não mantém uma versão inverídica em vários contextos e de que alguém de determinada faixa etária não mente.

...“sempre que não houver razões de ódio ou de oportunidade, a inspirar a informação da ofendida, ela pode preponderar no convencimento jurisdicional, sobretudo se o crime tiver como elementar a violência ficta ou real” (Apelação Criminal n. 1999.005530-2, de Itajaí, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 25/5/1999) (Apelação Criminal n. 2012.080989-0, de Itajaí Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho).

Nesta última passagem aparecem outras noções. Primeiro, que a credibilidade da vítima baseia-se em motivos de ódio ou oportunidade, desconsiderando aparentemente a existência de outros, que a Psicanálise poderia elucidar dado serem incompreensíveis para a lógica racional cartesiana. Segundo, que a palavra da vítima é mais suficiente nos casos de violência ficta ou real.

6.5.9 Menções às manifestações discursivas da infância e adolescência

Percorremos até aqui várias maneiras de o operador do Direito projetar, no discurso da vítima, a sua decisão de atribuir credibilidade ou não ao discurso da vítima de violência sexual. Houve exemplos com casos em que se exige inequívocos, os casos sem esta exigência (chegando-se até a se conceber o silêncio); a exigência de detalhes ou justificativa para que eles não sejam apresentados; a exigência de que a palavra da vítima seja acompanhada, ou pelo menos não contraposta, por demais elementos do conjunto probatório; a noção de que a palavra da vítima é apenas reforçada quando acompanhada por elementos do conjunto probatório; casos em que os citados elementos até permitem desconsiderar a fala da vítima; até situações em que a análise da palavra da vítima é substituída por linguagem não verbal.

Vejamos ainda outras perspectivas de o operador do Direito negar a autoria de sua decisão, projetando-a no discurso da vítima, ao propor que este possui determinadas características devido à fase de desenvolvimento em que se encontra. Já outras passagens incluem a concepção segundo a qual a palavra da vítima teria um estatuto diferenciado sendo de criança ou de adolescente. No caso dos adolescentes, porque em tese não mentiriam já que não teriam propósitos de incriminar alguém. No caso das crianças, diz-se que o sujeito apenas em idade muito precoce não distingue certo e errado; logo, apenas em casos excepcionais não saberia da conotação sexual de atos sofridos. Não se pode deixar de apontar que, mais uma vez, a tendência de se orientar pela soberana consciência, conforme já tratado

no capítulo 4, sobre sujeito do Direito e sujeito da Psicanálise. Perceba-se:

Apesar de tenra idade, demonstrando não ter muito conhecimento sobre sexualidade, é possível que lhe seja atribuída certa credibilidade, porquanto já capaz de discernir determinados atos que fogem à normalidade. Tudo, evidentemente, se em harmonia com a direção apontada pelos elementos probatórios (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.028193-7, de Brusque Relator: Des. Leopoldo Augusto Brüggemann).

...relatos de crianças nessa espécie de crime, quando não demonstrado tenham elas sido de alguma forma influenciadas por terceiros, revestem-se de significativo valor probatório, na medida em que o infante é desprovido de experiências ou informações a respeito de atividades sexuais (Apelação Criminal n. 2013.085693-3, de Itapema Relator: Des. Jorge Schaefer Martins).

Adolescente que expõe todos os fatos, na fase investigativa e judicial, sem entrar em contradição, de maneira clara, segura, relatando o abuso sexual, quando de acordo com outros elementos de prova, tem significativo valor probatório, na medida em que é desprovida de experiências ou informações a respeito de atividades sexuais. Ademais, a palavra da vítima, nos crimes sexuais, possui especial relevância, diante da natureza do delito, que dificilmente deixa vestígios em função de ser cometido às ocultas, ou em ambientes domésticos, sem a presença de testemunhas (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.009243-2, de Blumenau Relator: Des. Jorge Schaefer Martins).

“Criança que expõe todos os fatos, na fase investigativa e judicial, sem entrar em contradição, de maneira clara, segura, relatando o abuso sexual, quando de acordo com outros elementos de prova, tem significativo valor probatório, na medida em que é desprovida de experiências ou informações a respeito de atividades sexuais...” (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.016054-3, de São José do Cedro, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 04-09-2014) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.009243-2, de Blumenau Relator: Des. Jorge Schaefer Martins).

A assertiva merece especial relevo ao tratar-se de vítima adolescente, incapaz, em regra, de forjar tramas com propósito incriminador. Vale dizer, não sendo seus dizeres apresentados de forma mentirosa ou contraditória, mas corroborados pelos demais indícios e provas e

sopesadas possíveis declarações fantasiosas, devem ser considerados como elemento fundamental para a condenação (Apelação Criminal n. 2014.037303-0, de Chapecó Relator: Des. Sérgio Rizelo).

A noção presente nesses exemplos da jurisprudência de que tanto crianças e adolescentes não possuem experiências ou informações sobre atividades sexuais contradiz a ideia de que eles raramente desconheceriam a conotação do ato de teor sexual sofrido. Como podemos pensar, uma pré-concepção ou outra é utilizada de acordo com o convencimento prévio que o operador do Direito faz da credibilidade da vítima.

6.5.10 O discurso da vítima como via de punição

Para encerrar, uma passagem que pode elucidar ao menos uma função desta grande margem de subjetividade atribuída ao operador do Direito no tratamento da fala da vítima: adequá-la aos argumentos para uma condenação, e uma condenação grave. Refiro-me a estas palavras: “[...] *coerência, consonância e credibilidade das palavras das vítimas tornam irrelevantes [sic] as palavras do acusado*” (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.034257-5, de Jaraguá do Sul Relator: Des. Jorge Schaefer Martins).

Talvez estas diversas, e até contraditórias, possibilidades de uso da palavra da vítima tratadas em todo este item sirvam para que nela se fundamente, da forma como cada caso permitir, uma condenação grave. Assim, características como consonância e credibilidade são esperadas, mas pouco definidas; e até, quando não encontradas, justifica-se a possibilidade de não exigí-las. Tudo isto é feito se há ou não interesse em condenar.

Para Andrade (2005), em análise “micro”, a proteção é da moral sexual dominante e da família, aqui entendida como a unidade sucessória conforme o modelo da família patriarcal/capitalista monogâmica, heterossexual. Quanto à análise “macro”, e destacando principalmente o tratamento despendido pelo sistema judicial às mulheres, ela ressalta a proteção das estruturas, instituições e simbolismos que dizem da não autonomia da mulher. A autora denomina inclusive de “sublógica da honestidade” a este mecanismo que, ao lado da seletividade, são as marcas estruturais do exercício de poder do sistema penal.

Argumentando neste trabalho de tese em favor da *não necessidade de negar o desejo de mulheres e crianças para que elas*

tenham seus direitos garantidos, cabe ainda garantir, em contrapartida, que em nada deve mudar a avaliação da conduta do autor ao constatar ter havido um desejo da vítima, quase sempre inconsciente. A possibilidade da fala livre da coerção e do preconceito pode permitir à vítima demonstrar que não inscreveu de forma não traumática a violência sexual sofrida e, até, que não a inscreveu de forma traumática justamente por lhe ser autorizado pelo Sistema Judicial não haver se traumatizado com a violência sofrida. Talvez as vítimas (inclusive as crianças) devessem ser escutadas em seu desejo, caso exista, de não criminalizar a situação, atribuindo-se uma honesta credibilidade ao seu honesto testemunho – uma honestidade significativamente diferente, e talvez oposta àquela que se espera encontrar na mulher de modo a proteger a unidade familiar e sucessória tipicamente burguesa.

Além de não proteger a liberdade sexual feminina (e acima de tudo, o domínio do próprio corpo), o Sistema de Justiça Criminal a perverte, alegando que o “não” de uma mulher quer dizer “talvez” e que o “talvez” quer dizer “sim” e que ao dizer um “legítimo não”, não é mulher. Para além da desigualdade de tratamento de diferentes vítimas mulheres, o que demonstraria a ineficácia deste sistema é a ênfase na conjunção carnal (na pretendida prova material⁶⁴), e não no fato crime e violência.

A propósito, Campos (1998) analisa a ambiguidade do discurso das feministas do Direito quando procuram criminalizar alguns delitos e descriminalizar outros. Esta contradição de compreender como necessária a resposta jurídica em alguns casos mas em outros não, conforme a autora, se apresentaria em todos os ramos do Direito, mas principalmente no direito penal. Haveria ainda o fato paradoxal de que as propostas pautadas pela criminalização dos crimes sexuais não se calam mesmo reconhecendo que o direito penal trabalha com as lógicas da moralidade ou da honestidade, restringindo-se ao debate sobre a utilização sexista, por meio da doutrina e jurisprudência do direito penal⁶⁵.

⁶⁴ Considerar que esta obra de data anterior à mudança significativa na legislação sobre crimes sexuais, que passou a compreender a figura do estupro como muito mais ampla que a penetração pênis-vagina, que caracterizava a conjunção carnal.

⁶⁵ Nesta linha, Spivak (2018), aqui já referida, suspeita do agenciamento enquanto fruto de uma validação institucional. Para ela, as propostas de que alguém possa, e deva, falar em nome do outro (no caso, o colonizador

Em sua síntese dos pilares da criminologia crítica, a autora diz que esta Criminologia apontou tanto a deslegitimação do direito penal como a violência com que o discurso jurídico-penal é operacionalizado pelo sistema penal. Assim, destaca a discrepância entre este discurso e a real operacionalidade do sistema penal, mostrando que é falsa a declaração de que ele respeita os princípios de igualdade, legalidade, integridade, humanidade e culpabilidade. A afirmação de que o sistema penal protege os direitos humanos é perversa, portanto, conforme a autora ou, pelo menos no que tange ao princípio da igualdade, mítica (se considerarmos sua seletividade). Daí se dever recorrer ao campo penal apenas minimamente, caso ainda o considere necessário. Sua proposta é que as mulheres procurem em outras esferas do Direito, que não o Penal, a solução de seus conflitos – melhor ainda, em outro lugar que não no Direito.

Para tanto, apresenta algumas constatações da criminologia feminista. Primeiro, a proteção penal destina-se à família e à maternidade, e não às mulheres. As mulheres não são tratadas como sujeitos, o que, no caso dos crimes contra a liberdade sexual, se revelaria por uma proteção jurídica orientada pela moralidade da mulher criada pelo discurso jurídico. Esta dinâmica pode chegar ao cúmulo quando, propondo justamente proteger o direito das mulheres, o sistema penal mais uma vez as vitimiza. Sendo o direito penal um campo de negatividade, não se poderia dele esperar afirmações, por exemplo, de cidadania. A única coisa que se produz com projetos de lei pautados no binômio criminalização/descriminalização talvez seja o fortalecimento do sistema penal e seu discurso racionalizador.

Operando com a consciência racional e generalizante, cabe ao Direito, particularmente o Penal, admitir que pouco pode dizer sobre a subjetividade. Em outros termos, que suas alegações a propósito do humano precisam vir amparadas pelo discurso de outros campos do saber. O argumento seguinte é que, sendo o desejo a única via por onde o humano é acessado, o Direito pouco pode fazer por ele. Ou, mais especificamente, que suas intervenções só poderão de fato auxiliar os sujeitos se ela se pautarem em noções provindas de outros campos do saber a propósito dos temas em questão.

Resta-nos ainda pensar se no limite o operador do Direito não estaria às vezes na mesma série psíquica que o esturador. Dito de outra

dispondo-se a falar pelo colonizado, supostamente para emancipá-lo) é mais uma forma do discurso hegemônico cooptar o discurso de resistência.

maneira: até que ponto as vítimas que a ele recorrem não são aquelas que não encontraram outras maneiras de elaborar o sofrimento vivido. Assim, buscariam o sistema judicial como última opção, ou, melhor dizendo, porque subjetivamente não encontraram outra opção e porque há um discurso político-econômico que propõe que a resposta criminalizatória seria a melhor solução. Nestes casos, a busca pela resposta criminalizatória teria como objetivo inconsciente reviver a posição de violentadas. Assim, talvez o desejo pela criminalização seja, em alguns casos, a via pela qual se mantém uma representação de que o ato sofrido é da ordem da violência. Talvez até, em outros casos, seja inclusive a maneira pela qual o ato juridicamente tipificado como violência sexual é inscrito psiquicamente como traumático.

Assim insistindo e impondo que o discurso da vítima seja desprovido de desejo e autonomia, a inscrição jurídica funcionaria como o tempo a posteriori que ressignificaria o tempo anterior, atribuindo o estatuto traumático. De qualquer forma, sendo fiel à importância da singularização de cada caso, não se desconsidera a importância para alguns sujeitos de denunciar a violência sofrida e que, então, o sistema judicial não resista a reconhecer sua condição de vítima. A participação ativa no processo judicial pode ser restaurador para algumas vítimas.

Porém, a maneira com que o sistema judicial se utiliza da palavra da vítima não indica se orientar pelo que iria de encontro ao seu desejo, mas, conforme vimos, por princípios históricos, políticos, econômicos, sociais, culturais. E, a partir deles, se estabelecer diferentes compreensões sobre cada uma das vítimas.

6.5.11 Operadores jurídicos: que masculinidade eles querem?

A partir deste momento, continuar-se-á discutindo que a resposta à violência sexual, quando pensada como reduzida à punição, não restaura em nenhum dos envolvidos na situação de violência o que foi perdido em suas trajetórias de violência. Porém, se no item anterior tratou-se de como isto serve para manter determinadas representações sobre feminilidade, agora abordar-se-á que também tem por função manter certas representações sobre masculinidades. No caso, uma representação de que há uma única masculinidade; melhor dizendo, uma normatividade sobre as masculinidades ao ponto de se orientar por um modelo hegemônico de masculinidade.

Nesta direção, parece pertinente o questionamento a propósito do aparentemente paradoxal efeito dos operadores jurídicos que tratam

da problemática de violência sexual contra mulheres. Tais operadores jurídicos são aqui compreendidos, conforme propõe Foucault (2011, p.181), como leis, conjunto de aparelhos, instituições e regulamentos que aplicam o Direito.

A análise que se pretende desenvolver é justamente o de que os operadores jurídicos, pautados em uma concepção maniqueísta (em termos morais ou patologizantes) do evento, preocupam-se primordialmente em reprimir o homem, e não tanto em restaurar, de alguma forma e no que for possível, o dano causado à vítima mulher. E, mais ainda, que tal discurso jurídico é construído e constrói masculinidade hegemônica.

Nesta direção, Santos e Nogueira (2011) discorrem sobre o modelo hegemônico, heteronormativo, centrado na genitalização e desvalorização da expressão emocional e afetiva que pautariam a sexualidade masculina. Para este modelo, o pênis adquire o estatuto simbólico de poder, daí decorrendo a valorização da multiplicidade de experiências sexuais e gratificação física.

Os autores explicam que, diferente do que pressupõe o modelo hegemônico de sexualidade, na qual a divisão de poder manteria o homem como superior à mulher, a sexualidade humana não possui fundamento biológico. Segundo os mesmos, os sistemas de família e parentesco, as transformações sócio-econômicas, os meios de regulação social formais e informais, bem como os cenários políticos e vivências individuais contribuiriam para a construção de realidades emocionais, cognitivas, comportamentais e relacionais.

Cabe estabelecer algumas relações mais diretas entre a masculinidade hegemônica e a violência sexual cometida por homens. Entende-se que as discussões acima já sinalizam nesta direção, quando demarcam o estatuto de valor simbólico atribuído ao pênis, o que, por si, convoca à desqualificação da vagina, dos seios e de qualquer outro signo de feminilidade. No entanto, a partir de Beiras e Cantera (2012), percebe-se que também há outros aspectos da masculinidade hegemônica que a aproximam da violência contra a mulher: sua associação com a desvalorização da expressão afetiva, ao lado de um elogio à força, virilidade e valentia.

Neste sentido é que, em sua discussão sobre masculinidade hegemônica, estes autores apontam que a expectativa de que homens apresentem certos atributos como força, virilidade, valentia, e alguns comportamentos e provas dirige-se a atributos que são atualizados cotidianamente entre homens e mulheres, sob influência da, entre outras

coisas, heteronormatividade, globalização, paternidade, virilidade e violência. Assim, acima de tudo estes atributos ditos “masculinos” não são fixos, mas construídos.

A propósito da divisão dicotômica, binária e heteronormativa entre homens e os “homens legítimos”, os autores chegam a explicar que os últimos seriam aquelas que apresentam força física, violência, dominação do feminino e de outros homens que não apresentem tais características hegemônicas. E, ainda sobre o assunto, Beiras e Cantera (2012) referem-se a uma construção de gênero pautada por uma lógica que limita e normatiza o aceitável e o não-aceitável, excluindo outras posições e possibilidades de existência. Por meio da introjeção em sua subjetividade de regras, normas e (im)possibilidades de exercer uma posição masculina, o homem desde tenra idade constrói (e é construído por) uma concepção normativa e binária de gênero na socialização entre pares e relações familiares.

A partir deste momento, mostra-se necessário destacar as aproximações entre o discurso da masculinidade hegemônica e o da judicialização da violência contra a mulher, cabendo dizer desde já que não se encontrou discussões específicas sobre a judicialização da violência sexual contra mulheres. Tais aproximações iniciam justamente pela polarização dos envolvidos; em outros termos: pela colocação/manutenção dos mesmos em uma situação assimétrica, de disputa. Conforme Medrado e Mélo (2008), não se põe em dúvida a importância de se eliminar ou pelo menos modificar radicalmente este quadro de violência; porém, a contribuição possível e a que se propõem é transcender atrelamentos dicotômicos, como por exemplo o de ofendida-agressor, mulher-homem, mau-bom.

Os autores continuam a fundamentar sua ideia de forma tal que nos permite pensar se esta corrente divisão bom-mau, homem-mulher, agressor-ofendida não chega ao ponto de destituir de humanidade o homem envolvido nestas situações. E, por que não, ao ponto de infantilizar a mulher. Para Medrado e Mélo (2008), a violência é um dos acontecimentos que se constituem enquanto modos afirmativos encontrados pelo humano para viver. Assim, investiríamos em uma transformação social ao estudar as situações em que homens violentam mulheres, já que aqui nos deparamos com práticas discursivas que fundamentam posições antagônicas de “agredida” e “agressor” e, então, pode-se questionar os jogos discursivos que regem as relações em questão.

É pertinente, ainda neste momento, lembrar que o discurso moral e patologizante é utilizado de modo a sustentar as concepções maniqueístas, polarizadas, dicotômicas, dos envolvidos em situações de violência de homem contra mulher.

Há discussões semelhantes a propósito da Lei Maria da Penha, conforme a que se segue, na qual se explicita que o que está em questão não é o texto legal em si, mas quando ele se apresenta (ou é apresentado) como a solução, em si, da problemática da violência de gênero. E, mais ainda, quando ela se fundamenta em uma concepção polarizada e excludente dos envolvidos. Nesta direção, Beiras; Alencar-Rodrigues e Cantera (2012) explicam que, se a legislação atual limita e coíbe abusos machistas que mantêm a ordem patriarcal, garantir à mulher os direitos há tanto tempo negligenciados não é suficiente. A judicialização, que é acima de tudo uma ação do Estado, não pode reduzir o humano a vítima ou algoz porque isto o infantiliza e porque as relações de gênero são demasiado complexas.

Os autores alertam, então, para o fato de que o status político da mulher (a legitimidade de sua condição de sujeito de direitos) não pode ser conquistado por atuações de cunho jurídico pautadas em uma concepção maniqueísta. Mais especificamente: uma concepção que associa rigidamente homem à agressividade e violência, e mulher à passividade e fragilidade. E, por fim, explicam que a crítica recai para as proteções judiciais que reforçam e fixam tal posição de fragilidade, e que tal concepção não nega a existência de vítimas, muito menos que elas sejam as que mais sofrem danos.

Conforme Beiras et al. (2012), não se está desconsiderando a lógica do patriarcado, mas transcendendo a sua análise. Mais especificamente, apontando outros fatores macroestruturais que influenciam a temática da violência de gênero e sinalizando os possíveis efeitos de se reproduzir a lógica agressor-vítima, que é comum quando se atém apenas ao patriarcado na discussão destes casos.

Por fim, cabe apenas apontar, no texto da lei em questão, como o homem é por ela abordado de forma unicamente repressiva. Neste sentido, parece que não se está falando apenas de uma apropriação do texto legal que seja essencialmente maniqueísta e repressiva do homem, mas em sua própria letra (ou em suas lacunas) percebe-se este tratamento. Nesta direção, segundo Beiras et al.(2012), a Lei Maria da Pena possui algumas lacunas no que tange as ações propostas. Por exemplo, não se refere à prevenção junto ao público masculino e não definem claramente a estrutura e organização dos centros de

atendimento (que se destinariam à “educação e reabilitação”, segundo o artigo 35 da Lei, e “recuperação ou reeducação”, conforme artigo 45) aos autores de violência.

Poder-se-ia dizer que a apropriação jurídica dos casos de violência sexual contra a mulher estaria sendo violenta tanto com a mulher quanto com o homem? Uma violência diferente em cada um dos dois, mas tendo em comum uma certa imposição de um padrão de sexualidade.

6.6 Considerações pontuais

A Criminologia define-se por alguns aspectos, sendo um deles o estudo de aspectos que transcendem o sujeito para o estudo do crime e criminoso. Assim sendo, o que a criminologia crítica faz é focar neste aspecto da criminalidade: o controle social. Com a criminologia crítica, então, propôs-se que a desconsideração por parte de operadores do Direito deste aspecto estrutural da Criminologia (a interdisciplinaridade), tem por função manter o foco que, historicamente, o Direito coloca em primeiro plano: a repressão de classes já excluídas. Assim, este trabalho de tese faz jus à Criminologia como um todo, ainda que por meio de um alerta feito pela criminologia crítica: a não redução ao crime e criminoso no estudo da criminalidade.

Outra contribuição da criminologia crítica, que a aproxima de alguma maneira da Psicanálise, diz respeito a respeitar a singularidade do sujeito, sem desconsiderar o contexto que o transcende e onde se constitui. Com auxílio da Psicanálise, em capítulos anteriores, refletimos a respeito do Estado que pressupõe o desejo de criminalização do fato sofrido a todas as vítimas de violência sexual. O mesmo Estado que concebe todos os atos juridicamente tratados como violência sexual como sendo da ordem da perversão. Chegamos assim ao conceito de tirania, tal como examinado por Freud em *Totem e tabu*, que nos levou a indagar sobre a noção de feminino. Foi então a partir desta ideia de feminino que se encontrou o ponto específico de diálogo entre a Psicanálise e criminologia crítica que contribuiria para analisarmos por estes dois vieses o tema da violência sexual.

Quando a criminologia crítica atém-se à temática da violência sexual, inevitavelmente recai em indagações a propósito do feminino. E quando se aborda a criminologia feminista, percebe-se que a preocupação que ressalta ao feminismo é aquela com a vítima no momento do delito, ficando a preocupação com o réu no processo por

conta do garantismo. Consideramos que, em diálogo com a Psicanálise, a criminologia crítica que pensa a violência sexual por meio do feminino talvez possa colaborar também na preocupação com o réu, no momento do delito, e com a vítima, no momento do processo. Isto se daria, eminentemente, com suspensões de categorias pré-concebidas por parte dos operadores do Direito.

Tais concepções de ordem universal, e de caráter primordialmente subjetivo, são aquelas compatíveis com o estereótipo de família burguesa, atravessada por ideais capitalistas. A seletividade do Sistema de Justiça Criminal, nos casos de violência sexual, integra publicamente o controle informal feminino, e é com esta função que se formulam determinadas representações sobre autor e vítima nestes casos.

Este mecanismo é visível processualmente de maneira exemplar por meio das menções às vítimas, para as quais se remete ao seu histórico de vida, e se exige que seu discurso não deixe margem a dúvidas. Este discurso seria o da indignação e o discurso que não é modificado (logo, seria igual em todas as vezes em que a vítima fosse ouvida). Com a Psicanálise, podemos questionar esta ideia, afirmando que a repetição e a ambivalência podem em alguns casos indicar maneiras de lidar com o sofrimento, incluindo indícios de danos psicológicos em resposta ao fato sofrido (indicativos de trauma, melhor dizendo). Logo, uma vítima que não fala com indignação do que vivenciou e que modifica sua versão dos fatos não necessariamente estaria mentindo.

Entretanto, talvez não importe tanto aos operadores do Direito saber o que houve. Ou, pelo menos, não lhes importa saber de algo que confronte sua fantasia com os fatos. Neste sentido, o que fundamenta o procedimento para com a fala da vítima é a subjetividade do operador do Direito; portanto, convencendo-se previamente da credibilidade do seu testemunho, ele encontra justificativas para sua hipótese. Aliás, igualmente encontradas caso, também previamente, convença-se do contrário.

Dáí que são utilizados os mesmos elementos do discurso da vítima para se atribuir credibilidade ao seu testemunho e ao mesmo tempo para desacreditá-la. Mais especificamente, considera-se válida em alguns casos a linguagem não verbal, com diferentes posicionamentos sobre os significados do silêncio, a exigência de detalhamento convive com a ideia de que a ausência de detalhamento é também esperada. De diversas maneiras são consideradas a relação

entre palavra da vítima e demais elementos do conjunto probatório (necessidade de que seja acompanhada por elementos do conjunto probatório; a exigência de que sua versão apenas não seja contraposta por elementos do conjunto probatório; a compreensão de que elementos do conjunto probatório são apenas reforçadores de sua palavra; a atribuição de autonomia do conjunto probatório em relação à palavra da vítima). Acrescentem-se ainda diversas leituras sobre a motivação que a vítima teria para apresentar determinada alegação, bem como vários entendimentos sobre fases do desenvolvimento psicosssexual para se justificar uma alegação da ordem da violência sexual.

Em alguns casos, procede-se mesmo a uma inversão do ônus da prova e transformação das vítimas em acusadas. Porém, mesmo nos casos em que as vítimas são vitimizadas pelos operadores do Direito, o que está em questão não é sua proteção, mas a punição do autor. Punição esta, é importante dizer, que independe do desejo da vítima pela criminalização.

A partir de uma discussão de gênero, percebe-se que os operadores jurídicos, orientados por uma concepção maniqueísta (presente em noções morais ou patologizantes), preocupam-se primordialmente em reprimir o homem, e não tanto em restaurar, de alguma forma e no que for possível, o dano causado à mulher. Tal discurso jurídico é construído e constrói uma masculinidade hegemônica, assim como já constrói e é construído por uma feminilidade hegemônica.

Daí poder questionar se o Sistema de Justiça Criminal, pretendendo-se universal e focando a repressão é o melhor não apenas para todos os autores desses casos, mas inclusive para todas as vítimas.

7 A DOSIMETRIA ENQUANTO VIA POR EXCELÊNCIA DA MANIFESTAÇÃO DA SUBJETIVIDADE DOS OPERADORES DA LEI

Este capítulo trata de uma espécie de uma das situações mais exemplares das discussões realizadas nos capítulos anteriores, que apontaram em linhas fundamentais como o norteador das interpretações que os operadores do Direito fazem dos atos que a eles chegam e dos sujeitos neles envolvidos. Basicamente, que eles se respaldam única ou predominantemente em suas subjetividades. As maneiras como os operadores do Direito realizam a dosimetria⁶⁶ parecem exemplar de como é a subjetividade do profissional o que mais norteia seus posicionamentos (e não a lei, por exemplo) porque a análise e aplicação da dosimetria da pena se dá ao fim do texto da jurisprudência; logo, é uma espécie de conclusão, e com fins práticos, de tudo o que disseram anteriormente sobre o caso em questão, que, como se refletiu nesta tese até o momento, são eminentemente representações subjetivas e genéricas a propósito de violência sexual e outros temas que, a depender do caso, encontram-se relacionados (feminilidade, maternidade, paternidade, adolescência, infância, etc.).

É certo que a dosimetria opera com números, é pertinente iniciar com algumas ponderações, de alguma maneira já realizadas no capítulo 2, que aproximou e diferenciou o estatuto do “sujeito” para o Direito e para a Psicanálise. Nesta direção, cabe lembrar que faz um tempo já considerável sabemos que o paradigma de ciência moderna não é o único, ainda que seja majoritário no Ocidente. Se a matemática, a física e a química já se renderam a tal constatação, seria o caso de esperar o mesmo do Direito. Mais especificamente, e tocando no ponto que parece mais pertinente neste trabalho, seria o caso de esperar que o Direito reconhecesse a subjetividade do operador do Direito como implicada, e provavelmente como protagonista, em todas as suas ações.

No entanto, analisando o que se encontra em algumas discussões sobre dosimetria da pena, surpreende como os operadores do Direito conseguem tornar imprevisível o que a lógica racional

⁶⁶Podemos entender como sendo o cálculo realizado pelo magistrado quando, já tendo condenado alguém pela prática de determinado crime, estabelece quantitativamente a pena que será imposta. O Código Penal, na sua parte especial, define apenas abstratamente a sanção a ser aplicada; mais especificamente, apenas seus limites mínimo e máximo.

facilmente nos orientaria. E é imprevisível porque há uma margem demasiada de suas subjetividades em suas atuações profissionais.

Neste sentido, a lógica cartesiana talvez seja um limite, um norteador, que nos obriga a respeitar aquilo que diz a lei (especialmente as garantias nela prevista), contendo os ímpetus morais encontrados em nossa subjetividade. O operador do Direito parece negar a presença da sua subjetividade no que faz, justamente para que sua subjetividade transite autonomamente, sem limites e sem Lei, pela letra da lei.

Em outros termos, e retomando o que já foi dito nos capítulos 3 e 4, a negação de sua subjetividade talvez tenha por função não encontrar limites para seu ímpeto punitivo. E isto, como também já abordado, de uma maneira particular: por meio do tratamento generalizante das vítimas, presente no discurso segundo o qual elas sempre desejam a criminalização dos fatos sofridos. A propósito, não se pode deixar de lembrar, neste momento, o que foi abordado no capítulo 5: que há uma certa seletividade classista, racista, sexista, etarista e de gênero no tratamento de diferentes vítimas e diferentes autores.

Evidentemente, tal processo de desconsideração da própria subjetividade por parte do operador do Direito pode decorrer de um desconhecimento, e não de um rechaço, de sua subjetividade. De qualquer modo, parece que ambas as situações são inseguras para os sujeitos que têm suas vidas decididas por operadores do Direito que ou 1) está convencido de que lida apenas com a letra de lei, negando que os sujeitos envolvidos (não apenas os autores e vítimas, mas também ele próprio) existem com suas particularidades; ou 2) sabe que é ele quem decide o que (não) fazer com a letra da lei, mas usa esta letra como véu para se esconder de si e do outro. Um uso perverso, portanto, da lei.

A presença da subjetividade do operador do Direito, desconhecida ou rechaçada, fica evidente para quem, como a autora deste trabalho de tese, que se surpreende, mesmo não sendo da área, com os “esquecimentos” e articulações/interpretações que os operadores do Direito fazem com a letra da lei ao discorrer sobre dosimetria. Daí a opção por destinar um capítulo à parte para tratar desta maneira específica de manifestação da subjetividade destes profissionais.

Ressaltar decisões que se propõem explicitamente a quantificar os fatos com os quais lidam os operadores do Direito talvez seja uma forma exemplar de demonstrar como o exercício do Direito não só não é objetivo, como tem sido, aliás, demasiado subjetivo.

7.1 Considerações básicas sobre dosimetria

É por meio da dosimetria que o Juiz estabelece a individualização da pena, analisando, em três fases, as características pessoais do agente, as circunstâncias agravantes e atenuantes e, finalmente, as causas de aumento e diminuição da pena. Espera-se que, assim procedendo, chegue-se à individualização da pena. Respeitando os critérios de cada uma das fases, o magistrado pode flexibilizar ou agravar a pena, estabelecida em abstrato no tipo penal.

Assim prevê o Código Penal em seu artigo 68: “a pena base será fixada atendendo-se o critério do artigo 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por ultimo, as causas de diminuição e aumento”. Na segunda fase o Juiz calculará as circunstâncias agravantes e atenuantes cabíveis ao caso em análise, previstas no artigo 61 a 67 do Código Penal. Já na terceira fase, o Juiz calculará a pena com relação às causas de aumento e diminuição da pena (art. 68 CAPUT e parágrafo único). Estas estão previstas em todo o ordenamento Jurídico Penal, podendo ser encontradas em todo o Código.

Como se deduz, o principal operador do Direito que discorre sobre dosimetria é o juiz; porém, como neste trabalho de tese está-se analisando decisões de segundo grau, nas decisões há falas de vários operadores do Direito, sendo que os juízes se remetem a elas para apresentar seus posicionamentos⁶⁷. Lembremos que neste trabalho não serão diferenciados os discursos policiais, de defesa, acusação e julgamento.

Seguem abaixo, para melhor aproveitamento das discussões realizadas neste capítulo, alguns artigos que tratam de dosimetria da

⁶⁷A propósito, uma consideração pertinente, seguindo a mesma linha da que se perseguiu nesta tese (a de como a subjetividade é a principal referência do operador do Direito em suas ações) é a liberdade com que as instâncias superiores revêm as decisões tomadas em primeiro grau. Em alguns casos, as decisões são reformadas baseadas em argumentos que não a desconsideração pelo juízo de primeiro grau de aspectos legais ou processuais penais, mas em interpretações subjetivas dos operadores do Direito da segunda instância sobre os fatos, o que os leva a justificar de maneira significativamente elástica as previsões legais e processuais penais. O mesmo parece se dar no Supremo Tribunal Federal, quando ao invés do mérito a ser analisado ser constitucional, passa-se a debater aspectos legais, processuais penais ou mesmo analisar o fato julgado.

pena. Os demais serão apresentados tão logo se analisará cada um dos aspectos de que eles tratam:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)⁶⁸

Art. 60 - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

⁶⁸ Cabe lembrar, desde já e segundo Andrade (2002), que esta norma aborda vários conceitos, sendo vários deles psicológicos, como comportamento, conduta social, motivo e personalidade.

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

7.2 As inovações na aplicação dos fundamentos da dosimetria para tornar menos gravosa a resposta penal

A questão dos atenuantes é prevista nos Arts. 65 e 66 do Código Penal. Começemos com os apontamentos sobre os limites da normativa legal para fundamentar a dosimetria da pena (e o correlato amparo feito pelos operadores do Direito em sua própria subjetividade), algumas apropriações tão autônomas em relação a noções que parecem ser fundamentais para o cálculo da dosimetria, que parecem inclusive contradizê-las:

- O estabelecimento de uma pena abaixo do mínimo previsto para o tipo penal, por meio de considerações sobre atenuantes. Para ilustrar, conferir Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.028193-7, de Brusque Relator: Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, na qual se explica, a partir do caso em questão:

Na segunda fase da dosimetria, a aplicação da atenuante da menoridade penal fez minorar a pena em 1 (um) ano e 8 (oito) meses, sendo incabível que seja fixada em patamar abaixo do previsto pelo tipo penal, ou mesmo na pena mínima prevista no tipo (art. 217-A, § 3º, do Código Penal), de 10 (dez) anos, porque a exasperação da pena-base deu-se também na primeira fase, na proporção de 1/6 (um sexto) para cada circunstância. A circunstância atenuante, assim, é sopesada de acordo com as convicções do magistrado, e não tem o condão de se sobrepor a qualquer outra circunstância, seja judicial (da primeira fase) ou mesmo agravante (da segunda).

- O cálculo da dosimetria em relação a apenas uma vítima, quando houve mais de uma vítima do mesmo crime. Como

exemplo, ver Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.009243-2, de Blumenau Relator: Des. Jorge Schaefer Martins, na qual se explica:

“competiria ao magistrado a quo realizar as dosimetrias em relação a cada vítima, com a conseqüente exasperação em virtude da continuidade delitiva e, após isso, ter aplicado o cúmulo material diante da pluralidade de ofendidos”.

- A confissão ser tratada como atenuante mesmo quando o réu procura distorcer os fatos em suas alegações. Enfim, quando o que faz não é propriamente uma confissão.

...para que seja reconhecida a atenuante da confissão espontânea, a lei exige que ela deve ser completa e movida por um motivo moral, altruístico, demonstrando arrependimento, não se admitindo quando o réu, ao confessar a autoria, sustente versão justificativa ou excludente de antijuridicidade, legítima defesa ou erro de fato (Apelação Criminal n. 2003.000369-0, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. em 27-10-2003) e (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.001715-6, de São Bento do Sul Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas).

...para caracterização da referida atenuante, a confissão não pode vir acompanhada de fundamento defensivo que vise afastar a responsabilidade do Acusado pelo crime” (Apelação Criminal n. 2013.002655-4, de Lages, rel. Des. Sérgio Rizelo, j. em 30-4-2013) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.001715-6, de São Bento do Sul Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas).

A confissão qualificada, entendida como aquela em que o agente confirma os fatos imputados contra si mas alega causa dirimente ou justificativa exculpante, não configura a atenuante prevista pelo art. 65, inciso III, “d”, do Código Penal. 2. “É no motivo e, não, na sua voluntariedade que se afere a espontaneidade que faz da confissão circunstância atenuante da pena (Código Penal, artigo 65, inciso III, alínea ‘d’)”. (STJ - HC n. 13286/MS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. em 16/11/2000). (Apelação Criminal n. 2012.085825-7, de Palmitos, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. em 26-3-2013) e (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.001715-6, de São Bento do Sul Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas).

- A desconsideração de que o adolescente pode cumprir medida socioeducativa até 21 anos, posto que a aplicação da mesma considera a data em que o ato foi cometido. Nesta direção, na Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2011.084420-0, de Campo Erê Relator: Des. Substituto José Everaldo Silva encontra-se:

...o representado completou 21 (vinte e um) anos de idade no dia 8 de fevereiro do ano corrente, fato este que, por força do disposto no artigo 121, §5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, lhe confere o direito de ser imediatamente liberado de eventual medida socioeducativa de internação a que esteja submetido.

Acima se apresentou casos de entendimentos e aplicações significativamente únicos de aspectos que parecem ser básicos para o cálculo da dosimetria. Tão únicos que chegam a se contrapor ao que é objetivamente delimitado, universalmente, pelo Código de Processo Penal. Nestes exemplos, parecia haver uma tendência (consciente ou não) de não prejudicar o réu. Porém, nem sempre é este o caso.

7.3 As inovações na aplicação dos fundamentos da dosimetria para tornar mais gravosa a resposta penal

Em relação aos agravantes da resposta penal, são explicitamente previstos nos Arts. 61 e 62 do Código Penal⁶⁹. Abaixo serão analisadas

⁶⁹Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - a reincidência; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - ter o agente cometido o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

outras utilizações feitas pelo operador do Direito do que é previsto para a dosimetria da pena que parecem se contrapor ao que é previsto legalmente, mas aquelas que apresentam em comum uma tendência a prejudicar o réu. Seriam elas:

- As criativas formulações de *bis in idem*⁷⁰. Nesta direção, pode-se citar a situação de um mesmo elemento ser considerado para julgar negativamente a conduta social, e contabilizar reincidência (Apelação Criminal n. 2012.088237-5, de Chapecó Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato), e um elemento inerente

Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - coage ou induz outrem à execução material do crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 64 - Para efeito de reincidência: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

⁷⁰...o princípio do *non bis in idem*, apesar de não estar previsto, expressamente, no texto constitucional, consagrou-se no direito penal pátrio ao estabelecer que ninguém poderá ser duplamente punido pelo mesmo fato, sendo plenamente compatível com o atual Estado Democrático de Direito e atento aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena” (Terra&Alvarenga, 2015, p.163).

ao tipo penal ser utilizado para julgar negativamente a personalidade (Revisão Criminal n. 2014.075114-8, de Chapecó Relator: Des. Jorge Schaefer Martins). Porém, mais caricata é a situação que ilustra a seguinte passagem:

O fato de o roubo ter sido o desfecho da humilhação da vítima do crime de estupro não justifica o aumento da pena, uma vez que o acusado foi condenado pelo crime sexual precedente, representando o aumento sob essa rubrica verdadeiro bis in idem, com o que não se pode admitir (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.034257-5, de Jaraguá do Sul Relator: Des. Jorge Schaefer Martins).

- Uso de julgados anteriores e até não julgados para agravar a pena, por meio da idéia de que revelariam uma predisposição do réu a cometer crimes (semelhantes ao crime julgado ou crimes em geral). Aqui é pertinente trazer os trechos literalmente:

... se valeu o magistrado de registros criminais para valorar negativamente a conduta social e a personalidade do acusado, além, é claro, dos antecedentes (Revisão Criminal n. 2013.061452-4, de Chapecó Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco).

Impende inicialmente esclarecer que o denunciado já tentou molestar crianças na cidade de Paulo Lopes/SC, oferecendo-lhes dinheiro para que praticassem sexo com ele, sendo que os pais não registraram ocorrências com medo de represálias do ora denunciado (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.065378-8, de Garopaba Relator: Des. Irineu João da Silva).

...consta nos autos que o réu possui contra si outras condenações (fls. 58-59), o que, embora não sirva para presumir o apelante culpado do delito em apreço, evidencia a predisposição do acusado para a prática delitiva (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.023095-7, de Fraiburgo Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini).

...condenação esta que, embora não configure antecedentes criminais ou reincidência, indica a inclinação de V. à prática de crimes sexuais contra criança (Apelação n. 0005828-

58.2008.8.24.0064 Relator: Desembargador Volnei Celso Tomazini).

...consta nos autos que o réu possui outras condenações, também pela prática de crimes sexuais (fl. 50), o que, embora não sirva para presumir o apelante culpado do delito em apreço, evidencia a predisposição do acusado para a prática de delitos dessa natureza. Importa detalhar, uma das referidas condenações diz respeito ao crime de atentado violento ao pudor perpetrado contra G. dos S., irmã da vítima, à época com 6 (seis) anos de idade, quando o apelante já convivia com a mãe da ofendida, fato que também não pode ser desprezado (Apelação Criminal n. 2013.009438-2, de Rio do Sul Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini).

...o comportamento do avô, cuja culpabilidade restou apurada e comprovada em processo criminal, torna temerário permitir que a infante, atualmente com seis anos de idade (fl. 12), continue a residir junto dele, sobretudo quando entre o quarto de ambos há livre acesso, nem sempre supervisionado pela mãe, que se ausenta ao longo do dia para trabalhar. Outrossim, verifica-se que o perigo mostra-se real não apenas quanto ao progenitor, mas também em relação ao tio materno da menor, também envolvido em litígio criminal – autos n. 050.10.001430-5 –, ante a suspeita “de ter abusado sexualmente de uma criança de 07 anos de idade” (fl. 41). Os tristes fatos acima descritos, ao passo que envolviam crianças indefesas, de idades aproximadas à da infante cuja guarda agora se discute, torna prudente afastá-la do convívio diário e por vezes não supervisionado com avô e tios maternos, evitando-se, assim, que males incuráveis se concretizem (Agravo de Instrumento n. 2010.084110-8, de Pomerode Relator: Des. Carlos Prudêncio).

Lemos até o momento as criativas aplicações de aspectos estruturais da dosimetria, com os operadores do Direito chegando mesmo a se contrapor ao que é previsto no Código de Processo Penal. Inicialmente, foram casos em que a apropriação eminentemente subjetiva por parte do operador do Direito dos parâmetros normativos para a quantificação da pena teve por efeito uma resposta penal menos gravosa, logo, casos em que o réu parecia ser beneficiado, em comparação ao que seria orientado por uma aplicação mais fiel da letra do Código de Processo Penal. Depois foram os casos em que o operador do Direito igualmente inovou ou contrariou os ditames processuais, mas

cujos resultados foram um agravamento da resposta penal, em relação ao previsto pela processualística penal.

Mais uma vez pudemos supor que o benefício ou não ao réu dependerá de quem é este réu e de quem foi esta vítima, muito mais do que da ação julgada. Para se continuar refletindo a respeito, um caminho interessante poderia ser analisar os posicionamentos de um mesmo juiz/desembargador/promotor/procurador em diferentes casos. Porém, para o que se propõe aqui (analisar o discurso jurídico, sem levar em conta a especificidade de sua origem: polícia judiciária, defesa, acusação, magistratura, nem mesmo outras especificidades), consideramos os diferentes posicionamentos de diferentes juízes/desembargadores/promotores/procuradores, encontrados num mesmo tribunal. Assim procedendo, foi possível identificar operadores do Direito cuja margem de subjetividade presente em sua atuação profissional é maior do que aquela que, sabemos, é inevitável em qualquer trabalho, como se tivessem uma decisão antes mesmo de analisar o caso em questão.

7.4 A autonomia dos operadores do Direito em relação à Corte

Não parece ser por outra razão que encontramos, por exemplo, tanta divergência quanto à exigência de saber o número exato em que os fatos ocorreram visando a se fracionar o aumento de pena para a continuidade delitiva. A este respeito, a divergência entre os operadores do Direito dá-se inclusive quanto ao uso ou não de entendimentos da Corte. É isto que parece ocorrer no Tribunal de Santa Catarina, conforme a jurisprudência pesquisada.

Em não havendo prova robusta do número exato de abusos praticados, esta Corte tem decidido que o acréscimo decorrente da exasperação em função da continuidade delitiva deve atingir o mínimo estabelecido – 1/6 – diante da aplicação do princípio in dubio pro reo. [...] Conquanto não haja dúvidas de que os abusos se deram por mais de uma vez, não é possível dizer o mesmo em relação ao número de vezes em que o crime ocorreu, desta forma, havendo dúvida, esta deve ser resolvida em benefício do réu, razão pela qual, na terceira fase de aplicação da pena, a majoração deverá ser fixada no mínimo, qual seja, de 1/6 [...] (Apelação Criminal n. 2012.033959-9, de Lages, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. 04-12-2012). (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.041555-8, de Ibirama Relator: Des. Jorge Schaefer Martins).

V. B., de modo uníssono, tanto em juízo (fls. 196-197), como na fase policial (fl. 9), descreveu, no mínimo, seis ocasiões diferentes em que foi molestada, como se infere dos depoimentos anteriormente transcritos. Nesse viés, inarredável a incidência, na hipótese versada nestes autos, do aumento de 1/2 na pena, porquanto o critério de exasperação está atrelado ao número de crimes praticados, conforme unânime jurisprudência desta Corte Estadual. Deste Órgão Julgador, nesse sentido, destaca-se: [...] “Nesta Corte, já se tornou pacífico o critério de vincular o acréscimo relativo à continuidade delitiva ao número de crimes. Em se tratando de dois delitos (1 + 1), o aumento será o de 1/6 (um sexto) sobre a pena imposta ao mais grave. Quando forem três crimes (1 + 2), será de 1/5 (um quinto), quando forem quatro (1 + 3), será de 1/4 (um quarto), cinco (1 + 4), será de 1/3 (um terço), seis (1 + 5), a 1/2 (metade), e, por fim, de 2/3 (dois terços), quando forem sete ou mais (1 + 6)” (Apelação Criminal n. 2002.020543-0, de Xanxerê, Rel. Des. Irineu João da Silva, Segunda Câmara Criminal, j. 5-11-2002). (Apelação Criminal n. 2011.076935-9, de Sombrio, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 10.5.2012). E mais: [...] DOSIMETRIA - CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 71 DO CP) - MAJORAÇÃO EM GRAU MÁXIMO (2/3) APROPRIADA - COMPROVAÇÃO DA PRÁTICA DE VÁRIOS CRIMES DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - APELANTE QUE SUBMETEU A OFENDIDA A INÚMEROS ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUÇÃO CARNAL POR UM PERÍODO DE 2 ANOS - PRECEDENTES DESTA CORTE. “Com efeito, os Tribunais têm entendido, no concernente ao critério para a dosagem do acréscimo decorrente do crime continuado, que quando 2 (duas) forem as infrações, o aumento da pena será o menor, correspondendo a um sexto; na hipótese de três delitos, a majoração importará em um quinto; praticadas quatro infrações, o aumento será de um quarto; se forem cinco os crimes, consistirá em um terço; no caso de seis delitos, o aumento importará em metade, e em se tratando de sete ou mais, equivalerá ao máximo, ou seja, dois terços (vide Franco, Alberto Silva; Silva Júnior, José; Betanho, Luiz Carlos; Stoco, Rui; Feltrin, Sebastião Oscar; Guastini, Vicente Celso da Rocha, e Ninno, Wilson, Código penal e sua interpretação jurisprudencial, volume 1, parte geral, 7ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, pp. 1319/1320)” (Apelação Criminal n. 2003.019116-0, de São José, rel. Des. Sérgio Paladino) (Apelação Criminal n. 2012.029965-9, de Catanduvas Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco).

A falta de condições para o estabelecimento do número de vezes em que os fatos ocorreram, impede-se possa ocorrer a fixação de um patamar de aumento de pena superior à fração mínima prevista para

a continuidade delitiva (Apelação Criminal n. 2009.021371-4, da Capital Relator Designado: Des. Jorge Schaefer Martins).

Embora não se possa precisar o exato número de ações delituosas praticadas, certo é que o réu/apelante abusou sexualmente de sua enteada durante logo período, por mais de dez vezes (Apelação n. 0143104-85.2015.8.24.0000, de Itapema Relator: Desembargador Paulo Roberto Sartorato).

Muito embora não tenha sido possível precisar o número de vezes em que houve a violência sexual, restou inequivocamente demonstrado que os abusos sexuais foram cometidos com frequência durante anos, pelo menos de 2007 até o início de 2011, o que, por si só, justifica a necessidade de aplicação da fração máxima, qual seja 2/3 (dois terços) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.001097-7, de Itajaí Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil).

A dra. Juíza de Direito considerou o fato como tendo ocorrido por 20 (vinte) vezes, mas não há nos autos suficiente correspondência à tal afirmação. Sabe-se, e é inconteste, que houve a ocorrência por mais de uma vez, sem que se possa dizer com exatidão a quantidade (Apelação Criminal n. 2009.021371-4, da Capital Relator Designado: Des. Jorge Schaefer Martins).

...não é possível saber com exatidão o número de ocorrências da violência sexual imposta à vítima, apenas que se deram mais de uma vez, possivelmente “três” (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.073858-7, de Joinville Relator: Des. Sérgio Rizelo).

Há outra maneira de ilustrar a presença significativa da subjetividade dos operadores do Direito em suas decisões relativas à dosimetria, ao ponto de não haver unicidades aparentemente básicas num mesmo Tribunal: os posicionamentos de que o aumento orientado pelo tribunal para cada circunstância judicial é só de praxe, devendo o aumento suficiente para prevenir e reprimir delitos ser estabelecido a cada caso.

Desnecessário se mostra a exasperação em 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial negativa. Isso porque, além de tal fração não estar estipulada na norma penal – tratando-se, frisa-se, apenas de praxe desta Corte a fim de evitar aumento desproporcional da reprimenda (v. g. Apelação Criminal n. 2003.021463-1, rel. Des. Sérgio Paladino; Apelação Criminal n. 2007.021627-1, rel. Juiz José Carlos Carstens Köhler) –, o aumento de 9 (nove) meses estabelecido

pela sentenciante se mostra suficiente e adequado à prevenção e repressão do delito (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.053687-4, da Capital Relator: Desembargador Substituto Tulio Pinheiro).

Em uma palavra, essas decisões insinuam que o cálculo da dosimetria possui um ordenador (a palavra do tribunal), contudo, o operador do Direito pode ou não segui-la conforme o que lhe é mobilizado pelas figuras do autor e/ou da vítima.

Pode-se alegar que certo “partidarismo” é de alguma maneira inevitável ao Direito ocidental contemporâneo, porque fíncado numa lógica maniqueísta e adversarial. Porém, talvez esta parcialidade dos operadores do Direito precise ter limites. Afinal, se a aplicação da lei é plenamente imprevisível, porque pautada quase que exclusivamente na subjetividade desses últimos, esta mesma lei perde sua função enquanto possível contenção de impulsos que ameaçam a civilização. A possibilidade de deixarmos de cometer algo que desejamos tem, como primeiro requisito, a certeza quanto aos malefícios que isto nos trará. Para isto, a lei precisa ser acessível, clara e democrática. Ela precisa ser para todos, inclusive para quem a aplica.

A partir deste momento, serão enumerados alguns entendimentos sobre alguns dos pontos considerados, na jurisprudência pesquisada, ao se estabelecer dosimetrias. Quer-se com isso tornar mais evidente que os operadores do Direito são os protagonistas, para não dizer os únicos atores, das peças apresentadas no sistema de justiça criminal.

7.5 As possibilidades de compreensão e quantificação do conceito de “personalidade”

Sobre o conceito jurídico de personalidade, a definição é de que trataria dos motivos e metas, grau de contrariedade ao dever e vontade do réu. De saída, portanto, parece que o réu é também julgado pelo que é, para além de sua ação. Tanto o é que surgem vários entendimentos sobre este conceito como forma de justificar que a personalidade⁷¹ deve ser compreendida de forma negativa ao réu:

⁷¹A partir de Silva (2004), entende-se que o conceito de “personalidade”, para o Direito, relaciona-se ao de pessoa. Passou por modificações históricas, mas atualmente compreende-se que todo ser humano possui personalidade pelo fato de estar vivo, e que isto independe da consciência ou vontade do indivíduo. Assim, a pessoa inevitavelmente possui uma

- Uso da expressão “personalidade deturpada” (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.020710-6, de Itapema Relator: Des. Alexandre d'Ivanenko), sem definir tanto o que seria “personalidade”, como sua eventual “deturpação”. Deduz-se que se está considerando como deturpação precisa e unicamente o ato que está sendo julgado. Assim, o ato recebe um acréscimo de repressão por ser ele aquilo que é (e não apenas porque é reprovável) e, talvez, pelo réu ser quem é.
- Em casos de crimes sexuais, alegar que o réu apresenta “tendência à pedofilia” devido ao ato que cometeu (Apelação Criminal n. 2012.015371-7, de Ituporanga Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho⁷²). Mais uma vez, o ato recebe um “plus” de repressão por ser aquilo que é e, talvez, pelo réu ser quem é;
- Utilização da palavra “sociopatia”, sem conceituação técnica (psicológica ou psiquiátrica) alguma, definindo personalidade dos sujeitos da seguinte forma: “*é sociopata, não observando ele qualquer regra da vida em sociedade (fl. 215 – autos n.º 49000018072) (aumento 1 ano)*” (Revisão Criminal n. 2013.061452-4, de Chapecó Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco).

personalidade, e dela não pode dispor. À pessoa o direito reconhece a possibilidade de ser titular de direitos e obrigações. É importante lembrar que há particularidades de acordo com a área do Direito da qual se está tratando. Existe, por exemplo, a pessoa jurídica. Neste caso, a personalidade é atribuída a entes morais, constituídos por associação de indivíduos que possuiriam objetivos comuns. Estas pessoas jurídicas (ou morais) seriam diferentes das pessoas naturais (ou físicas). Porém, também possuiriam personalidade. Cabe ainda mencionar as exceções nas quais o direito civil brasileiro concede personalidade a coisas. De qualquer forma, para o momento, esta simples definição é suficiente. Já em relação ao conceito de personalidade para a Psicologia e Psicanálise, discutir-se-á em seguida de maneira mais aprofundada, porque inserida numa crítica.

⁷²Um adendo: a alegação de que o ato cometido em si prevê que pode reincidir foi feita justamente ao lado da menção de que não há elementos para valorar negativamente a conduta social e a personalidade. Ou seja, parece ser uma alternativa encontrada frente a não obtenção de outras justificativas para aumentar a repressão.

Assim, novamente o ato recebe um acréscimo de repressão por ser ele aquilo que é e, talvez, pelo réu ser quem é.

- Alegação de que o réu não segue regras da vida em sociedade, sem especificá-las (Revisão Criminal n. 2013.061452-4, de Chapecó Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco). Deduz-se que as regras aqui seriam justamente as quebradas pelo ato julgado. Novamente, o ato recebe um acréscimo de repressão por ser ele aquilo que é e, talvez, pelo réu ser quem é.
- Dizer que o réu apresenta falta de apreço pelo patrimônio, integridade psíquica e vida alheia, sem definir onde isto se mostrou, além de no fato julgado (Revisão Criminal n. 2014.075114-8, de Chapecó Relator: Des. Jorge Schaefer Martins). Sem medo de sermos repetitivos, mais uma vez o ato é julgado duas vezes e o réu é colocado em julgamento por quem é e não apenas pelo que fez.
- Alegar que o réu cometeu violência física e psíquica, sendo que o fato julgado não trata disto. Assim, parece uma maneira de punir o sujeito pelo que está sendo julgado, e um pouco mais (por aquilo que não foi formalmente julgado, e supostamente cometido anteriormente). Vide, nesta direção: *“Há um relato uníssono no sentido de traduzir, com veracidade, a personalidade agressiva do apelante, este que chegou ao ponto de surrar a esposa enquanto gestava seu próprio filho”* (Apelação Criminal n. 2012.032489-7, da Capital Relator: Des. Substituto José Everaldo Silva) e *“segundo os depoimentos de seus familiares, este durante a convivência apresentava-se bastante violento, agressivo com mulher e filhos, referindo-se a estes sempre com palavras como ‘veadinho’ e ‘boiola’”* (Apelação Criminal n. 2012.032489-7, da Capital Relator: Des. Substituto José Everaldo Silva).
- Referência a condenações anteriores (o que sequer poderia ser contemplado neste momento da análise da dosimetria), sem especificar o tempo transcorrido entre os julgamentos anteriores e o atual. Logo, utiliza-se um dado sem permitir analisar se ele pode ser considerado um mau antecedente ou reincidência. Talvez assim seja apresentado o dado de condenações anteriores justamente para que se possa mencioná-lo não apenas no momento adequado, mas

também como indicador de personalidade, bem como a ideia de que o cometimento do ato enseja em si um risco de reincidência:

...foi corretamente valorada [a personalidade] de forma negativa nos três crimes, pois além de possuir diversas condenações penais definitivas, verifica-se que no caso em tela praticou os crimes de estupro e atentado violento ao pudor na presença de uma criança de 04 (quatro) anos de idade, filha da vítima, o que demonstra o desvio de personalidade do apelante, voltado para a prática de crimes e despreocupação com o impacto dos delitos na formação da menor (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.056762-0, de Herval D oeste Relator: Des. Ernani Guetten de Almeida.

- Alegar que “a violência passou a fazer parte do cotidiano familiar” (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.026713-7, de Balneário Piçarras Relator: Des. Torres Marques), não a especificando e sem dar direito ao acusado de se posicionar a respeito de outros atos supostamente violentos, já que supostamente não é sobre eles que está sendo julgado. Portanto, pautando-se apenas no que outras pessoas declararam sobre o acusado.

Conforme podemos constatar, com o efeito de agravar a resposta penal por meio de uma consideração de elementos que transcendem o ato julgado, há menção a algumas características como se compusessem o item “personalidade”, mas que, na realização da dosimetria, deveriam ser considerados como parte de outro item. Há inclusive casos em que se considerou um mesmo elemento como caracterizando a “personalidade” do réu e, também, outro item da dosimetria.

Também como argumento para legitimar o agravamento da resposta penal, os operadores do Direito interpretam livremente o passado do réu, bem como encontram associações entre o passado e o ato julgado, chegando a prever futuro. E, ainda, julgam moralmente o ato julgado, fazendo com que sobre ele recaia não apenas a reprovação jurídica (já prevista), mas também a moral.

Portanto, os operadores do Direito reportam-se ao conceito de “personalidade” de maneira significativamente elástica, nele cabendo vários elementos. Em linhas gerais, parece haver um direito penal do autor, e não do ato, porque nas ilustrações apresentadas parece haver uma quase que total independência do que os operadores do Direito dizem sobre o que seria a personalidade do réu e o ato pelo qual

responde. Assim, indica-se haver uma autonomia deste conceito de personalidade em relação ao ato supostamente cometido pelo sujeito. Em resumo, a noção de personalidade é uma seara onde os operadores do Direito transitam com significativa autonomia, a começar pelo uso de uma terminologia que não é de sua área de estudo sem necessariamente respaldarem-se em documentos emitidos por psicólogos, talvez com o propósito de assim poder justificar um agravamento da resposta penal.

É pertinente dizer que, para a Psicanálise, personalidade é definida genericamente, “aludindo mais especificamente à construção de um modo de ser, de como o sujeito será percebido pelos outros, o que está de acordo com a etimologia dessa palavra, pois *personalidade* deriva de *persona* que, refere à máscara usada pelos atores do antigo teatro grego” (Zimerman, 2001, p.322). Este autor explica que, então, os sujeitos se caracterizariam, em termos de personalidade, a partir de seus modos de ser, que por sua vez diz de quais defesas egóicas lhes são predominantes. Em se tratando de sua construção, ele fala que “resulta da combinação da influencia de fatores que FREUD descreveu na sua equação etiológica (ou série complementar), na qual ele destaca os *heredoconstitucionais*, as *antigas experiências emocionais* com os pais e as *experiências traumáticas da realidade* da vida adulta” (Zimerman, 2001, p.322). Interessante apontar que, ao fim de sua definição, Zimerman (2001) alerta para o fato de que, atualmente, tende-se a uma compreensão mais sintética da construção da personalidade, na qual haveria uma interação constante apenas entre fatores biológicos e ambientais.

Poder-se-ia discorrer sobre compreensões psicanalíticas, psiquiátricas e psicológicas sobre o conceito⁷³, mas para o que cabe no

⁷³Uma via interessante de discussão, por exemplo, pondo inclusive em diálogo diferentes matizes epistemológicas, poderia partir do fato de que “a noção de personalidade se introduz em psicanálise condicionada pela acepção aristotélica ou psicológica de estrutura. [...].O termo é de baixa ocorrência e de pequena densidade conceitual em Freud. O termo personalidade foi empregado principalmente para integrar os achados psicanalíticos com a psicopatologia psiquiátrica e com teorias psicológicas as mais diversas” (Dunker, 2014, p.82).Se é possível alguma integração entre as noções psicológicas e psiquiátricas com as psicanalíticas, o mesmo não se dá com a ideia de uma “estrutura” de personalidade, conforme explica o mesmo autor, começando por ressaltar que suas considerações concentram-se em Freud e Lacan. Para ele, a concepção de estrutura de personalidade enquanto uma essência exteriorizada em sintomas “reduz o

momento, é suficiente apontar que as menções dos operadores do Direito à personalidade do autor não foram subsidiadas em quaisquer definições técnicas sobre o conceito. Assim, as interpretações e aplicações que fazem desta noção não apenas se reduzem ao que o Direito entende por personalidade, mas, especialmente, reduzem-se ao que aquele operador do Direito especificamente compreende por personalidade.

Nesta linha, Andrade (2002) diz que, na análise da personalidade, as perguntas dirigidas ao acusado pelo magistrado (operador do Direito que parece mais em evidência em seu estudo) indicam, para além de um desconhecimento a propósito do tema, um grau exagerado e inaceitável de preconceito.

7.6 As possibilidades de compreensão e quantificação do conceito de “culpabilidade”

O conceito de personalidade, provindo eminentemente de outros campos de saber que não o do Direito (Psicologia), possibilita profícuo debate sobre como os operadores do Direito têm dele se apropriado. Agora abordar-se-á outro conceito (moral, religioso, psicanalítico, em particular) – o de culpabilidade –, que permite igualmente perceber as compreensões e aplicações que dele fazem os operadores do Direito.

O conceito jurídico de culpabilidade também possibilita o agravamento da resposta penal, e aparentemente pela mesma via: serem compreendidas pelos operadores do Direito não apenas a partir do que é previsto no Código de Processo Penal, mas eminentemente a partir de suas subjetividades.

dualismo etiológico da psicanálise, manifesto no relato de sintomas, a apenas duas narrativas: a da intrusão de um objeto mórbido (defesa do eu contra angústia) e a desregulação interna do espírito (transtornos no desenvolvimento do eu)” (Dunker, 2014, p.83).

O autor lembra da complexidade e singularidade demarcadas pela Psicanálise justamente descrevendo a referida dualidade etiológica. Em seus termos: “o campo do patológico é formado tanto pela hipótese de um objeto intrusivo, como a sexualidade ou o trauma, ao qual a personalidade reage gerando sintomas, quanto pela hipótese de uma desregulação interna ao aparelho psíquico, na qual certas disposições, fixações ou organizações pulsionais, que constituem o sujeito, diante de conflitos concorrem para a produção de respostas defensivas causando sintomas positivos e negativos” (Dunker, 2014, p.83).

Extrai-se da exposição de motivos do Código Penal: Preferiu o projeto a expressão “culpabilidade” em lugar de “intensidade do dolo ou grau de culpa”, visto que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena (nota 50, Lei n. 7.209/1984). Alberto Silva Franco escreve sobre esse conceito: Os motivos e metas do réu, a atitude interna que se reflete no delito, o grau de contrariedade ao dever são todas as circunstâncias que fazem aparecer a formação de vontade do réu numa luz mais ou menos favorável, agravando ou atenuando, com isso, o grau de reprovabilidade do delito. [...] Deve-se também investigar a qualidade ética das metas que o réu persegue. Existe uma diferença importante para o conteúdo da culpabilidade do delito entre a conduta do médico que dá ao moribundo uma dose excessiva de morfina para libertá-lo de suas dores e a do hipócrita herdeiro que faz o mesmo para impedir que o enfermo modifique seu testamento antes de morrer (Código Penal e sua Interpretação. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 343). Por fim, colhe-se do escólio de Celso Delmanto: Culpabilidade do agente: Deve-se aferir o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível do agente, na situação em que o fato ocorreu (Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 273)”(Revisão Criminal n. 2014.075114-8, de Chapecó Relator: Des. Jorge Schaefer Martins).

Dentre as variadas definições encontráveis no Direito, no entanto, parece que de fato a culpabilidade “é considerada como o grau de censura da ação ou omissão do agente criminoso, devendo ser valorada sempre que haja um “plus” em sua conduta que mereça uma maior reprovação social” (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.019118-1, de São José, Rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Segunda Câmara Criminal, j. 25 de junho de 2013). O que parece problemático é justamente conceituar o que seja o “plus” referido. Ao que parece, mais uma vez, encontramos submetidos mais do que o esperado à subjetividade dos operadores jurídicos.

Encontram-se os seguintes argumentos na jurisprudência pesquisada para que a culpabilidade seja considerada negativamente:

- A menção de que o réu agiu com ímpeto de causar sofrimento, desconsiderando que, mesmo tendo o sofrimento consequência

da ação, não necessariamente fazia parte da intenção (consciente, porque é do que trata o Direito) do autor. Para melhor compreensão do argumento, consultar Revisão Criminal n. 2014.075114-8, de Chapecó Relator: Des. Jorge Schaefer Martins, onde encontramos sobre a culpabilidade:

De intensidade altíssima, eis que agiu com ímpeto de causar grave sofrimento às vítimas, que foram várias, estando registrado nos autos o grave temor que infringiu a elas que restaram segregadas e sob jugo criminoso durante várias horas

Neste sentido, há uma desconsideração de que o efeito do ato depende, pelo menos em parte, da vítima. Sobre isto, aliás, tratou-se no capítulo 3, ao se discorrer sobre o estatuto psicanalítico dos conceitos de agressão, violência e trauma, para, em linhas gerais, propor que não se pode hipotetizar efeitos de determinadas ações sobre quem as sofreu se não a partir da escuta da vítima.

- O uso do adjetivo “abjeta” e, além disto, seu uso para se referir à conduta julgada, demonstra, mais uma vez, que o ato é julgado duas vezes (pela previsão jurídica, e pelo seu impacto moral na subjetividade do operador do Direito, que o leva a julgar o ato pelo que ele é). Na Revisão Criminal n. 2013.061452-4, de Chapecó Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco, encontramos:

...merece relevo, sendo abjeta a conduta do acusado e a forma em que se deu a execução do delito, ressaltando-se o fato de que permaneceu mantendo uma das vítimas sob constante ameaça a fim de que seus comparsas consumassem o crime de estupro por eles pretendido (acresço 1 ano)

- A quantidade de vítimas (algo que deveria ser considerado em outro momento da análise da dosimetria). Como exemplo, verificar a já referida Revisão Criminal n. 2014.075114-8, de Chapecó Relator: Des. Jorge Schaefer Martins.
- A idade da vítima, sendo que a presunção da violência (cometida contra sujeitos com menos de quatorze anos, no caso dos crimes sexuais) já caracterizou o ato. Neste sentido, percebe-se construções como esta “*é intensa, ante a tenra idade*”

da vítima (5 anos de idade)” (Apelação Criminal n. 2013.085693-3, de Itapema Relator: Des. Jorge Schaefer Martins), mas aqui também merece uma certa transcrição literal:

...erige dos autos, considerando as circunstâncias do cometimento do delito, o fato de a vítima ter, à época do crime, 02 (dois) anos e 10 (dez) meses de idade. É absolutamente chocante um indivíduo buscar saciar seus impulsos sexuais com uma criança dessa idade, a qual, além de não ter atingido nenhum estágio de maturação física, é extremamente suscetível a traumas causados por ações que venham a violar sua individualidade (Revisão Criminal n. 0158561-94.2014.8.24.0000 Relator: Desembargador Paulo Roberto Sartorato).

- A idade da vítima, pressupondo-se que não basta considerar o tipo penal relativo ao crime contra menor de quatorze anos, porque a violência contra crianças seria mais grave que a cometida contra adolescentes. Algo que não encontra respaldo legal, mas apenas em pré-concepções generalizantes e sem fundamentos técnicos:

...A circunstância invocada pela MMA. Juíza a quo mostra-se, sim, apta a justificar maior juízo de censurabilidade da conduta levada a efeito pelo requerente, já que este não apenas constrangeu pessoa menor de 14 (quatorze) anos a com ele praticar atos libidinosos diversos da conjunção carnal (incidindo, já por essa razão, na prática de todos os elementos exigidos à caracterização do delito – então previsto no art. 214, c/c o art. 224, “a”, ambos do Código Penal), como o fez contra vítima de pouquíssima idade - repita-se, de apenas 02 (dois) anos e 10 (dez) meses –, demonstrando intenso desprezo ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Diferentemente do alegado pelo requerente e pela douta Procuradoria de Justiça, a tenra idade da vítima não é, in casu, elementar do tipo penal, já que, para a caracterização da presunção de violência, bastaria que o sujeito passivo do delito fosse pessoa não maior de 14 (quatorze) anos, nos exatos termos em que prescrevia a redação do então vigente art. 224, “a”, do Código Penal.

Havia, assim, um longo intervalo possível de vítimas em que seria configurada a violência presumida (de recém-natos a adolescentes). Nesse contexto, inegável que, quanto mais jovem fosse o sujeito passivo da conduta, mais reprovável esta e de maior rigor a reprimenda a ser aplicada (Revisão Criminal n. 0158561-

94.2014.8.24.0000 Relator: Desembargador Paulo Roberto Sartorato).

- A duração do crime (algo que deveria ser considerado em outro momento da análise da dosimetria). Neste momento parece ser pertinente trazer uma passagem já aqui referida, para que se faça um destaque neste outro aspecto:

...Restou inequívoca e evidente nos autos revestida ela de intensidade altíssima, eis que agiu com ímpeto de causar grave sofrimento às vítimas, que foram várias, estando registrado nos autos o grave temor que infringiu a elas que restaram segregadas e sob jugo criminoso durante várias horas (Revisão Criminal n. 2014.075114-8, de Chapecó Relator: Des. Jorge Schaefer Martins).

- A referência de que houve dois crimes simultaneamente (algo que deveria ser considerado em outro momento da análise da dosimetria), fazendo com que os crimes sejam julgados por si e também como um aspecto que agrava o outro. Refiro-me, por exemplo, ao caso em que um estupro foi seguido de roubo, na seguinte narrativa:

A pena do crime de roubo foi majorada em função da culpabilidade, ao argumento de que é exacerbada por ser o roubo desfecho da humilhação da vítima, cuja capacidade de defesa estava completamente reduzida (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.034257-5, de Jaraguá do Sul Relator: Des. Jorge Schaefer Martins).

Culpabilidade é mais uma daquelas concepções que, respaldando-se basicamente na subjetividade dos operadores do Direito, permite a inclusão de várias características do ato, bem como do próprio autor do ato. É esta mesma liberdade de uso deste item da dosimetria que possibilita com que o operador do Direito se refira a um mesmo elemento do ato para tratá-lo como agravamento da pena por duas razões. Também há os casos em que se consideram como componentes do item “culpabilidade” elementos que de fato compõem outro item da análise da dosimetria.

Todas estas possibilidades de uso do conceito de “culpabilidade” são, assim como as de uso da noção de “personalidade”, servem para melhor agravar a resposta penal. Chega-se até a fazer, neste

momento de análise da culpabilidade, algo que também se fez na consideração da personalidade: julgar duplamente o ato (porque é reprovável juridicamente, e porque é reprovável moralmente).

O conceito de culpabilidade possui diferentes sentidos para o Direito e para a Psicanálise. Segundo a Psicanálise, na maioria dos casos de atos contra a lei, o sujeito é impelido a cometê-lo justamente por um sentimento de culpa prévio ao ato. Sendo assim, a função da lei seria, remetendo o sujeito ao quê de fato fez com que ele se sentisse culpado, responsabilizá-lo pelo ato.

Para o Direito, por sua vez, o autor de crime não sente culpa, e a pena viria justamente para demarcar ao sujeito que ele deve ser culpado por determinado ato. Associada a esta concepção está a de que a punição, desenvolvendo no sujeito este sentimento de culpa, faria com ele se responsabilizasse pelo que cometeu. Talvez o que a jurisprudência aqui mencionada ilustre é precisamente esta busca de possibilidades, e do maior número delas, de punir o sujeito. Para o seu bem, supostamente.

7.7 As possibilidades de definição das circunstâncias do crime e seus diferentes efeitos

Veremos a seguir como a subjetividade do operador do Direito desenvolve uma autonomia em relação à lei a partir de noções jurídicas que não possuem um correlato tão claro com a Psicanálise, como se deu nos casos da “personalidade” e “culpabilidade”. Porém, espera-se igualmente suspender tais compreensões e aplicações destas noções jurídicas. Começemos pelas circunstâncias do crime, outro item analisado na dosimetria, sendo que uma definição encontrada na jurisprudência pesquisada é de que

...são os elementos acidentais não participantes da estrutura do tipo, embora envolvendo o delito. Quando expressamente gravadas na lei, as circunstâncias são chamadas de legais (agravantes e atenuantes, por exemplo). Quando genericamente previstas, devendo ser formadas pela análise e pelo discernimento do juiz, são chamadas de judiciais. Um crime pode ser praticado, por exemplo, em local ermo, com premeditação, para dificultar a sua descoberta e apuração do culpado, constituindo circunstância gravosa. No entanto, quando esses elementos acidentais não fizeram parte do contexto das circunstâncias legais (causas de aumento/diminuição; agravantes/atenuantes) devem ser consideradas residuais, leia-se, são

hipóteses que volteiam o delito e nascem da concepção do magistrado (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 421)(Revisão Criminal n. 2014.075114-8, de Chapecó Relator: Des. Jorge Schaefer Martins).

Encontram-se na mesma jurisprudência pesquisada as seguintes justificativas para considerá-la negativamente:

- Ameaçar, o que demonstraria que o réu apresentou conduta perversa: *“Utilizando de violência ficta, ameaçou a vítima constantemente de morte, caso ela viesse a denunciá-lo, a demonstrar a perversidade da sua conduta” (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.057799-6, de Blumenau Relator: Des. Torres Marques)*. Logo, a ameaça aqui não está sendo julgada em si, mas como indício de uma suposta característica da subjetividade do réu. A propósito, uma característica de ordem psicológica, estabelecida por operadores do Direito e sem respaldo em discussões técnicas.
- Forçar, o que supostamente mostraria perversidade: *“Utilizando de violência apertou o pescoço da vítima, forçando ela a permitir que mantivesse relação sexual, a demonstrar a perversidade da sua conduta” (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.057799-6, de Blumenau Relator: Des. Torres Marques)*. Logo, o “forçar” aqui está sendo julgado enquanto indício de uma característica da subjetividade do réu.
- Rir da vítima quando esta tenta impedir o autor de estupro dizendo ser mãe e casada: *“Apesar de a vítima relatar ser casada e possuir três filhos; imaginando que ele poderia ter piedade dela e parar com o ato, ele fazia chacota da situação” (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.057799-6, de Blumenau Relator: Des. Torres Marques)*. Assim, o réu é julgado também pela ideia (não prevista em lei) de que todos nós, incluindo os estupradores, devêssemos respeitar tais situações.
- Não usar preservativo em ato de violência sexual, conforme se constata nesta passagem: *“Não foram normais, haja vista que o*

réu não utilizou de nenhum tipo de contraceptivo ou outro meio para prevenir doenças sexualmente transmissíveis ao estuprar a vítima (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.057799-6, de Blumenau Relator: Des. Torres Marques). Neste momento recorre-se à imaginação do leitor sobre a cena de um estuprador colocando camisinha, porque aqui o réu está sendo julgado por não cumprir esta regra (não prevista em lei, mas aparentemente no imaginário do operador do Direito como devendo ser universalmente respeitada – até por estupradores);

- Fugir, o que seria sinônimo de “caçoar” da Justiça: *“Sabedor do ilícito que cometeu, fugiu para outro Estado da Federação, utilizando-se de documento falso, objetivando se furtar da aplicação da lei penal, a demonstrar que caçoa da Justiça, estando crente de sua impunidade” (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.057799-6, de Blumenau Relator: Des. Torres Marques).* Assim julgado de forma moral, este aspecto, que deveria ser analisado no momento da análise das consequências, é mencionado aqui;
- A idade da vítima, mesmo esta já definindo o tipo penal. A partir desta ideia é que podemos ler, por exemplo, a seguinte análise:

Foram desfavoráveis, haja vista o acusado ter iniciado à vida sexual sua neta de afinidade quando esta possuía a tenra idade de 5 (cinco) anos, prolongando-se até sua idade de 7 (sete) anos. Veja-se que o tipo penal contém como elementar a idade inferior a 14 anos, abarcando por isso, vítimas adolescentes, ou seja, mais esclarecidas sobre o tema sexualidade. Nesse contexto jurídico-penal, tenho que a ofensa a uma criança de apenas 5 (cinco) anos de idade, que não tem nenhuma condição de discernir sobre a legitimidade da conduta – ainda mais sendo esta praticada por pessoa do seu convívio familiar – é circunstância que impõe uma reprimenda mais acentuada (fl. 124)(Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.058341-2, de Criciúma Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato).

Na análise das circunstâncias do crime, a subjetividade dos operadores do Direito transita com significativa liberdade. Daí ser possível incluir neste item elementos como características da subjetividade do réu, algo que aparentemente deveria ser mencionado no

item sobre personalidade. Também se concebe como parte das circunstâncias do crime o julgamento moral de seu ato, algo também feito na análise de outros itens da dosimetria: o ato é repreendido pelo que se prevê juridicamente, e também por princípios morais. Mais uma vez, algo que já se percebeu ocorrer na maneira como operadores do Direito analisam outros itens da dosimetria. A propósito, houve casos em que incluíram na análise das circunstâncias do crime elementos que deveriam ser abarcados pelo item das conseqüências do crime.

7.8 Maneiras de se conceber e dosar as conseqüências do crime

Para analisar como os operadores do Direito referem-se à noção de conseqüências do crime, e com ela operam, outro item da dosimetria, devemos levar em conta a alegação, na jurisprudência pesquisada, de que ela pode se referir *“ao local do crime, indicador, por vezes, de maior periculosidade do agente”* (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 284). (Revisão Criminal n. 2014.075114-8, de Chapecó Relator: Des. Jorge Schaefer Martins). Outra definição encontrada refere-se ao *“...ou arrependimento, ou se relacionar com a gravidade maior ou menor do dano causado pelo crime”* (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 472) (Apelação Criminal n. 2012.015371-7, de Ituporanga Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho).

Ainda podemos destacar, na jurisprudência pesquisada, as seguintes fundamentações para considerar determinadas conseqüências piores que aquelas que já definem o tipo:

- Riscos abstratos, como o de que a vítima poderia ter engravidado, contraído HIV e até morrido: *“Por sorte, ao que tudo indica, a vítima não veio a engravidar ou contrair uma doença mais grave e até incurável, como a síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS), que poderia levá-la, inclusive, a [sic] morte”* (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.057799-6, de Blumenau Relator: Des. Torres Marques).
- A concepção de que danos psicológicos são inevitáveis em casos de violência sexual sem haver posicionamento de psicólogo sobre a vítima: *“São graves [os danos psicológicos da vítima], à vista dos transtornos psicológicos que infrações desta natureza certamente provocam no desenvolvimento da*

personalidade da ofendida, mormente em se tratando de criança” (Apelação Criminal n. 2012.015371-7, de Ituporanga Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho).

- O fato de a vítima ser criança indicar um maior dano psicológico, como se os efeitos da violência pudessem ser constatados sem a avaliação psicológica da vítima: *“Evidente [sic] as graves consequências da conduta do réu/apelante, diante da tenra idade da vítima e das severas marcas psicológicas nela deixadas, situações que demandam maior severidade na aplicação da pena” (Apelação Criminal n. 2012.088237-5, de Chapecó Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato).*
- O estado emocional apresentado pela vítima no momento em que é ouvida no sistema judicial, como se isto em si indicasse o trauma decorrente da violência sofrida. Esta é uma possível interpretação para a seguinte passagem: *“Não serão jamais apagadas [as lembranças da violência sofrida] da vida da vítima, a qual se encontrava visivelmente assustada durante a inquirição judicial” (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.057799-6, de Blumenau Relator: Des. Torres Marques).*

Há uma imprecisão quanto ao que poderia ser tratado como consequências do crime. Os exemplos foram os riscos abstratos do ato em questão, pressuposição de que criança (ou mesmo qualquer sujeito) sempre se traumatiza frente à violência sexual sem respaldo em documento técnico (relatório psicológico), para o que inclusive houve caso em que o operador do Direito se baseou no comportamento da vítima no momento da audiência. Mais uma vez, então, parece que a dosimetria é um espaço no qual a subjetividade do operador do Direito transita com significativa liberdade. Talvez até seja o momento em que isto mais se dá, e talvez também o momento em que há os maiores efeitos práticos sobre a vida da vítima e autor.

7.9 A subjetividade presente na interpretação da conduta social

Para considerar negativa a conduta social (outro item da dosimetria), os operadores do Direito fazem uso de uma multiplicidade igualmente significativa de argumentos. Parece que ao abordarem a

conduta social, os operadores do Direito também falam primordialmente de suas subjetividades. Antes de citar estes argumentos, é pertinente trazer uma definição de conduta social, também enxertada da jurisprudência pesquisada:

Guilherme de Souza Nucci leciona: “[...] é o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc. O magistrado precisa conhecer a pessoa que está julgando, a fim de saber se merece uma reprimenda maior ou menor. . . . Em primeiro lugar, é dever das partes arrolar testemunhas, que possam depor sobre a conduta social do acusado. Tal medida vale para a defesa e, igualmente, para a acusação. O magistrado, interessado em aplicar pena justa, pode determinar a inquirição de pessoas que saibam como se dava a conduta do réu, anteriormente à prática do crime. [...] Mesmo no caso de existirem registros variados de inquéritos arquivados, processos em andamento ou absolvições por falta de provas, há ausência de substrato concreto para deduzir ser o réu pessoa de má conduta social. Afinal, antes de mais nada, prevalece o princípio constitucional da presunção de inocência. Se ele não foi condenado criminalmente, com trânsito em julgado, é considerado inocente e tal estado não pode produzir nenhuma medida penal concreta contra seu interesse. (Código penal comentado. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 404/405 – grifou-se)” (Apelação Criminal n. 2011.085089-4, de Jaguaruna Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho).

Algumas passagens sobre o conceito jurídico de “conduta social” retiradas da jurisprudência pesquisada parecem apontar esta demasiada subjetividade dos operadores do Direito:

- As sentenças condenatórias com trânsito em julgado com data posterior ao fato delituoso sub judice (neste sentido: TJSC – Apelação Criminal n. 2010.071227-8 e TJSC – Apelação Criminal n. 2011.028060-2), talvez porque tais situações não possam ser consideradas nem como mau antecedente, nem como reincidência. Logo, uma maneira outra de agravar a pena do autor.
- A reincidência (Apelação Criminal n. 2012.088237-5, de Chapecó Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato), que deveria ser considerada em outro momento da análise da dosimetria.

- O uso do crime como sustento (portanto, o réu é punido pelo crime sexual e patrimonial – que é o que está em questão – e também por não trabalhar formalmente), chegando-se a dizer que *“a conduta social do acusado é distorcida fazendo do crime o seu meio de sustento (fl. 212 - autos n.º 59020008242) (aumento 1 ano)”* (Revisão Criminal n. 2013.061452-4, de Chapecó Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco)”.
- O uso de álcool, mesmo quando não possui relação alguma com o crime, sendo que também se poderia apontar o fato de não haver especificação sobre o motivo pelo qual tal uso seria problemático.
- O fato de o réu ser “chegado à farra” e à “bagunça”, sem sequer haver especificações do que seja isto, quanto mais explicações sobre os motivos pelos quais é considerado negativo. Refiro-me à seguinte passagem: *“Não o favorece, pois conforme declarou a testemunha José Aldenizio (fls. 9-10), amigo do réu, “o A. faz uso de bebida alcoólica, bastante” e “sempre foi de farra, bagunceiro mesmo”* (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.057799-6, de Blumenau Relator: Des. Torres Marques).
- Dizer que o réu demonstrou ser violento (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.026713-7, de Balneário Piçarras Relator: Des. Torres Marques), sem explicar se se refere ao ato já julgado (o que já acarretaria em valorar negativamente duas vezes o mesmo ato) ou outras condutas não judicializadas (que, portanto, não deveriam ser consideradas);
- A menção de que o réu é desajustado no meio familiar, não tendo isto relação com o crime julgado. A propósito, aqui também se pode destacar a não menção do motivo pelo qual este fato em si seria problemático. Em outros termos, do motivo pelo qual ser ajustado ao meio familiar é, em si, um indício positivo. Está-se tratando deste trecho: *“Considerada ruim pelo promotor em razão do comportamento do réu, em seu meio social, especialmente na vida familiar, ser desajustado, viável se afigura a consideração da nominada circunstância judicial como desfavorável ao acusado, porquanto os elementos*

probatórios demonstram, ao menos, o tratamento agressivo que ele dispensava à ex-companheira no seio familiar (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.053687-4, da Capital Relator: Desembargador Substituto Tulio Pinheiro).

- Avaliação moral de comportamentos. Por exemplo, uma insinuação indireta de que quem mantém relações sexuais em local de trabalho apresenta má conduta social. Para esta idéia, considerar esta passagem: *“O fato de o réu ter relatado que um dia antes dos fatos manteve relação sexual com sua esposa na residência onde prestava serviços, demonstrando desrespeito ao local de trabalho, não faz com que se entenda, extreme de dúvidas, possuir conduta social desvirtuada a ponto de agravar sua pena, até porque poderiam os proprietários do imóvel ter permitido ao acusado, juntamente com sua companheira, pleno acesso ao local. Dessa feita, não há elementos suficientes nos autos a fim de demonstrar que tal diretriz seja desfavorável ao acusado (Apelação Criminal n. 2011.085089-4, de Jaguaruna Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho).*

Na análise da conduta social por parte dos operadores do Direito, há interpretações de que o autor é violento sem explicação se tal análise refere-se ao comportamento julgado ou comportamentos anteriores e sequer judicializados. Também há o uso da reincidência (que deveria ser contemplada em outro item da análise da dosimetria) e das sentenças condenatórias com trânsito em julgado com data posterior ao fato delituoso *sub judice* (que não poderiam ser consideradas nem como mau antecedente, nem como reincidência). E ainda há uma avaliação moral de comportamentos que sequer apresentam relação com o fato julgado, como se fora um julgamento do passado do autor, e a partir disto tecerem prospecções de futuro. Como se pode lembrar, aliás, esta avaliação moral também foi feita em considerações sobre outro item da dosimetria.

Novamente pode-se hipotetizar que neste conceito de “conduta social” fundamenta-se das mais diversas maneiras, a depender de uma decisão anterior à própria análise da singularidade do caso por parte do operador do Direito. Parece que a dosagem da pena fundamenta-se acima de tudo na subjetividade do operador do Direito, e a aplicação que faz da dosimetria serve apenas como manifestação de seus anseios morais.

7.10 A subjetividade na compreensão e aplicação das causas especiais de aumento

Por fim, em relação às causas especiais de aumento, outro item da dosimetria, percebe-se o mesmo tratamento subjetivo, especificamente moral, do ato julgado. Interessantemente, em todos os itens da dosimetria constatou-se que servem para agravar a situação do réu. Apenas com raras exceções, mencionadas no início deste capítulo, percebeu-se interpretações e aplicações do que se prevê para a dosimetria na direção contrária. Talvez, então, este momento de discorrer sobre “causas especiais de aumento” seja um exemplar de algo que se buscou fazer em todos os outros momentos da dosimetria: aumentar a pena. A respeito destas causas especiais de aumento, especificamente, vê-se menção:

- À “sordidez” e “inescrúpulo” do réu:

Devendo-se acrescentar, ainda, a sordidez da sua atitude que, para facilitar os abusos, presenteava suas vítimas com balas, dinheiro na ínfima quantia de R\$ 0,50 (cinquenta centavos), bicicletas e carrinhos velhos, assim como com celulares, atentando contra elas em qualquer lugar e horário, e na presença de umas e outras, sem nenhum escrúpulo, pelo que se mostra adequada e proporcional à reprovação da conduta a fração utilizada para acrescer a reprimenda (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.000479-3, de Taió Relator: Des. Torres Marques).

- Ao fato de terem sido diversas as vítimas (que deveria ser considerada em outro momento da análise da dosimetria).
- À idade das vítimas, quando isto já definiu o tipo penal (Apelação Cível n. 2014.075634-4, de(a) Chapecó Relatora: Desa. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.058341-2, de Criciúma Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato e Apelação Criminal n. 2012.088237-5, de Chapecó Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato). Repetidamente, sujeitos são julgados pelo ato e um pouco mais.
- Aos traumas trazidos à vítima (Apelação Criminal n. 2012.088237-5, de Chapecó Relator: Des. Paulo Roberto

Sartorato e Apelação Cível n. 2014.075634-4, de(a) Chapecó Relatora: Desa. Hildemar Meneguzzi de Carvalho), algo que deveria ser avaliado na análise das conseqüências do crime.

Observa-se que, tratando das causas especiais de aumento, há uma igual autonomia do operador do Direito em sua definição e aplicação, já presente em seu posicionamento quanto a todos os outros itens da dosimetria. Encontram-se atribuições morais à conduta do autor, extrapolando o tipo penal; logo, majorando a resposta penal devido a entendimentos morais. Também há a consideração da quantidade de vítimas e de supostos traumas a elas trazidos, dados que não deveriam ser analisado neste momento da dosimetria. Talvez estas causas especiais sejam o último refúgio para aquilo que o operador do Direito não conseguiu incluir em outro item, de modo a agravar a resposta penal.

7.11 A subjetividade moral do operador do Direito enquanto resposta a uma impossibilidade estrutural do Direito

Considerando a imprecisão de todos os itens da dosimetria, que faz inclusive com que um mesmo elemento do fato em questão seja considerado como fazendo parte de um ou outro item, ou até de mais de um, resta-nos a indagação: quem é crente a ponto de acreditar na objetividade do Direito?

E, ainda, considerando que o operador do Direito obriga-se a tecer considerações sobre conceitos que não são de ordem jurídica (e, então, não há definição jurídica deles), sem se respaldar em posicionamentos dos profissionais que melhor poderiam dizer a respeito, resta-nos a pergunta: como o operador do Direito poderia sustentar sua decisão em algo mais que não apenas a própria subjetividade?

Parece, então, que a frequência apontada por este trabalho de tese com que os operadores do Direito remetem-se à sua moral não diz apenas de sua subjetividade, mas de um limite estrutural do Direito. Pode-se indagar se haveria outro espaço na subjetividade destes operadores do Direito que não a moral, ao qual poderiam então recorrer. Nesta direção, por sua vez, pode-se perguntar se em vez de moral não seria mais adequado usar o termo moralista, considerando um posicionamento que é, aliás, de um ministro do Supremo Tribunal Federal (Lewandowski, 2017):

Embora destituída de sanções materiais, a moral corresponde a um código de procedimentos que sujeita os transgressores à reprovação, velada ou explícita, dos membros da coletividade a que pertence, acarretando, por vezes, a própria exclusão dos recalcitrantes de seu convívio.

Já o moralismo representa uma espécie de patologia da moral. Enquanto nesta há um certo consenso das pessoas no tocante à distinção entre o certo e o errado, no moralismo alguns poucos buscam impor aos outros seus padrões morais singulares, circunscritos a certa época, religião, seita ou ideologia.

Os que discordam são atacados por meio de injúrias, calúnias ou difamações e até agressões corporais. No limite são fisicamente eliminados. Paradoxalmente, quase sempre os moralistas deixam de praticar aquilo que exigem dos demais.

A ética, por sua vez, derivada da palavra grega traduzida por “bons costumes”, corresponde a uma disciplina comportamental que estuda as escolhas morais sob o prisma da razão, com vistas a orientar as ações humanas na direção do bem comum. O direito para alguns juristas, a exemplo do clássico Georg Jelinek (1851-1911), equivaleria a um “mínimo ético”, isto é, a determinado número de preceitos morais considerados indispensáveis à sobrevivência pacífica de dado grupo social e transformados em lei.

No campo do direito, os moralistas expandem ou restringem esse conceito conforme lhes convém, interpretando as regras jurídicas segundo sua visão particular de mundo. Sobrevalorizam a “letra” necessariamente voltada ao passado, em detrimento do “espírito” da lei, que obriga interesses perenes.

Aplicam as normas legais fria e burocraticamente, trivializando a violência simbólica que elas encerram. Não hesitam em incorrer, proposital ou inconscientemente, no risco da “banalização do mal” de que nos falava a filósofa Hannah Arendt (1906-1975).

Mesmo considerando fundamental o posicionamento acima apresentado, a opção por ressaltar o fundamento moral dos entendimentos e aplicações que os operadores do Direito fazem do Direito. E isto porque qualquer recurso à moral é inevitavelmente excludente; logo, manteve a idéia de que os operadores do Direito, convocados a recorrer a sua subjetividade, poderiam recorrer a outro lugar que não à moral.

A começar que a maioria deles se pauta, como diz o magistrado acima, pela noção de maioria, o que de imediato pressupõe a desconsideração do direito de alguns sujeitos em nome dos direitos de alguns outros. Ora, se para a criminologia crítica a exclusão é estrutural

ao Direito, ela se faz por interesses político-econômicos que atravessam noções de raça, classe, gênero e faixa etária. Daí que esta exclusão estrutural do Direito, em nome de uma democracia pressuposta, não pode ser naturalizada, ao preço de se desconsiderar os interesses sobre os quais ela se dá.

A moral parece inevitável e mesmo necessária apenas para os crentes de que o humano se orienta unicamente pela razão. Se considerarmos conceitos como o do inconsciente⁷⁴, torna-se mesmo impossível analisar a participação de sujeitos num ato de forma polarizada tal que alcance sua subjetividade e seus próprios comportamentos. Se, para o Direito, os atos são tidos como antijurídicos e os sujeitos como vítima e algoz no momento do ato em questão, a partir de uma leitura psicanalítica, não se considera suficiente adjetivar os sujeitos, nem mesmo seus atos. Em uma palavra, não se poderia denominar um ato, e muito menos alguém, de “errado” ou “certo” para sua ampla compreensão.

Neste sentido, afloram questionamentos não apenas ao que o magistrado definiu como moralismo, mas em relação à moral: sendo esta inevitável no humano, em se tratando de humanos operadores do Direito, ela deveria ser minimamente limitada pela técnica. Afinal, nesta posição, está-se na função de um terceiro – ao passo que, como lemos na jurisprudência, esta moral é escancaradamente o principal (senão único) motor das decisões deles. Lembre-se que não se propõe aqui uma impossível neutralidade moral, ou uma pretensa objetividade, mas apenas que se seja prudente em ações que, como as jurídicas, possuem reflexos significativos nas vidas dos sujeitos. Esta prudência poderia ser alcançada nas previsões dos códigos penal e de processo penal, e também em posicionamentos de outros campos de saber sobre o tema envolto pela ação jurídica.

Nesta discussão sobre a questão moral, a Psicanálise pode contribuir com seu questionamento primordial à ideia de que o humano é movido pela razão. Neste aspecto, haveria ainda outra colaboração com sua noção de ética, que, em linhas gerais, é a ética do desejo, cujo pressuposto é a da singularidade de cada sujeito. Para se compreender melhor tal discussão, pode-se pensar na relação do sujeito, conforme este campo de saber, com o outro e com a noção de bem e mal.

⁷⁴Aliás, curiosamente o magistrado cogitou a noção de inconsciente ao se referir aos atos dos operadores do Direito, mas não aos atos daqueles reprovados pelo Direito.

Interessantemente, um caminho que parece inclusive convidar a um diálogo com o Direito. Em linhas gerais, “...a virada freudiana abalou profundamente algumas convicções a respeito das relações do homem com o Bem, exigindo que se repensassem os fundamentos éticos do laço social a partir da descoberta das determinações inconscientes da ação humana” (Kehl, 2002, p.8). Conforme a autora, este conceito de Bem pode se referir ao objeto de desejo, ao funcionamento do princípio do prazer ou mesmo das forças das pulsões de vida. Neste caminho, concebe-se como não necessariamente patológico, mas sempre humano, os impasses da relação do sujeito com o objeto de seu desejo, os movimentos em direção ao desprazer e mesmo uma mobilização por outra ordem que não a vital. Possibilidades estranhas à razão.

A experiência filosófica nos ensina, por sua vez, ainda a respeito da ética, sobre a dificuldade de se tomar atos que denotam algo do campo do afeto por outra via que não a moral. E esta discussão é necessária porque, mesmo se o Direito pretende intervir sobre atos, o que vimos é que frequentemente os posicionamentos de seus operadores recaem para um Direito não do fato, mas do autor desses atos. E a característica do autor que é especialmente julgada moralmente são seus afetos.

Barros Filho e Pondé (2017, p.40), retomando “O Banquete”, de Platão, lembram que até hoje há uma “canalização erótica”, um “adestramento”, evidenciando que o valor do afeto continua sendo social, político e histórico, e relacionam a tendência a julgar moralmente os afetos aos valores modernos burgueses. O que vai, aliás, ao encontro à tendência do Direito em se dirigir mais aos deveres que aos direitos (logo, a se destinar mais a autores que a vítimas), e enseja o debate sobre a seletividade dada na resposta penal em termos classistas, sexistas, racistas, etaristas e de gênero.

...no momento moderno, em que a sociedade européia e seus descendentes se organizam em torno de uma racionalidade burguesa – eficácia, objetividade, harmonia do dinheiro, instrumentalização – uma chave de ordenamento dos afetos é dizer que aqueles que deveriam ser desorganizadores também fazem bem. [...]. Tenho a impressão de que, em nossa experiência moderna e contemporânea, há quase uma aposta na idéia de que, se superamos a paranóia cristã do pecado, é porque o homem é bom. E tudo nele que for sombra, se for justamente cuidado, também será bom. Não penso que os afetos sejam sempre negativos, mas sim que eles tratam um pouco dessa área que é, no homem, o

resto daquilo que não é passível de ser tornado plenamente ordenado (Barros Filho & Pondé, 2007, p.43)

Talvez se possa dizer, com estes autores, que o afeto não autorizado é simplesmente o afeto rechaçado. É um afeto que não é em si desordenado, mas talvez se torne desordenado justamente porque não encontra, na civilização, acolhimento – ou, nos termos psicanalíticos, perspectiva de sublimação⁷⁵. A sublimação não depende apenas do

⁷⁵Conforme Cunha (1975), a sublimação refere-se à direção da libido objetal para outro fim que não o da gratificação sexual. Por meio dela, as excitações sexuais são utilizadas em outras esferas. Já Roudinesco e Plon (1998) explicam que neste mecanismo de defesa a força é da pulsão sexual, mas que, apesar da intensidade da pulsão ser preservada, ela é deslocada para outro alvo.

Chemama (1995) de alguma maneira integra estas duas concepções, afirmando que na sublimação a pulsão sexual mantém sua intensidade, e troca tanto o objeto (de sexual para não sexual) quanto o objetivo (igualmente de sexual para não sexual). Para ele, ainda, a sublimação é o “destino pulsional mais raro e mais perfeito”(Chemama, 1995, p.207), dependendo de contingências internas (retirada, pelo ego, da energia do objeto, e posterior trabalho egóico de reorientação do objeto e objetivo do investimento pulsional) e externas (incapacidade de fornecer satisfação completa). “A sublimação, observa Freud, representa a saída que permite lidar com o sexual, sem trazer consigo o recalçamento, embora satisfazendo às exigências do eu, reforçadas pelo ideal do eu [...]. O ideal do eu requer a sublimação, não pode obtê-la à força” (Chemama, 1995, p.208).

Zimerman (2001, p.396), por sua vez, faz um percurso histórico pela obra freudiana, destacando que inicialmente a idéia era de que a sublimação não possuía relação direta com a sexualidade, e posteriormente constatou-se que sim, ainda que por uma via negativa (dessexualização). De qualquer modo, ao final de seu retrospecto, o autor mantém a conclusão de que o conceito de sublimação até hoje não possui uma definição precisa e uniforme. E assim explica: “...muitas vezes, não é fácil avaliar a diferença entre sublimação e formações reativas, idealizações e outros sistemas defensivos análogos. É igualmente difícil levar em conta as diferenças culturais que valorizam ou desvalorizam determinado comportamento humano”.

A propósito da distinção entre sublimação e idealização, pelo menos, Cunha (1975) explica que a última refere-se ao objeto, e não à pulsão. Na mesma direção, Chemama (1995) alerta que em Freud não há uma teoria constituída da sublimação, e que, então, muitas vezes se define a

sujeito que vivencia determinado afeto, mas das perspectivas oferecidas socialmente, e em particular àqueles afetos aos quais respondemos moralmente, caracterizando-os como “maus”. A ressaltar uma reviravolta na concepção segundo a qual não se acolhe aquilo que é mau, mas que se torna mau o que não é acolhido (nem pela sociedade, nem pelo sujeito).

Típico da experiência contemporânea, a intenção de quem pratica o afeto desautorizado é, para Barros Filho e Pondé (2017), precisamente que ele seja autorizado. Poderíamos então pensar que a expressão do afeto desautorizado é uma demanda por sua autorização. E mais, como se costuma reduzir o sujeito ao seu afeto quando se julga moralmente o afeto, pode-se deduzir que a expressão do afeto desautorizado é, antes de tudo, uma maneira de aceitação encontrada pelo sujeito. E neste momento podemos nos remeter à discussão realizada no capítulo 4, a propósito dos sujeitos que buscam, com seus atos “antissociais”, serem acolhidos pelo ambiente; em especial, pelas instâncias da lei.

Ainda que nosso tempo autorize determinadas sensibilidades próximas de afetos, ou certas formas de construção de hábitos de afeto, isto não se dá, para resguardar a cultura, com todos os afetos – o capitalismo não aceita os comportamentos que não sejam interessantes ao mercado – e certamente entre estes dizem respeito à violência sexual. Para contextualizar histórica e politicamente o tratamento dirigido aos afetos, Barros Filho e Pondé (2017) tomam como objetos de análise a

sublimação a partir de seu negativo. Isto seria uma explicação, aliás, para o frequente equívoco de se equiparar sublimação e idealização.

Por fim, considerando que esta tese cita autores que fundaram outras concepções de Psicanálise, cabe mencionar que “M.Klein e J.Lacan, assim como S.Freud, insistem neste ponto: algo, que envolve a dimensão psíquica da perda e da falta, e responde à interiorização de coordenadas simbólicas, comanda o processo da sublimação” (Chemama, 1995, p.207). Na mesma direção, pode-se dizer que “Entre os herdeiros de Freud, o conceito de sublimação quase não sofreu modificações. Não obstante, os partidários de Anna Freud consideram esse mecanismo como uma defesa que leva à resolução dos conflitos infantis, ao passo que os de Melanie Klein vêem nele uma tendência a restaurar o objeto bom destruído pelas pulsões agressivas” (Roudinesco & Plon, 1998, p.734). É pertinente lembrar, aqui, que no resgate histórico feito por Chemama (1995) ele menciona que Freud chegou a referir como equivalente a sublimação o conceito de desagressivização.

domesticação dos afetos remetendo-se à tradição cristã, que por sua vez aproximam da tradição platônica, e concluem que o tratamento quase cosmológico e social do afeto passa pelo questionamento de que o princípio do amor é para o bem. Talvez aqui se pudesse até pensar se alguém que comete uma violência sexual necessariamente deseja o mal para a vítima, ou mesmo se o que o afeta não pode ser o amor. Evidentemente que, para isto, precisamos compreender o amor de outra perspectiva que não a cristã, platônica. O conceito de desejo para a Psicanálise parece aqui fundamental, ao ressaltar que o que nos move a desejar alguém nem sempre é o que nos traz prazer, e nem tampouco ao amado.

O capitalismo propaga sua preocupação no sentido de que os sujeitos não sofram um mal, por exemplo, o amor dos casais, mas o que se passa por baixo do pano é antes o seguinte, conforme Barros Filho e Pondé (2017, p.69):

...a dificuldade do mundo contemporâneo com os afetos está associada à busca da emancipação, da autonomia. Busca essa que é determinada pelo próprio capitalismo: temos de ser autônomos para tomar decisões, fazer escolhas, comprar o que desejarmos, ir onde quisermos – ainda que o capitalismo venda a idéia do amor eterno numa propaganda. O capitalismo, assim como a burguesia, é bipolar. Ele não pode confessar plenamente o que é. Se fizer isso, ele provoca medo. Pois vale tudo, contanto, que dê dinheiro.

Quer dizer, o discurso de que está preocupado com as modalidades de amor que os sujeitos praticam não seria uma preocupação com o bem dos sujeitos, mas com a rentabilidade deste modo de amar. Não se está propondo aqui uma aceitação dos atos que constituem violência sexual, mas problematizando o rechaço que se percebe haver sobre eles. Não um rechaço qualquer, mas de tal ordem que faz com que a reprovação jurídica extrapole o comportamento praticado (que é ao que se deveria dirigir o Direito) e alcance o autor, manifestado precisamente na reprovação de seu afeto. Afeto que pode ser amor, como vimos; mas o mais fundamental é demarcar que, seja ele qual for, este afeto será reprovado, porque sua expressão não é interessante economicamente.

Poderíamos pensar na importância da suspensão deste aparente natural rechaço mobilizado pela violência sexual de uma maneira em certa medida “utilitária”, caso o posicionamento filosófico e psicanalítico apresentado acima não convença ao operador do Direito.

Refiro-me à relação que Barros Filho e Pondé (2017, p.76) fazem entre a reprovabilidade de alguns afetos e a dificuldade, ou até impedimento de o sujeito por ele acometido retratar-se.

Se, hoje, nos negamos a revelar os nossos afetos, em grande medida, é por termos uma exata dimensão do tipo de relação desconfiada em que estamos inseridos. Fomos fabricando uma sociedade da desconfiança, na qual a confissão e a aceitação social – e por que não dizer também íntima – dos afetos se vêem problematizadas por uma certeza: não conseguimos revelar a nossa fragilidade sem que se aproveitem dela para manifestar suas forças.

A própria confissão, tão almejada por alguns operadores do Direito valorizada pelo ordenamento jurídico (a ponto de poder inclusive ser atenuante), talvez fosse mais bem obtida caso o autor de violência sexual reconhecesse possibilidade de ser escutado de forma não exclusivamente moral. Porque a confiança, explicam nossos autores, não é um problema ético, mas resultado da fidelidade, neste sentido de que a interação só é possível porque temos uma confiança de princípio. A desconfiança radical, prestes a ocorrer em nosso cenário de desconfiança progressiva, inviabilizaria as relações. “... temos antes de tudo medo do afeto, porque temos medo do outro. Temos medo do amado, do amante, temos medo daqueles que materializam conosco os nossos afetos”. Talvez os operadores do Direito projetem tanto sua subjetividade nos casos de violência sexual, a ponto de ser o principal e quase único norteador de seus posicionamentos, porque, como quase todo mundo, possuem conflitos não suficientemente elaborados na temática do afeto; e, especialmente, do amor.

Por fim, resta mencionar o que os autores denominam “sociedade da judicialização de todos os vínculos”, como efeito do seguinte processo: “Quando uma sociedade autoriza ou aceita de maneira impune que as pessoas sejam infiéis a si mesmas, se desmintam e rompem com o próprio passado, ela está, de certa forma, aceitando que passemos a desconfiar uns dos outros de modo cada vez mais acelerado” (Barros Filho & Pondé, 2017, p.81). Poderíamos cogitar que nos sentiríamos mais seguros em relação ao potencial ofensivo do outro caso não o reprovássemos moralmente pelo que ele é, já que assim não ficaríamos tanto em dúvida sobre sua espontaneidade⁷⁶.

⁷⁶A discussão sobre economia moral, protagonizada não apenas pela Filosofia, mas pela Antropologia, pode contribuir neste momento. Nesta

7.12 Considerações pontuais

Este capítulo é uma demonstração exemplar da discussão de um aspecto que repetidamente surgiu em outros capítulos: a manifestação maciça da subjetividade dos operadores do Direito em seus posicionamentos sobre os casos de violência sexual. Parece paradoxal, mas o exercício jurídico da dosimetria, que inevitavelmente nos remete a uma lógica quantificadora, universal, objetiva, torna-se uma forma por excelência de reconhecimento de subjetividades.

Não se está criticando o fato de o Direito não ser objetivo, até porque o paradigma de ciência moderna, que, por exemplo, propõe uma aplicação anônima do texto legal, já foi suficientemente questionado. O que se quer visibilizar é a função que a lei tem para os operadores do Direito: alvo da projeção de suas subjetividades, desresponsabilizando-se da interpretação e aplicação que fazem do texto legal. Este processo é enfim facilitado porque a própria origem do Direito moderno sustenta-se no princípio da racionalidade.

Percorrendo-se os elementos considerados na dosimetria da pena, percebe-se que em seus usos há uma significativa margem de autonomia dos operadores do Direito, a ponto de contradizerem a si mesmos, e se contraporem aos mínimos norteadores previstos no texto legal. Com raras exceções, a tendência do manejo que os operadores do Direito fazem da dosimetria é agravar a resposta penal.

Esta postura dos operadores do Direito de na dosimetria buscar desveladamente por todas as vias possíveis (pela vida de sua subjetividade, especialmente) a punição não é de responsabilidade apenas deles, mas uma resposta a um obstáculo estrutural do Direito: lidar com atos humanos, pressupondo-se que o humano é movido apenas pela razão; e, correlato a isto, que se pode analisar universalmente as produções humanas.

Frente a um convite impossível como este feito pelo Direito aos seus operadores, talvez não reste alternativa a esses últimos além de recorrer a sua moral. Sobre esta moral, além de não ser universal (mas atravessada por recortes classistas, sexistas, de gênero, etaristas, racistas e étnicos), recai precisamente naquilo que escapa à razão: o afeto.

Em se tratando dos afetos evidenciados em atos como violência sexual, pode-se primeiramente considerar que ele é, antes de qualquer

coisa, um dos que são rejeitados. Assim, sua proibição precisa ser contextualizada política e historicamente. A construção do amor auxilia a compreender que a intenção de quem pratica o afeto desautorizado é precisamente que ele seja autorizado; portanto, uma aceitação. E, no caso da violência sexual, chamemos ou não o afeto envolvido de “amor”, o mais fundamental é demarcar que o afeto reprovado assim o é porque sua expressão não é interessante economicamente.

Uma demonstração de que o principal motor do rejeição a determinadas manifestações de afeto é econômico, não havendo qualquer justificativa “técnica” é que abdicar do tratamento moral da violência sexual poderia inclusive contribuir para que operadores do Direito obtivessem confissões. Logo, aparentemente seria interessante que estes operadores suportassem escutar sem julgamentos morais o que contam os autores, por exemplo, de violência sexual.

Porém, isto se torna impossível para aqueles que projetam maciçamente sua subjetividade nos casos de violência sexual, a ponto de ela ser o principal e quase único norteador de seus posicionamentos. Nestes casos, há nestes profissionais conflitos não suficientemente elaborados na temática do afeto; e, especialmente, do amor. E é por isto que eles, e não o Direito, são responsáveis.

8 A APROPRIAÇÃO POR OPERADORES DO DIREITO DO SABER PSICOLÓGICO

A discussão que se segue pretende continuar ressaltando a significativa margem de subjetividade com que atuam os operadores do Direito. E, como também já explicitado, isto não pretende demarcar algo que seja a priori reprovável. Pelo contrário, objetiva elucidar a inevitabilidade de que os operadores do Direito fundamentem sua ação em sua subjetividade, muito mais que na lei, mas que, desconsiderar este fato pode contribuir para que a aplicação da lei se distancie cada vez mais da justiça. Em outros termos, negar a presença da subjetividade dos operadores do Direito, crendo que seus posicionamentos fundamentam-se na lei, faz com que a aplicação da lei mova-se por vários propósitos (dentre eles, expressão da moral destes operadores), e não necessariamente para aplicação da justiça.

Nesta mesma direção, o que se espera neste capítulo é sinalizar uma maneira específica com que se dá esta desconsideração que o operador do Direito faz da própria subjetividade, e que acontece ao lado da projeção de sua subjetividade na lei (como vimos exemplarmente no capítulo anterior): a projeção de sua subjetividade num suposto saber psicológico. Melhor dizendo, mostrar-se-á como estes operadores explicitam que o fundamento de suas decisões são conceitos psicológicos, mas, não se reportando a relatórios psicológicos, nem mesmo a produções acadêmicas de psicólogos, são interpretações de sua própria autoria. No máximo, interpretações de outros operadores do Direito, já que em alguns casos remetem-se a produções acadêmicas de operadores do Direito, falando de Psicologia.

Pretende-se, ainda, propor em que termos práticos poderia se dar as relações entre Psicologia e Direito. E uma proposta de diálogo não desconsiderando, como dito no capítulo 2, que o Direito sustenta-se em paradigmas epistemológicos diferentes dos que, por exemplo, sustentam a Psicanálise.

O ponto de partida inicial para a discussão deste capítulo é o de que, conforme apontado no capítulo anterior, se o operador do direito penal não admite suas próprias questões afetivas envolvidas em seu trabalho, o exercício de sua moral pode levar a mistura dos papéis de delegado, promotor, juiz, advogado, indiciado, acusado, réu, vítima. Em se tratando do tema da tese em questão, esta confusão pode se dar pelas representações de sexualidade, feminilidade, masculinidade, infância, vulnerabilidade, violência, que o operador do Direito construiu em sua

história de vida. Representações passadas que podem ser confundidas com as representações que ele primordialmente deveria fazer no presente, principalmente se orientado pela produção de algum profissional da Psicologia. E, por fim, representações que, se maciçamente projetadas nos sujeitos com quem atua, fazem com que se indície, acuse, defenda outros sujeitos que não aqueles que se encontram no espaço jurídico, mas em seu universo psíquico.

A partir deste momento, então, ilustrar-se-á como os operadores do Direito apropriam-se de uma maneira mais autônoma que o esperado dos fatos que lhe chegam, e como isto é feito a partir de interpretações psicológicas que ele faz destes fatos. Ainda que eventualmente algum dos operadores do Direito aqui mencionados tenha formação em Psicologia, é surpreendente que não fundamentem suas análises em produções acadêmicas de psicólogos ou relatórios psicológicos. Isto nos leva a supor que tais “psicologizações” têm por referência principal suas subjetividades.

8.1 A expectativa de que sujeitos responsáveis pelas vítimas sejam orientados pela consciência racional em sua ação e omissão

Inicialmente, encontramos as justificativas para o fato de uma mãe não ter denunciado a violência que supostamente a filha sofria de uma forma eminentemente moral. Ou, pelo menos, a desconsideração de que o universo psíquico não é regido apenas pela consciência, e que as representações psíquicas não necessariamente coincidem com as jurídicas.

...não é crível que a omissão da ré diante da constância da violência sexual sofrida por sua filha menor de 14 anos, por parte de seu ex-companheiro, 25 anos mais velho, fosse fruto de ameaças ou por razões de sobrevivência. Isso, porque, a uma, a Comarca da Capital conta hoje com delegacias especializadas na proteção à mulher, às quais a genitora poderia ter recorrido, e cujo procedimento é célere, profissional e eficiente, como se tem visto nos feitos que tramitam por esta Casa. A duas, porque, consoante se verifica no interrogatório da ré, na verdade, ela encarava a situação de forma normal, assegurando, inclusive, que a menor “nunca foi forçada a ter relações sexuais com N.” dizendo, ainda, “não considerar violência o relacionamento mantido com o réu, porque ela o quer”(fl. 52), E, a três, e, principalmente, porque uma mulher de 37 anos, sem problemas de saúde declarados, não pode alegar impossibilidade de manutenção própria, que a leve a compactuar com a subjugação sexual da própria

filha de 12 anos, que chegou a engravidar e provocar o aborto do nascituro. A precária condição sócio-econômica e o déficit intelectual, salvo em casos extremos, o que não se verifica nos autos, não são motivos autorizadores de tamanha omissão, sendo exigido da genitora uma conduta protetiva e de amparo à sua descendência, sobremaneira, em situações extremas de agressão física e psicológica, capazes de provocar efeitos devastadores na qualidade de vida da vítima (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.053687-4, da Capital Relator: Desembargador Substituto Tulio Pinheiro)

Como se percebe, o operador do Direito esperava que esta mãe, por saber a localização da delegacia responsável por apurar o tipo de crime em questão, deveria tê-lo denunciado. Esperava ainda que ela soubesse e confiasse numa suposta celeridade e eficiência do trabalho destas unidades policiais. Também o operador do Direito partiu do princípio, aqui, de que o fato de a mulher não possuir idade avançada e não apresentar doença que a impeça de trabalhar não a permite alegar dependência financeira do suposto agressor. E, por fim, o operador do Direito também julga a mãe por ela não saber (ou não concordar) que, conforme a lei, não se pode manter relações com alguém de doze anos, mesmo que consensualmente.

Como se sabe, o direito moderno sustenta-se na consciência cartesiana. No entanto, se isto é necessário para se compreender a lógica, no direito penal, da tipificação das condutas e da análise da participação dos envolvidos (consciência ou não da ilicitude do ato por parte do autor, vulnerabilidade da vítima, etc.), parece exagero que o operador do Direito julgue os envolvidos não apenas pela sua participação no ato em questão, mas por eles contrariarem sua consciência, como se fez, por exemplo, neste trecho que analisa a conduta da mãe de uma vítima:

O papel da progenitora em tudo o que se narrou na petição inicial merece uma análise mais cuidadosa, valendo recordar, para desqualificar os assaques praticados contra a honra do requerido, que seu comportamento de abandono das filhas, entregando-as, literalmente, nas mãos do pai, é incompreensível se ela já tinha ciência dos abusos sexuais por ele praticados (assim ela denunciou o ex-marido na ação de guarda e responsabilidade, conforme o teor da peça reproduzida, parcialmente, às fls. 146/148) (Apelação cível n. 2005.033333-7, da Capital Relator: juiz Jânio Machado)

Nesta passagem, a mãe é julgada porque, ciente de abusos sexuais cometidos pelo autor contra as filhas, possibilita a proximidade entre eles. Desta forma, por ter agido de forma “incompreensível”, a mulher é julgada. Caso o operador do Direito partisse do princípio de que o humano não é regido apenas pela consciência, a conduta da mãe seria compreensível. Mas isso demandaria uma escuta dessa mulher em sua particularidade.

Esta falta de escuta não parece ser justificável a partir de previsões dos códigos penal e de processo penal, haja vista que, conforme explanado em todo este trabalho, tais previsões sempre permitem a interpretação do operador do Direito.

Já na passagem abaixo, encontra-se um sutil julgamento da conduta da mãe da vítima, na qual se parte do princípio de que a mãe sabia da violência ocorrida por seu companheiro. O operador do Direito parece tão convencido previamente disso que, independentemente do que a mãe venha a apresentar como justificativa para não acreditar na existência da violência, não o convence.

...a convivência da mãe fica patente quando a ofendida se refere à ocorrência de sangramento, por conta das relações sexuais com o pai, ocasiões em que ela via o resíduo em suas calcinhas e “dizia que era normal, pois ela estava na adolescência”, e, até hoje, não quer acreditar que os fatos sejam verdadeiros (Revisão Criminal n. 2013.016363-2, de Araranguá Relator: Des. Carlos Alberto Civinski)

Conforme se percebe, o operador do Direito parte de seu princípio (no caso, o de que um sangramento na calcinha de uma vítima daquela idade deveria ser interpretado por sua responsável como indício de que ela estava sofrendo violência sexual) para alegar que a mãe intencionalmente negava a ocorrência dos fatos. Talvez se o operador do Direito pressupusesse que o humano é regido por algo além da consciência, considerariam que alguém poderia interpretar de maneira diversa da dele um dado da realidade, e que isto não necessariamente seria regido por sua vontade consciente de admitir ou negar uma realidade, mas por mecanismos inconscientes.

Há, na mesma direção, situações em que o operador julga outros responsáveis por crianças e adolescentes que não a mãe. Na passagem a seguir, percebe-se uma leitura tão moral quanto aquela que não concebe que um humano é regido por algo além da consciência. Porém, aqui esta interpretação moral surge por meio de uma leitura psicologizante da conduta destes responsáveis.

...os menores foram acolhidos dada a situação de risco em que se encontravam no seio familiar. São pessoas que carregam desde cedo o “peso” de serem vítimas de violência física e sexual dos parentes, de presenciarem seus pais fazendo uso de substâncias entorpecentes ou de terem sido abandonadas à própria sorte. Essas situações são determinantes para que se tornem agressivas, pratiquem atos libertinos desde cedo ou para que considerem o cometimento de delitos como condutas não reprováveis ou de auto-afirmação. Bem por isso, instados a conviver diariamente, é possível que posturas como as descritas na exordial possam acontecer nas relações entre esses menores. Nada justifica, porém, a atuação omissiva da diretora e o monitoramento inadequado e permissivo de seus auxiliares, que descreveram as situações como meros “jogos sexuais”, como se esse tipo de comportamento fosse característica de brincadeiras infantis. Tratavam-se de desvios de condutas gravíssimos, com consequências imensuráveis na vida dos internos, sobretudo porque aquele local deveria transmitir-lhes segurança e acolhimento sadio, o que suas famílias biológicas falharam em lhes oportunizar. Assim, a comunicação detalhada ao juízo acerca da conduta dos menores, assim como o ato de proporcionar acompanhamento por profissionais qualificados era dever da direção; não estava na esfera da sua faculdade. Percebo disso tudo que os funcionários da casa não eram orientados de maneira eficiente pela dirigente nos cuidados efetivos dos menores, e que o diálogo com os psicólogos e assistentes sociais não trouxeram resultados concretos ao desenvolvimento digno da conduta dos internos (Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2014.029936-3, do Tribunal Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil)

Constata-se que houve uma autorização por parte do operador do Direito para discorrer sobre efeitos psicológicos das vivências passadas das vítimas, bem como suas representações sobre suas famílias biológicas e sobre a instituição onde se encontravam acolhidas, sem fundamento em bibliografia ou relatório psicológico. Talvez por isto, aliás, trate estes efeitos de maneira genérica e em tom de certeza.

Com o mesmo grau de autonomia, o operador do Direito analisa psicologicamente a conduta que os internos apresentavam na instituição. Por fim, e talvez de uma maneira que melhor visualize sua compreensão moral, o operador do Direito remete-se à “dignidade” para dizer de sua expectativa sobre o desenvolvimento das vítimas em questão.

Já na passagem abaixo, há uma interpretação sobre a intencionalidade de uma conduta de uma avó, desconsiderando que o comportamento da vítima pode não ter relação com a conduta da avó:

A avó havia declarado à neta que as agressões iriam cessar, ou seja, vê-se que no intuito de proteger a unidade familiar, a avó, conforme demonstram os depoimentos na fase indiciária, incitou uma criança a mentir e buscou equacionar o problema no âmbito da própria família (Revisão Criminal n. 2013.016363-2, de Araranguá Relator: Des. Carlos Alberto Civinski)

A suposição de a vítima ter mentido porque a avó lhe disse que os fatos não mais se repetiriam não encontra respaldo no discurso dos envolvidos. E, mesmo se assim fosse, isto não necessariamente significaria que a avó tivesse esta intenção quando dirigiu tais palavras à neta. Para tais conjecturas se fariam necessários relatórios psicológicos ou produções acadêmicas psicológicas sobre o assunto.

Em outros capítulos desta tese (especialmente no 3, 4, e 5), salientou-se, em certos momentos, como o Direito espera que vítima e autor de violência sexual sejam regidos por sua consciência, tanto na participação no ato julgado, quanto no momento de seus testemunhos na fase policial e judicial. Entretanto, aqui também se mostrou como esta expectativa de que o humano seja regido por uma consciência racional permeia interpretações psicológicas de testemunhas dos atos que chegam aos operadores do Direito.

8.2 Psicologizações sobre a conduta do autor

Outra maneira de se perceber a presença majoritária das representações psicológicas do operador do Direito sobre os fatos por ele tratados (muito mais que as representações presentes na lei, sendo que ele maneja a lei de acordo a adequá-la a seus próprios pré-conceitos e faz isto, por exemplo, por meio de uma aplicação autônoma de conceitos psicológicos) é como ele narra a ação do autor.

8.2.1 A expectativa de que o autor dirija-se pela consciência racional

Inicialmente, destaca-se a concepção de que o autor dirige-se pela consciência.

...em que pese haver tal voluntariedade nos atos praticados pelas menores, esta não exime o acusado de sua culpa, até porque o acusado é advogado, logo, tinha pleno conhecimento da ilicitude dos atos que praticava, exigindo-se conduta diversa. O fato de manter relações sexuais com menores entre 18 e 14 anos de idade, desde que

voluntariamente, de fato não constitui ilícito penal atualmente. Porém, se tal prática é advinda de exploração sexual, mediante pagamento e outros, aí o fato se torna típico, já que caracteriza a prostituição de menores, situação esta efetivamente ocorrida. Segundo a prova dos autos, todas as menores somente praticaram tais fatos com o acusado, por conta da retribuição financeira, seja em dinheiro, roupas ou drogas (fl. 404v.) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.065276-2, de Criciúma Relator: Des. Substituto Carlos Alberto Civinski)

Como se vê, aqui o conhecimento formal que o autor tinha da ilicitude de sua ação é trazido para reforçar a tese de que não haveria explicação para sua transgressão da lei, desconsiderando, portanto, a representação que ele tinha da situação: presentear as maiores de quatorze anos com quem se relacionava sexualmente. A propósito, a fala das vítimas também não permitia a interpretação de que havia alguma chantagem do tipo “só ganhar aqueles presentes se mantivessem relação sexual com ele”. Senão vejamos o trecho da mesma jurisprudência:

O magistrado de primeiro grau arrematou com precisão a questão: Bem, de tais declarações, claramente se observa a fragilidade das menores, que embora exploradas sexualmente, ainda se sentem moralmente devedoras e agradecidas ao acusado, pois a todo momento, em suas declarações, afirmam que praticaram conjunção carnal e atos libidinosos com o réu voluntariamente (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.065276-2, de Criciúma Relator: Des. Substituto Carlos Alberto Civinski).

Nesta mesma jurisprudência constata-se no trecho abaixo, ao lado da explicação criminalizadora da conduta do autor de presentear as vítimas, uma tentativa de privar as vítimas de diversos de seus direitos, para além daquele de, sendo maior de quatorze anos, exercer livremente sua sexualidade.

...o denunciado construiu verdadeira rede de exploração sexual de crianças e adolescentes, sempre se valendo da condição financeira adversa das vítimas, submetendo-as a toda sorte de violência moral, não apenas por meio da prática precoce e continuada de conjunção carnal e atos libidinosos em contraprestação à entrega de dinheiro, roupas e outros favores, como também pela submissão das meninas a se deixarem por ele filmar em poses pornográficas e em cenas de sexo explícito, inclusive consumindo substâncias entorpecentes (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.065276-2, de Criciúma Relator: Des. Substituto Carlos Alberto Civinski)

Observemos que a tese de exploração sexual é fundamentada não apenas pelo fato de ele presentear as meninas, mas por ele as filmar em cenas sexuais e usando “entorpecentes”. Não há menção aos usos que ele fez destas imagens, nem mesmo a falas das envolvidas de que elas houvessem sido chantageadas ou ameaçadas para que produzissem tais cenas. Ademais, parece que não apenas a sexualidade das maiores de quatorze anos, como seu uso de substâncias, parece não ser concebido como um Direito.

Como se percebe, uma maneira de se ilustrar esta dificuldade do operador do Direito escutar os envolvidos, e sua tendência a dar voz primordialmente a si mesmo, é como reconhece a almejada “consciência” do autor dos fatos nas suas ações. A partir deste ponto, serão trazidas passagens ilustrativas de como o operador do Direito aborda esta intencionalidade do autor de modo a associá-la tão linearmente ao ato. Ou seja, mostrar-se-á como há um esforço para se encontrar uma intencionalidade criminosa em todos os seus passos.

Demonstra, sim, alto grau de reprovabilidade em sua conduta, já que se aproveitando da frágil situação familiar das crianças, obteve a confiança das menores para, em sequência, consumir os atos proscritos (Apelação Criminal n. 2012.016289-5, de Joaçaba Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho)

...aproveitando-se da ausência de outras pessoas e, a par da violência presumida, também se prevalecendo do natural temor reverencial e inexperiência da vítima (fls. II-III) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.073858-7, de Joinville Relator: Des. Sérgio Rizelo)

...as palavras da vítima apontam que o acusado lhe oferecia guloseimas, justamente com o intuito de ganhar a confiança da infante, na vã tentativa de impedir a revelação dos abusos, atitude usual em crimes desse jaez (Apelação Criminal n. 2013.042668-2, de Braço do Norte Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini)

Nestas passagens acima, a idéia de que o autor percebeu a suposta fragilidade da situação familiar das vítimas, de que se aproveitou do temor reverencial inerente ao tipo de relação que estabelecia com as vítimas (por exemplo, de parentesco), de que contou com certa ingenuidade da vítima em relação à sexualidade e de que apresentou determinados comportamentos com a intenção de conquistar a confiança das crianças e, por fim, de que esperava, com tal confiança, violentá-las sexualmente ou impedir a revelação, não é ilustrada por

trechos de fala do réu ou de qualquer envolvido. Ao que tudo indica, estas idéias fundamentam-se nas representações do operador do Direito.

Há outra passagem ilustrativa da mesma discussão:

...o fato da vítima manter estreita relação com o recorrente, seu avô, mesmo após a prática de tamanha violência contra uma menor, somente revela o elevado dano psicológico causado a ela, não servindo, de maneira alguma para abrandar a gravidade do ato. Aliás, não é incomum encontrar na literatura forense exemplos como o visto na presente demanda, no qual a vítima, em razão do impacto psicológico contínuo experimentado, acaba desenvolvendo verdadeira relação de afeto contra o seu agressor. Observando-se a realidade de T.I.G.D., a qual não possuía contato com seu pai, gerada de uma relação adúlterina, com poucos recursos econômicos, é certo que seu avô, valendo-se desta condição, tinha próspero terreno para agir, criando esta dependência afetiva, o que lhe garantia impunidade pela prática do crime (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.065276-2, de Criciúma Relator: Des. Substituto Carlos Alberto Civinski)

Sabe-se que uma demonstração do dano psicológico da vítima pode ser a aproximação do autor, e que uma conduta como esta apresentada pela vítima não poderia atenuar a ação do autor, muito pelo contrário. Porém, o que aqui merece ser salientado são as idéias de que a vítima sofreu danos psicológicos, e de que o autor se utilizou de uma suposta dependência afetiva e financeira da criança para com ele e correlata segurança de que ela não o denunciaria. Isso porque tais ideias não são ilustradas por informações trazidas pelos envolvidos, ou por outros meios que não as representações do operador do Direito.

8.2.2 A expectativa de que o autor tivesse se dirigido no momento da ação, e em toda a sua vida, pela moral

Em alguns momentos, as representações subjetivas do operador do Direito deixam de ser travestidas de terminologias psicológicas para se apresentar claramente morais. De qualquer modo, aqui serão mencionadas porque dizem de uma certa noção sobre como deveria ser o universo psíquico dos autores de violência sexual.

Insta exaltar [sic] que apesar do problemático histórico desenhado pelo médico [obesidade, plurido [sic] vulvar, hisutismo [sic] (excesso de pêlos), vulva hiperemiada (irritada), corrimento permanente, paciente com depressão] enumerando inúmeras doenças e problemas

de ordem sexual, o Dr. Dorival, obrigatoriamente “possuído por instinto demoníaco”, teria ignorado a tudo e a todos e praticado sexo oral com a Sra. Alessandra, dentro da clínica, ao lado do consultório da Dra. Maria Helena Kreutzfeld, médica ginecologista, sua mulher e sócia na clínica. É deveras repulsivo! [...]. Realmente, não se tem dúvidas quanto à sua instabilidade emocional. (sic). (fl. 376-377) (grifei) (Apelação Cível n. 2010.000240-7, de Joinville Relator: Juiz Henry Petry Junior)

O operador do Direito aqui demonstra suas próprias concepções do que torna uma mulher repugnante (algumas características físicas, que, destaca-se, não são apenas decorrentes de patologia – como obesidade, pelos e depressão). Além do mais, demonstra sua reprovabilidade de que o autor tenha mantido uma relação sexual em local significativamente próximo ao que se encontrava sua esposa no momento. Uma reprovabilidade que, não sendo crime o adultério, parece ser de ordem moral. E, por fim, utiliza a expressão “instinto demoníaco”, sendo fiel ao que parece estar presente em sua construção: valores religiosos.

Talvez o empréstimo que alguns operadores do Direito fazem dos conceitos psicológicos sirva para velar o que o ato que analisam neles mobiliza: sua moral. A moral não poderia ser apresentada tão desnudamente, mas talvez sim por meio de uma vestimenta de técnica e compreensão psicológica.

É pertinente assinalar que as interpretações psicológicas do operador do Direito recaem não apenas na ação do autor, mas também em suas ações anteriores, não relacionadas diretamente ao ato julgado. Talvez até numa tentativa de encontrar antecedentes, mesmo que não criminais, do autor. Talvez numa tentativa de reforçar sua tese sobre autoria e periculosidade.

Na fase judicial, Z. destacou que o acusado apresentava comportamento sexual compulsivo, o que deu maior credibilidade às declarações da ofendida (Apelação Criminal n. 2014.066317-3, de Urussanga Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini)

Soma-se ao contexto dos autos o fato de N. M. já ter sido condenado pela prática de homicídio (Apenso - fls. 38-39), peculiaridade que, em conjunto com depoimentos informando acerca do comportamento agressivo do apelante, bem como da violência intrafamiliar praticada pelo acusado, reforçam a certeza quanto ao cometimento do crime

(Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.019788-4, de Campos Novos Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini)

As noções de que compulsão sexual, homicídio, comportamento agressivo e violência intrafamiliar podem indicar probabilidade de cometer crimes sexuais não apresenta fundamentação técnica (no caso, psicológica). O que nos faz pensar que é uma interpretação fundamentada basicamente em representações do operador do Direito.

8.2.3 Suposições psicológicas sobre o testemunho do autor

Também é possível perceber a significativa liberdade com que o operador do Direito utiliza suas representações em seu trabalho, por meio de “psicologizações”, ao discorrer sobre a versão do autor no sistema judicial. Melhor dizendo, em como o operador do Direito explica e desqualifica a fala do autor.

...o magistrado, na sentença, consignou que “quanto à argumentação defensiva de que a menor aparentava ser maior de quatorze anos, esta não merece prosperar, em face do aspecto infantil da vítima, constatada pessoalmente por este magistrado na audiência para colheita das informações da Desa. Salete Silva Sommariva ofendida” (fl. 227) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2009.023679-8, de São João Batista Relatora: Desa. Salete Silva Sommariva)

Aqui se percebe, porque o operador do Direito possui diferentes representações sobre a aparência de alguém menor de quatorze anos, que a versão do autor é mentirosa. Mas há outras formas de desqualificar a fala do outro, como a que se segue:

...não merece prosperar a tese de que a vítima se insinuava para o acusado, até mesmo porque esta o chamava de “pai” desde pequena, sempre o tratando como tal. É inconcebível que uma criança de 09 (nove) anos venha a se insinuar para aquele que sempre fez as vezes de pai, não sendo plausível que quisesse com ele manter conjunção carnal. E mesmo que a vítima realmente tivesse a intenção de seduzir o acusado, o que não se acredita pelo que acima se expôs, é importante esclarecer que o possível comportamento da vítima voltado para a prática sexual decorre do estímulo precoce, que, no caso, foi iniciado pelo acusado quando a vítima ainda tinha 09 (nove) anos de idade, vindo a engravidar com 12 (doze) anos (Apelação Criminal n.

2009.023254-9, de Guaramirim Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato)

Nesta passagem, por sua vez, percebe-se a tentativa de tornar quase improvável a idéia de que uma criança de nove anos insinue-se sexualmente a quem exercia a função de pai. Além disto, parte do princípio de que uma “insinuação sexual”, além de intencionalmente consciente, sempre tem por intuito a conjunção carnal. E, ainda, apresenta-se uma “explicação preventiva” caso isto eventualmente se comprove, tecendo por si próprio (porque sem informações sobre a vítima, ou entendimentos da Psicologia) a compreensão de que seria manifestação de danos psicológicos decorrentes da violência sexual.

Pelo menos a Psicanálise permitiria pensar que, em alguns casos, é possível que uma criança (de qualquer idade) insinue-se sexualmente (das mais diversas maneiras) a quem exerce a função de pai. E que a sexualidade em questão não teria conotação genital, mas de outra ordem. A Psicanálise, como já abordado em outro momento desta tese, possibilita questionar a noção de que toda violência sexual gera danos psicológicos, partindo do princípio de que tal alegação deveria vir acompanhada do discurso da vítima.

E, por fim, há certa alegação do operador do Direito que se encontra em vários exemplos da jurisprudência. Nela, como se vê a seguir, diz-se que a versão do réu é implausível, não se explicando como se chegou a tal conclusão. E, além disto, há uma interpretação sobre a intencionalidade que o autor teria em apresentar a versão supostamente inverídica. Interpretação que, aliás, é carregada de moral, como, por exemplo, ao se usar a expressão “mero”.

...afora sua duvidosa plausibilidade, apresenta-se desprovida de suporte probatório, não passando, pois, de mero subterfúgio para se eximir da responsabilidade criminal (Apelação Criminal n. 2013.009438-2, de Rio do Sul Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini) (Apelação Criminal n. 2012.069197-0, de Canoinhas Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini) (Apelação Criminal n. 2013.060464-0, de Campos Novos Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini) (Apelação Criminal n. 2013.042668-2, de Braço do Norte Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.081628-3, de Seara Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini) (Apelação Criminal n. 2013.033494-9, de Ituporanga Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini)(Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.023095-7, de Fraiburgo Relator: Des. Subst. Volnei

Celso Tomazini) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.059548-5, de Joinville Relator: Des. Volnei Celso Tomazini)

Nos capítulos 3, 4 e 5 abordou-se como os operadores do Direito referem-se aos autores de violência sexual. No entanto, conforme se constatou especificamente neste item, ao discorrer sobre o autor o operador do Direito estabelece diferentes concepções psicológicas. Sobre estas concepções, é importante dizer que recaem em diversos pontos: sobre como o mesmo agiu no momento da ação, sobre sua vida pregressa e sobre seu testemunho. E, ainda, que estas concepções psicológicas, assim como aquelas sobre a vítima e a testemunha, não se fundamentam em posicionamentos de psicólogos.

8.3 Interpretações psicológicas sobre a revelação pela vítima da violência sofrida

Podemos agora retomar com mais detalhes o que os operadores do Direito falam sobre a vítima, conforme realizado nos capítulos 3 e 5. Porém, o que aqui se destacará é a utilização de terminologias psicológicas em suas alegações. Perceber-se-á interpretações psicológicas, igualmente autônomas, sobre a resposta da vítima ao fato sofrido, com o operador do Direito autorizando-se a discorrer psicologicamente sobre os fatos julgados, sem se remeter a posicionamento de profissional da Psicologia.

8.3.1 As possibilidades de atribuição de legitimidade à revelação da violência sofrida

Neste sentido, essas interpretações justificam, por exemplo, a dificuldade de uma criança revelar o ocorrido.

...qualquer criança constrangida por um parente próximo, que frequenta a sua residência e convive com a sua família, se intimidaria ao escutar prenúncios ameaçadores de que, se não cumprisse o pedido realizado, uma pessoa de sua familiaridade sofreria sérias conseqüências (Apelação Criminal n. 2012.014118-3, de Chapecó Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato)

Considerando a evidente simplicidade da vítima e o fato dela estar em fuga é perfeitamente compreensível que ao buscar socorro com seus vizinhos nada tenha relatado acerca do crime sexual e somente

afirmado que fora agredida pelo apelante. Veja-se que as testemunhas narram a busca de ajuda, porém dizem que não a acudiram, pelo contrário, sequer saíram de sua casa, somente a orientaram a chamar a Polícia mais adiante na vila, posto que não possuíam telefone e, de imediato, para lá ela se dirigiu (Apelação Criminal n. 2014.037459-9, de Chapecó Relatora: Desa. Substituta Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer)

Mostra-se na primeira passagem um entendimento generalizado de que toda criança, ameaçada por parente próximo, reagiria silenciando-se. Como este operador do Direito explicaria uma criança que respondesse diferentemente ao mesmo ato? Talvez apresentando outra interpretação psicológica, mas igualmente baseada especialmente em seu próprio e singular universo psíquico.

Na segunda passagem, por sua vez, a “simplicidade” (não especificada) e o fato de se encontrar em fuga explicaria por que motivo a vítima teria modificado a natureza da violência sofrida (de sexual para física). Conforme se constata, a relação entre a condição de sua fuga e a não revelação da natureza da violência sofrida é respaldada apenas na subjetividade do operador do Direito.

8.3.2 Psicologizações que subsidiam como deve ser o testemunho da vítima

Na mesma discussão sobre como se apresenta o discurso da vítima, pode-se também discorrer sobre algumas concepções a propósito de seu testemunho no sistema judicial. Há algumas passagens nas quais se parte do princípio de que a credibilidade do testemunho da criança dá-se se ela fala ao sistema judicial de maneira convicta e coerente. Logo, se antes o silêncio da vítima para com seus próximos não poderia ser usado para questionar a veracidade da denúncia (pelo contrário), agora, tratando-se da relação da vítima com o sistema judicial, compreende-se o oposto.

...apesar de sua deficiência mental a vítima S.R.F. em nenhum momento titubeou em confirmar as oportunidades em que fora submetidos[sic] aos instintos sexuais de seus algozes (Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2011.086056-5, de Campo Erê Relator: Des. Substituto José Everaldo Silva)

...em ambas as fases, relatou firme e coerentemente como ocorreram os atos libidinosos sofridos (Apelação Criminal n. 2012.014118-3, de Chapecó Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato)

...os depoimentos prestados pela ofendida são firmes e coerentes entre si, não se vislumbrando nenhum elemento indicador de que os fatos tenham sido fruto de suas invenções, ou mesmo de que houvesse algum motivo para tanto (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.016121-5, de Laguna Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas)

...ao que se colhe, nitidamente, da mídia em que foi gravado o depoimento prestado por V.M.N. (fl. 125), não houve qualquer indução, mas a realização de alguns questionamentos, aos quais a vítima respondeu sem titubeio; tendo em diversas oportunidades relatado o modus operandi de S.N., demonstrando indignação com os fatos. Vale ressaltar a sua negação em retornar ao convívio com o pai, este a quem alega, sem dúvida, ter sido o seu próprio algoz (Apelação Criminal n. 2012.032489-7, da Capital Relator: Des. Substituto José Everaldo Silva)

Em relação à última passagem é necessário fazer a observação de que, para além de um discurso “não titubeante” e repetido em várias ocasiões, outro indicio de credibilidade reconhecido pelo operador do Direito é uma suposta “indignação”, que não é especificada. E é igualmente pertinente apontar a interpretação de que o fato de a vítima não desejar retornar ao convívio do autor é indicio de que foi vítima.

É possível também destacar que, na mesma linha desta expectativa de que, ao sistema judicial, a vítima apresente um discurso detalhado, o operador do Direito espera que a capacidade de fazê-lo seja maior que a suposta desonra e vexame que sente em discorrer sobre o assunto.

Diga-se ainda, por necessário, malgrado nos crimes sexuais a palavra da vítima possua relevante força probatória, no registro audiovisual acostado (CD de fl. 214) observa-se um depoimento evasivo da ofendida, oportunidade em que sequer forneceu detalhes da violência sexual supostamente cometida. Daí que, salvo melhor juízo, e sem desprezar o vexame e desonra que assolam as vítimas de crimes sexuais, esperava-se que a ofendida fornecesse na fase judicial o mínimo de elementos necessários para comprovar a veracidade de suas palavras, não um relato repleto de evasivas (Apelação Criminal n. 2012.016784-0, de São Lourenço do Oeste Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini)

...não seria crível admitir que a vítima venha imputar falsamente este crime a terceiros ante o grande efeito vexatório que acarreta à sua moral (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.034257-5, de Jaraguá do Sul Relator: Des. Jorge Schaefer Martins)

Como se percebe na primeira passagem, para além de uma noção genérica sobre o que seja o grau esperado de detalhamento e do que sejam os efeitos apresentados por vítimas de violência sexual (vergonha), surgem gradativamente elementos para desqualificar a palavra da vítima. No caso em questão, primeiramente diz-se que sua fala é carente de detalhes; entretanto, em seguida o fato de seu discurso supostamente evasivo é apresentado como se tratasse da mesma coisa. Parece diferente, em si, responder a perguntas não fornecendo detalhes ou ser evasivo. Então, cabe supor que aqui houve uma compreensão prévia do operador do Direito sobre a inveracidade do discurso da vítima, e aí a busca de diversas comprovações (retiradas de sua subjetividade) de tal tese.

A partir da segunda passagem, tem-se a impressão de que aqui o operador do Direito julga os motivos da fala da vítima da mesma forma que julga as ações de um réu: como justo, torpe, fútil, etc. Talvez por isto se considere apto a alegar que alguém não se diria vítima de violência sexual caso isto não fosse verdade porque certamente se sentiria envergonhada com a reação que sempre a sociedade apresenta de julgar moralmente a vítima. Em outros termos, alegações genéricas e fundamentadas na subjetividade do operador do Direito, e não em algum dado que trate dos envolvidos.

Já na passagem a seguir, a suposta carência de detalhes continua sendo interpretada como indicativo de inveracidade da palavra da vítima, mas é aqui associada ao princípio de que a vítima sempre contaria primeiramente à mãe, e apenas secundariamente a terceiros.

...curiosamente a vítima teria confidenciado os fatos a uma amiga e à mãe desta, mas não teria comentado nada com a sua genitora (f. 12). A mãe da vítima, aliás, já na fase policial aduziu que só veio a saber da denúncia de abuso com a ligação recebida do conselho tutelar local (fl. 12). No mais, algumas contradições fragilizam o tom de acusação, sobretudo porque não dinamiza os fatos. A vítima apenas noticia a relação sexual (coito vaginal, pelo menos em duas ocasiões), sem precisão de fatos ou detalhes, mesmo que mais grosseiros. Além disso, embora tenha afirmado a ausência de violência quando ouvida, à mãe teria afirmado que o pai exigia a prática de sexo mediante

ameaça (fl. 131, verso) (Apelação Criminal n. 2012.016784-0, de São Lourenço do Oeste Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini)

Por fim, nesta mesma passagem pressupõe-se que a vítima contará tudo no sistema judicial (logo, não poderia omitir, por exemplo, o fato de haver sofrido ameaça) e, ainda, acredita-se que todas as vítimas representam ameaça como violência.

Também é pertinente trazer a concepção de que é indicativo de credibilidade o fato da vítima relatar a várias pessoas ou instituições a mesma versão.

...mostra-se pouco plausível que a ofendida tenha inventado e ratificado a ocorrência dos fatos na escola, no Conselho Tutelar, na Delegacia, e em Juízo, simplesmente porque teria sido repreendida pelo acusado, tal como sustentou o réu em sua defesa (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.023095-7, de Fraiburgo Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini)

...mostra-se pouco plausível que a ofendida tenha inventado e ratificado a ocorrência dos fatos com tamanhos detalhes na escola, no Conselho Tutelar, na Delegacia, e em Juízo, simplesmente porque teria sido influenciada, como sustentou o réu (Apelação Criminal n. 2013.033494-9, de Ituporanga Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini)

No mais, todas as pessoas tomaram conhecimento dos fatos por G. K. da mesma forma, sendo inconcebível que pudesse verbalizar diversas vezes o mesmo contexto se tudo passasse de uma invenção (Apelação Criminal n. 2012.080989-0, de Itajai Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho)

Inicialmente cabe destacar que, mesmo se, pelo menos nas duas primeiras passagens, tenha havido o cuidado de tratar como probabilidade a tese apresentada, ela é considerada como aplicável ao caso justamente porque supostamente seria muito provável. Ou seja, considerando uma suposta amostra estatística, já seria suficiente para dizer que, no caso em questão, a “interpretação psicológica” é válida.

No mais, é possível perceber que se utiliza a mesma alegação, fundamentando-a de diferentes maneiras. Por exemplo, nas duas primeiras passagens (que são do mesmo relator), alega-se que a vítima não poderia repetir uma mesma versão a diferentes pessoas caso não tivesse sofrido a violência em questão para questionar tanto a tese de

que ela o teria feito devido à influência de terceiros, como a tese de que ela o teria feito por haver sido repreendida pelo autor. Já na terceira passagem, é dito que seria inconcebível a hipótese de alguém manter uma invenção a diversas pessoas.

Portanto, parte-se do princípio de que alguém nunca repete uma mesma versão sobre os fatos a diversas pessoas, a não ser que ela seja verdadeira. E tal princípio norteia a compreensão do operador do Direito, independentemente dos elementos que casos particulares possam demonstrar.

Encontra-se, também como justificativa da tese de credibilidade do testemunho da vítima, algumas menções a sua idade. Por exemplo, o entendimento de que alguém de nove anos de idade não pode construir uma alegação falsa com determinado objetivo.

...é absolutamente inverossímil a assertiva de que a vítima, repita-se, com nove anos de idade à época dos fatos, tenha arquitetado uma mentira para provocar a prisão do réu para que sua mãe voltasse a conviver com o pai da ofendida (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.041555-8, de Ibirama Relator: Des. Jorge Schaefer Martins)

Fica-se perguntando qual é a métrica utilizada pelo operador do Direito para dizer quais propósitos poderiam mover ou não alguém de determinada idade a apresentar uma versão inverídica sobre um fato. Aparentemente, porque genéricas, tais afirmações parecem se pautar no que o caso mobiliza no próprio operador do Direito. Tanto é que algo semelhante é dito do adolescente:

A assertiva merece especial relevo ao tratar-se de vítima adolescente, incapaz, em regra, de forjar tramas com propósito incriminador. Vale dizer, não sendo seus dizeres apresentados de forma mentirosa ou contraditória, mas corroborados pelos demais indícios e provas e sopesadas possíveis declarações fantasiosas, devem ser considerados como elemento fundamental para a condenação (Apelação Criminal n. 2014.037303-0, de Chapecó Relator: Des. Sérgio Rizelo)

É certo que aqui o operador do Direito não diz, como no caso da passagem anterior (sobre criança), que é impossível a criação de uma história com aquele propósito. Falando do adolescente, o operador do Direito fala que parte do princípio de que o adolescente não criaria uma história objetivando incriminar alguém, mas que tal tese pode ser questionada caso outros elementos dos autos. Pode-se pensar que no

caso de adolescentes há uma certa flexibilidade por parte do operador do Direito nesta concepção de que não mentiriam para incriminar alguém, que levaria a considerar os demais indícios obtidos, mas que no caso de crianças esta idéia é mais rígida.

De qualquer modo, é bastante subjetiva a maneira com que se analisam os demais elementos dos autos, de modo a ratificar ou não a palavra da vítima. Parece, sim, haver uma decisão prévia sobre a credibilidade ou não de sua palavra, e a partir disto é que se analisam os demais indícios.

Para ilustrar como se justifica ser a palavra da vítima insuficiente para a condenação, traz-se um caso no qual se esperava que ela tivesse denunciado a violência, o que, somado ao fato de ela ter como testemunha apenas uma pessoa, demonstraria a inveracidade de sua alegação.

...o que se percebe é a projeção, pela vítima, a partir de uma percepção distorcida e lúdica da liberdade, cuja repreensão do pai revelou-se inconveniente. Ressalvado o seu relato, apenas a filha de I.P. da S. (I.P. de S.) afirmou ter visto o pai da vítima passando-lhe a mão. Mas é algo igualmente pouco crível; afinal, embora tenha relatado na fase indiciária apenas as confidências da amiga, inovou em juízo, revelando na ocasião os novos fatos (fl. 102). Observo, a propósito, que se trata de contexto que sequer mesmo a própria vítima denunciou... (Apelação Criminal n. 2012.016784-0, de São Lourenço do Oeste Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini)

Ao que parece, o operador do Direito convenceu-se da tese de que a menina fez a denúncia de violência sexual no intuito de se vingar do pai, que a estaria reprimindo. E, então, respaldou-se na noção de se esperar que a vítima denuncie a violência, e que a violência tenha testemunhas.

Mais uma vez no intuito de demonstrar como o operador do Direito pode compreender das mais diversas maneiras uma mesma característica de discurso, também encontramos passagens em que ele “comprova” de diferentes maneiras a credibilidade da fala da vítima. Vejamos:

...conforme preconiza Fernando da Costa Tourinho Filho: É de se ponderar, entretanto, que aquele que foi objeto material do crime, levado pela paixão, pelo ódio, pelo ressentimento e, até mesmo, pela emoção, procura narrar os fatos como lhe pareçam convenientes; [...]. Desse modo, sua palavra deve ser aceita com reservas, devendo o Juiz

confrontá-la com os demais elementos de convicção, por se tratar de parte interessada no desfecho do processo. (Processo Penal. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. III, p. 296). A par disso, constata-se a normalidade das pequenas divergências existentes nas declarações em juízo da ofendida, fruto, até mesmo, da confusão gerada pela incomum situação de se ver obrigada por sua mãe a dormir juntamente com um “namorado” que mal conhecia (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2009.023679-8, de São João Batista Relatora: Desa. Salete Silva Sommariva)

...o fato de R. não confirmar que o pai introduzia o dedo em seu ânus quando foi ouvido em Juízo, de modo algum rechaça o valor probante das declarações dadas perante a psicóloga, primeiro porque seria natural que buscasse apagar de sua mente tamanho sofrimento (Apelação Criminal n. 2012.032489-7, da Capital Relator: Des. Substituto José Everaldo Silva)

Por tal motivo, há divergência entre o nome do suposto namorado, pois dificilmente um aspecto periférico como o nome é mantido por longo tempo na memória da pessoa (Revisão Criminal n. 2013.016363-2, de Araranguá Relator: Des. Carlos Alberto Civinski)

Diante da psicóloga policial A.S.T.R., V.M.N. e R.M.N., certamente por sentirem-se à vontade pela ausência de S.N. (Apelação Criminal n. 2012.032489-7, da Capital Relator: Des. Substituto José Everaldo Silva)

Sobre a primeira passagem, vê-se que o parâmetro do que sejam “divergências normais” das declarações em juízo não é apresentado; assim como não é exemplificado com dados do caso o argumento de que a vítima ficou confusa devido ao fato de a mãe obrigá-la a dormir com o autor. Tem-se a impressão de que este parâmetro é essencialmente do operador do Direito em questão.

Em se tratando da segunda passagem, por sua vez, a mudança de versão é explicada como manifestação de uma negação psíquica. Afirmação esta, por sua vez, desacompanhada de relatório psicológico ou noções de bibliografia psicológica.

Já quanto à terceira passagem, chega-se a explicar psicologicamente um esquecimento por meio de entendimentos não explicitados (talvez porque não fundamentados) sobre mecanismos de memória.

Em relação à última passagem, a mudança de versão é explicada por uma suposta menor inibição apresentada pelas vítimas

que, na ocasião, teriam sido entrevistadas por outro profissional (psicólogo, no caso). Percebe-se que a noção de que as vítimas intimidar-se-iam frente ao operador do Direito não é encontrada no discurso de nenhum envolvido, mas apenas no do operador do Direito.

Por fim, encontra-se uma passagem significativamente ilustrativa de como se analisa o mesmo dado (a mudança de versão) tanto como indício de credibilidade, como indício de inveracidade:

A defesa pretende comprovar a suposta fragilidade do testemunho das vítimas pelos seguintes aspectos: I. “A vítima, sempre insegura e claramente induzida pelo parquet, sequer confirmou a versão narrada para a psicóloga, de que a vítima (sic – leia-se ‘réu’) colocava o dedo em sua bunda e a mandava simular relação sexual com o travesseiro, fato grave que, se fosse verdade, certamente seria ratificado em juízo”; II. E o parquet ainda indagou se o Acusado obrigava a vítima V. a se masturbar, o que restou confirmado que NÃO. No entanto, certamente a vítima que fora constrangida a fazer sexo com um travesseiro aproveitaria o ‘gancho’ para relatar o episódio”. Certamente, razão assiste à defesa quando alega que neste momento haveria total possibilidade das vítimas aproveitarem “o gancho” deixado para ratificar parte dos depoimentos prestados anteriormente, consistente na confirmação de R.M.N. de que S.N. introduzia o dedo em seu ânus, bem como de V.M.N. de que era obrigado a simular os movimentos de uma relação sexual com um travesseiro, conforme relatado à psicóloga (fl. 9). Entretanto, nos termos já mencionados, R.M.N. e V.M.N. são crianças, que além de terem sido vítimas de abusos sexuais pelo próprio pai foram agredidas e presenciaram as inúmeras agressões cometidas contra sua mãe, contexto este carregado de um “grande peso”, passível tranquilamente de causar tal reação lacônica nas mesmas. Frisa-se que relataram com acuidade os abusos e agressões na Delegacia, e seus depoimentos prestados em Juízo foram, sim, suficientes para fomentar a decisão condenatória proferida contra S.N (Apelação Criminal n. 2012.032489-7, da Capital Relator: Des. Substituto José Everaldo Silva)

Conforme se percebe, a defesa utilizou-se de um dado para respaldar sua alegação de que a vítima mentia, o qual, por sua vez, também foi utilizado por outro operador do Direito para sustentar sua hipótese de que vítima apresentou uma versão verídica. Cabe ainda alertar para o fato de que ambas as interpretações foram de ordem psicológica; entretanto, sem disporem de relatórios psicológicos ou produções acadêmicas de psicólogos.

Nesta direção de como se analisa a mudança de versão, podemos ilustrar as diferentes decisões sobre quais elementos precisam estar presentes no discurso da vítima e por aqueles que são prescindíveis. Mais uma vez, a fundamentação para isto não se dá a partir do caso em questão, mas a partir da vivência subjetiva do operador do Direito.

...a essência dos fatos é a mesma - seja quanto à autoria, quanto ao local em que consumado, bem como à violência perpetrada para o intento da conjunção carnal. Percebe-se que pela tenra idade da vítima, diante de toda a pressão e, especialmente, porque temia efetivamente à [sic] mãe, a vítima, em princípio, narrou que os fatos haviam ocorrido no período da manhã - enquanto os pais trabalhavam -, porque, certamente, na sua concepção, ao relatar que os fatos teriam ocorrido à noite poderia ser muito repreendida por sua mãe (Apelação Criminal n. 2014.088851-7, de Criciúma Relatora: Desa. Substituta Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer)

Aqui se justifica a mudança de versão da vítima com um receio de a vítima ser repreendida pela mãe, sem deixar margem para dúvida. E se destaca como aspectos que, mantidos iguais em todas as versões, comprovariam a credibilidade da versão da vítima: autoria, local e objetivo da ação. De qualquer modo, a opção por considerar alguns elementos “descartáveis” e outros não, na construção da tese de credibilidade ou não do testemunho da vítima, não é fundamentada sequer em textos jurídicos. Assim, parece haver sido de autoria do operador do Direito em questão.

Também há decisões nas quais se destacamos elementos “descartáveis” como sendo, por exemplo, a quantidade de vezes.

É verdade que nas declarações da menor existe divergência quanto ao número de vezes em que o réu assim procedeu. Contudo, tal se mostra justificável tendo em vista tratar-se a vítima de uma menina de tenra idade, bem como diante do lapso temporal transcorrido entre os fatos e sua oitiva em Juízo (mais de 2 anos), de modo que o pequeno desencontro nos depoimentos não tem o condão de derruir a substância de seus teores, isso é, que efetivamente C. foi abusada sexualmente pelo apelante (Apelação Criminal n. 2012.015371-7, de Ituporanga Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho)

Nesta ocasião, o magistrado justificou sua interpretação a partir de um entendimento seu (porque desacompanhado de relatórios

psicológicos ou produções acadêmicas da Psicologia) sobre como funciona a memória de alguém de “tenra idade”. A propósito, não se sabe a qual faixa etária o operador do Direito em questão aplica tal terminologia.

Cabe ainda apontar, sobre esta mesma passagem, a concepção de que o período maior de dois anos entre o fato e sua oitiva pode explicar a mudança de versões por parte da vítima; concepção esta sem fundamentação. E, por fim, adjetiva-se a divergência de vezes em que se deu uma violência sexual como “pequeno desencontro”, levando-nos a pensar que tal informação, antes até das tentativas do magistrado de explicá-la, seria insignificante. Algo que, pelo menos segundo o Código de Processo Penal, não é de pouca importância. Entendimentos semelhantes ocorrem em outra passagem:

A existência de pequenas contradições entre os depoimentos prestados pela vítima na Delegacia de Polícia em juízo justifica-se pelo longo lapso temporal transcorrido entre as declarações - mais de quatro anos - e não tem o condão de desnaturar o cometimento dos abusos, pois versam sobre fatos periféricos que não interferem na configuração dos abusos sexuais cometidos (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.041555-8, de Ibirama Relator: Des. Jorge Schaefer Martins)

Aqui se considera quatro anos o tempo que justifica uma mudança de versão (compatível com a noção da jurisprudência anterior, na qual se dizia que seria um período maior de dois anos), e se classifica os fatos presentes no discurso da vítima como periféricos e não periféricos, a partir de uma métrica que ao que tudo indica (porque não especificada) encontra-se no operador do Direito.

Pode-se trazer outra passagem que ilustra esta valorização da manutenção de uma suposta “essência” do discurso e as considerações sobre o funcionamento da memória em alguém da idade da vítima que justificariam uma mudança de versão. Nela, constata-se o surgimento de outro elemento: as interpretações do operador do Direito sobre o estado emocional da vítima na ocasião da oitiva para comprovar a credibilidade de seu testemunho.

Sob o crivo do contraditório, embora extremamente constrangida, assegurou conhecer o Acusado e respondeu que ele “mexeu” consigo, sem ter, no entanto, fornecido detalhes acerca dos fatos, postura compreensível diante do constrangimento em ter que lidar com

assunto tão delicado e doloroso. Seus relatos são, na essência, homogêneos, inexistindo qualquer contradição apta a gerar dúvida quanto ao cometimento da conduta delituosa empreendida. Além do mais, a Vítima é uma criança que, quando molestada, contava com 5 anos de idade, razão de lhe faltar maturidade para lidar com a situação, sendo impossível exigir capacidade plena em manter recordações detalhadas do ocorrido ou ainda especificar tais atitudes em uma sala de audiência, na qual se apresentava visivelmente acuada (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.073858-7, de Joinville Relator: Des. Sérgio Rizelo)

Conforme se constata, a ideia de que a vítima encontrava-se constrangida é baseada em alguma leitura que o operador do Direito fez do discurso da vítima, não fundamentada em relatórios psicológicos ou produções acadêmicas de psicólogos sobre o assunto. Isto fica evidente quando se pressupõe que o assunto é, em si, delicado e doloroso. Não há dados do discurso dos envolvidos que demonstram que a violência teria tido tal efeito na vítima. Ao que parece, este foi o efeito trazido pelo caso ao operador do Direito.

Por fim, há a compreensão de que uma versão é crível porque ela foi mantida por longo tempo e porque não haveria motivos para que a vítima apresentasse uma versão inverídica, além dos já mencionados riqueza de detalhes e uma repetição “do que interessa” em todas as ocasiões nas quais teria apresentado a versão.

...muito difícil que a vítima, caso os fatos fossem mentirosos, mantivesse a farsa por longo tempo. Não fosse isso, os detalhes atrelados entre si coincidem no que interessa em todos os depoimentos que prestou, de modo a tornar complicado admitir que a farsa fosse atingir tamanho nível de criatividade e diversidade de atos sexuais, sobretudo quando, insista-se, a defesa não logrou apontar os motivos que justificassem a invenção de tanta mentira, como sustenta (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.001715-6, de São Bento do Sul Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas)

Sobre esta passagem, merece particular menção o fato de o operador do Direito estabelecer uma métrica subjetiva para que a duração de tempo com que uma vítima apresenta certo discurso seja ou não relacionada à sua credibilidade. Aqui, não se menciona as possibilidades de negação do evento sofrido, funcionamento da memória próprio à idade da vítima, manutenção de elementos essenciais do discurso, vergonha trazida por relatar os fatos, etc.

Também merece destaque o fato de o operador do Direito partir do princípio de que pode imaginar todos os motivos que alguém teria para mentir. Algo que, além de genérico, concebe que o humano é dirigido apenas pela consciência. A Psicanálise alertaria para o fato de que, movidos pelo inconsciente, somos singulares; e, portanto, desconhecedores em certa medida de nós próprios e, principalmente, do outro.

Como se vê, os operadores do Direito negam a autoria dos seus posicionamentos, aparentemente porque consideram uma desqualificação o fato de suas falas não virem sempre acompanhadas por textos jurídicos ou, pelo menos, sempre virem acompanhadas por suas subjetividades. Talvez até apropriem-se de maneira tão autônoma de alguns relatórios de outros profissionais (por exemplo, psicólogos) ou de literatura de outros campos do saber quando não encontram maneira de fundamentar suas concepções eminentemente subjetivas em textos (técnicos ou acadêmicos) jurídicos. Parece que precisam legitimar, a partir de uma fala alheia, aquele discurso que é fundamentalmente deles (subjetivo).

Pode-se questionar a concepção que estes operadores do Direito possuem de que é indesejável o fato de que a justiça nem sempre é alcançada via Direito, ou não apenas por esta via. E também se pode dizer, por outra via, que se a lei possui alguma função é justamente a de frear a subjetividade de seu operador. Assim, seria fundamental que o operador do Direito reconhecesse que o protagonista de seu exercício profissional é ele, com sua subjetividade. Contatando sua subjetividade, ele poderia reconhecer quando ela pode ser uma via de reconhecimento de alteridade, e quando ela pode justificar pré-julgamentos, exclusões, seletividades.

Perceba-se que, acima de tudo, o que é necessário é a admissão, pelo operador do Direito, da própria singularidade, o que possibilita não se orientar de concepções generalizantes ao analisar a conduta alheia. A lei serviria precisamente para impedir que a subjetividade do operador do Direito fundamente um tratamento preconceituoso, estigmatizante e estereotipado dos que a ele chegam.

Considerando a multiplicidade de formas com que os operadores do Direito apropriam-se do discurso da vítima, podemos indagar se o sistema judicial de fato protege vítimas de violência sexual, quando se autoriza a interpretar sua fala com tamanha liberdade, a ponto de em alguns momentos serem exigidos detalhes e em outros não, em alguns casos exigir que haja algo além da fala da vítima e em outros

não, em alguns momentos exigir que a vítima narre os fatos ao sistema judicial e em outros não.

8.3.3 A concepção de que crianças e adolescentes não possuem experiência sexual

Pode-se ilustrar de maneira exemplar estas demonstrações de “pan-psicologia” com passagens em que se parte do princípio de que tanto crianças quanto adolescentes não possuem experiência ou informação sexual:

“Criança que expõe todos os fatos, na fase investigativa e judicial, sem entrar em contradição, de maneira clara, segura, relatando o abuso sexual, quando de acordo com outros elementos de prova, tem significativo valor probatório, na medida em que é desprovida de experiências ou informações a respeito de atividades sexuais...” (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.016054-3, de São José do Cedro, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 04-09-2014) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.009243-2, de Blumenau Relator: Des. Jorge Schaefer Martins)

Adolescente que expõe todos os fatos, na fase investigativa e judicial, sem entrar em contradição, de maneira clara, segura, relatando o abuso sexual, quando de acordo com outros elementos de prova, tem significativo valor probatório, na medida em que é desprovida de experiências ou informações a respeito de atividades sexuais (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.009243-2, de Blumenau Relator: Des. Jorge Schaefer Martins)

...relatos de crianças nessa espécie de crime, quando não demonstrado tenham elas sido de alguma forma influenciadas por terceiros, revestem-se de significativo valor probatório, na medida em que o infante é desprovido de experiências ou informações a respeito de atividades sexuais (Apelação Criminal n. 2013.085693-3, de Itapema Relator: Des. Jorge Schaefer Martins)

Não é desconsiderável o fato de, no primeiro trecho, o magistrado haver se fundamentado em jurisprudência anterior e, no segundo (da mesma jurisprudência), haver por conta própria concebido que o entendimento sobre testemunho de crianças vítimas destes casos é o mesmo para adolescentes. Como se vê, realmente não é a vítima quem fala. Resta-nos, por fim, perguntar-nos como lidariam com crianças e adolescentes vítimas que tivessem conhecimento e/ou experiência

sexual (o que inclusive pode ser um sinal de trauma desencadeado por um ato sexual). Ao que se constatou até agora, de acordo com o seu interesse de legitimar ou não sua fala, encontrariam em si alguma fundamentação psicológica.

É pertinente trazer, na mesma direção, uma passagem na qual o operador do Direito manifesta a idéia de que uma criança de seis anos não possui conhecimento sobre sexualidade, sem fundamentar tal afirmação a partir do discurso da criança ou de alguma bibliografia psicológica ou relatório psicológico. A propósito, pode-se indagar a que faixa etária pode-se atribuir o adjetivo “tenra”, posto que, ao que parece, tal característica é imputada a crianças de diferentes idades.

In casu, há que se considerar a idade da ofendida – 6 anos – sob dois aspectos. Apesar de tenra idade, demonstrando não ter muito conhecimento sobre sexualidade, é possível que lhe seja atribuída certa credibilidade, porquanto já capaz de discernir determinados atos que fogem à normalidade. Tudo, evidentemente, se em harmonia com a direção apontada pelos elementos probatórios. Ela narrou com detalhes o ato sexual, em linguajar infantil, sendo muito improvável que fantasiasse e mantivesse a mentira durante tanto tempo (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.028193-7, de Brusque Relator: Des. Leopoldo Augusto Brüggemann)

Como podemos perceber, aqui também se retoma alguns aspectos já discutidos anteriormente: a expectativa de um quantum de detalhes não especificado, a adjetivação de “infantil” a um certo discurso sem especificar ou fundamentar tecnicamente o que seria esperado numa fala de criança, a noção de que uma mentira não seria mantida por muito tempo (novamente, concepção que parece advir unicamente das representações do operador do Direito, a começar pelo fato de não especificar o que seria um tempo significativo). No entanto, aqui surge algo novo nesta tentativa de se convencer ou não da credibilidade do testemunho da criança: a definição de que credibilidade depende da capacidade de diferenciar o normal do anormal. Conceitos de normalidade, anormalidade, capacidade de diferenciar um do outro, que, sem receio de me tornar repetitiva, não são definidos.

De maneira semelhante, percebe-se que o operador do Direito autoriza-se a construir por própria conta algumas ideias psicológicas, como aquela de que determinadas vítimas não poderiam confundir a natureza do ato que sofreram “pela diferença básica entre um e outro”. Em outros termos, sem explicar por que motivo, no caso em questão,

não poderia haver uma dificuldade em confundir duas representações sobre um mesmo ato.

...mesmo diante de tal rotina, nada, absolutamente nada justificaria os atos praticados pelo apelante nas vítimas, sendo inadmissível conceber a possibilidade de R.M.N. e V.M.N. confundirem uma singela higienização com a prática de atos libidinosos, e diz-se isso não só pela diferença básica entre um ato e outro, mas em especial pelo interesse demonstrado pelo réu em obter a ereção das vítimas⁷⁷ (Apelação Criminal n. 2012.032489-7, da Capital Relator: Des. Substituto José Everaldo Silva)

8.3.4 A credibilidade da palavra da vítima como uma decisão anterior a sua escuta

Um ícone desta “pan-psicologização” também parece ser a credibilidade da palavra da vítima justificada por si só, como se constata nas seguintes passagens:

...a sinceridade das declarações da vítima se coadunam com as demais provas testemunhais colhidas durante a instrução, das quais se extrai a segurança necessária para manutenção do decreto condenatório (Apelação Criminal n. 2014.055232-0, de Santa Rosa do Sul Relator: Des. Ernani Guetten de Almeida)

Constata-se que, para além de estar acompanhada por outros elementos do conjunto probatório, a fala da criança é tida por “sincera” sem justificativa. Algo como ela ser considerada sincera por haver sido sincera.

Até o momento, abordou-se que a fala da vítima é considerada crível ou não, e suficiente ou não para a compreensão dos fatos, devido a um convencimento (ou não) por parte do operador do Direito. Convencimento este prévio à própria análise do discurso dos

⁷⁷A concepção de que o réu intencionava causar ereção nas vítimas poderia ser analisada em momento posterior, na qual se tratará as interpretações psicológicas que o operador do Direito faz da conduta do réu, sem se respaldar em relatórios psicológicos, ou mesmo bibliografia da área. No caso em questão, o que é narrado dos fatos é que, em resposta ao ato do autor, as vítimas apresentavam ereção. A leitura de que os efeitos trazidos às crianças espelham os objetivos do autor é de autoria única do operador do Direito.

envolvidos, porque respaldado basicamente na subjetividade do operador do Direito.

Para encerrar esta discussão, ilustra-se o ponto a que chega a liberdade de interpretação do operador do Direito sobre o discurso alheio a partir de uma passagem de como este operador interpreta uma suposta linguagem corporal da vítima.

“primeira impressão registrada é o largo sorriso no rosto da criança durante todo o depoimento. Aquele sorriso de quem parece estar aprontando alguma coisa. E esse aprontar nada mais é do que mentir em juízo obrigado por sua genitora, sem saber, é claro, da consequência de seus atos” (fl. 316) (Apelação Criminal n. 2012.032489-7, da Capital Relator: Des. Substituto José Everaldo Silva)

Parece que o signo desta apropriação maciça que o operador do Direito faz do discurso da vítima, para nele reconhecer o que está em sua própria subjetividade, é a leitura não verbal do discurso da vítima. Como se, caso lhe seja muito árduo projetar suas questões psíquicas em dados escritos ou falados do caso (que, como se viu até aqui dá-se de múltiplas maneiras), ele se socorre no corpo da vítima.

8.4 Interpretações psicológicas sobre os efeitos da violência sexual

Continuar-se-á demonstrando que se encontra na jurisprudência pesquisada exemplos de como as discussões dos operadores do Direito são sustentadas basicamente em suas concepções subjetivas, e que isto se dá exemplarmente por meio de construções psicológicas. Porém, aqui se focará em como isto se dá quando discorrem sobre os efeitos da violência sexual, o que não deixa de guardar relação com as representações sobre a conduta do autor, acima apresentadas. Novamente, portanto, se retornará ao que os operadores do Direito falam da vítima (como já realizado nos capítulos 3 e 5), mas o que se ressaltará é o uso de terminologias psicológicas de forma autônoma.

A duração do abuso tem grande relevância. Quanto mais cedo a criança for exposta à violência, maior o risco de que as seqüelas sejam irreversíveis. Como conseqüências da violência, a longo prazo, identifica-se quadros de depressão e tristeza, tentativas de suicídio, contatos sexuais desviantes, do tipo prostituição e homossexualidade, deterioração da auto-estima e da apreciação de si, incapacidade de confiar nas pessoas, o uso de álcool ou drogas, incapacidade de

formar vínculo sexual e marital satisfatório e sintomas psicossomáticos e o Transtorno de Estresse Pós-Traumático (Medicina legal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 207 e 208) (grifo nosso). (Apelação Criminal n. 2009.021371-4, da Capital Relator Designado: Des. Jorge Schaefer Martins)

A trajetória e os efeitos da violência sexual doméstica, sobretudo, quando praticada contra os filhos, perfazem o circuito previsível e perverso desse tipo de agressão, que, no mais das vezes, manifesta-se, exatamente, pelo comportamento libertino adotado pela vítima, como forma de externar os valores morais deformados e afrontar àqueles pelos quais foi agredida (Revisão Criminal n. 2013.016363-2, de Araranguá Relator: Des. Carlos Alberto Civinski)

As apeladas, em seus depoimentos na ação criminal, relataram abusos sexuais contínuos, que perduraram por anos, acompanhados de ameaças, chantagens emocionais e presentes. As vítimas cresceram com um referencial totalmente equivocado da figura paterna, que, ao invés de proteger, agrediu. Não há dano moral mais grave que esse (Apelação Cível n. 2014.075634-4, de(a) Chapecó Relatora: Des. Hildemar Meneguzzi de Carvalho)

...o reflexo destes atos, como não poderia deixar de ser, ficou registrado nas pobres vítimas, de modo que R.M.N. ao tomar conhecimento da aproximação do pai ficava com seu pênis ereto, e o escondia entre as pernas para que S.N. não tivesse acesso, além de demonstrar agressividade na escola, como relatado por sua educadora, enquanto V.M.N. apresentava dificuldades de aprendizagem e teve que ser submetido a tratamento psicológico (Apelação Criminal n. 2012.032489-7, da Capital Relator: Des. Substituto José Everaldo Silva)

...posteriormente a isto a pequena Vítima “passou a acordar chorando”, não importando “se fosse dia ou noite”, e que “antes disso ela não era sim [sic], ela levantava sozinha”, o que efetivamente confirma o trauma sofrido pela Ofendida (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.073858-7, de Joinville Relator: Des. Sérgio Rizelo)

Colhe-se do voto relator: “Pelo contrário, com acuro e sensibilidade, extrai-se dos autos que o comportamento da vítima espelha, na verdade, o resultado das sevícias sexuais sofridas, e se manifesta através do desvirtuamento da percepção da realidade e da pungente carência que demonstra, quando se vê confrontada com os sentimentos de rancor e ódio, por aqueles que deveria amar” (Revisão

Criminal n. 2013.016363-2, de Araranguá Relator: Des. Carlos Alberto Civinski)

Na primeira passagem, concebe-se que necessariamente a violência sexual é mais grave tanto mais cedo ela ocorreu, porque a probabilidade de elaborá-la psiquicamente seria tão menor quanto mais nova é a vítima quando foi violentada. Também se lista as manifestações das chamadas “seqüelas”, dentre as quais cabe menção a compreensão de que prostituição e homossexualidade são “contatos sexuais desviantes” e a imprecisão com que trata as expressões “vínculo sexual e marital satisfatório”. Sobre isto, a primeira pergunta a ser feita é: do ponto de vista de quem se analisará se os ditos vínculos são satisfatórios ou não.

Em se tratando da segunda passagem, estabelece-se uma leitura genérica sobre efeitos de violência sexual, especificamente a doméstica e especialmente a dirigida aos filhos. Além disto, e ainda sem respaldo em falas dos envolvidos ou em produções acadêmicas e relatórios psicológicos, estas situações são classificadas como de ordem perversa, sem definir tal conceito. Por fim, adjetiva-se com a mesma margem de liberdade determinados comportamentos da vítima (que seriam “libertinos”), bem como se interpreta seus sentidos (seriam manifestações de valores morais deformados e do desejo de contrariar os autores).

Já na terceira passagem, cabe salientar não haver descrição dos indícios de que as meninas supostamente teriam crescido com um referencial equivocado da figura paterna. A Psicanálise nos alertaria para o fato de que o pai da realidade não necessariamente é o pai que elas construirão psiquicamente. E, assim sendo, que o prejuízo desta função psíquica (o pai) deveria ser constatado ou não a partir da escuta das meninas.

Quanto à quarta passagem, por sua vez, o operador do Direito interpreta psicologicamente as manifestações físicas e comportamentais apresentadas pela vítima frente à possibilidade de sofrer a mesma violência pelo mesmo autor, narrando-as como indicativas da ambivalência de afetos que sente pelo autor. E, também, interpreta como sintomática a dificuldade de aprendizagem e o correlato encaminhamento a tratamento psicoterapêutico. Afirmções todas desacompanhadas de relatórios psicológicos ou conhecimentos de obras acadêmicas sobre psicologia.

Na quinta passagem, o operador do Direito reconhece por conta própria como indicativos de que a violência sofrida foi traumática porque a vítima, depois dos fatos, passar a acordar chorando e não mais acordar desacompanhada (algo que não é suficientemente explorado na jurisprudência em questão).

Em relação à última passagem, constata-se uma explicação psicologizante do fato de a vítima não haver se afastado do autor, mas, pelo contrário, procurá-lo. Em suas considerações sobre os sentimentos da vítima, o operador do Direito não se remete à fala dos envolvidos, ou a produções acadêmicas de psicólogos ou relatórios psicológicos.

8.4.1 Noções psicológicas sobre reparação da violência sexual

Também pode ser encontrada uma autonomia significativa dos operadores do Direito ao discorrerem sobre os efeitos psicológicos da violência sexual; particularmente, quando abordam como se poderia minimizar ou agravar tais efeitos.

...não é o caso de se acolher a manifestação ministerial para que o direito de visitas seja mantido todas as quartas-feiras mediante supervisão por equipe interdisciplinar (fl. 144) - o que já seria, sobremaneira, dificultoso -, tendo em vista que ainda não se sabe a verdade sobre a condição de risco a que se submete a criança, não somente do ponto de vista físico, mas igualmente psicológico, pois se ela foi, de fato, submetida a tal situação nefasta, a proximidade do genitor, como já registrado neste decisum, não lhe trará nenhum benefício, ao menos momentaneamente (Agravado de Instrumento nº. 2013.012065-6, da Capital Relator: Des. Gilberto Gomes de Oliveira)

...não é o caso de se acolher a manifestação ministerial para que o direito de visitas seja mantido semanalmente mediante supervisão por equipe interdisciplinar (fl. 225) - o que já seria, sobremaneira, dificultoso -, tendo em vista que ainda não se sabe a verdade sobre a condição de risco a que se submete a criança, não somente do ponto de vista físico, mas igualmente psicológico, pois se ela foi, de fato, submetida a tal situação nefasta, a proximidade do genitor, como já registrado neste decisum, não lhe trará nenhum benefício, ao menos momentaneamente (Agravado de Instrumento nº. 2013.036282-1, da Capital Relator: Des. Gilberto Gomes de Oliveira)

Podemos perceber que não apenas se considera suficiente a própria interpretação de que o ato foi “nefasto” para afirmar que a

vítima apresenta danos psicológicos, como também se posiciona no sentido de que a visita ao autor não traria qualquer benefício neste momento à vítima. Concepções psicológicas que, mais uma vez, são realizadas de maneira genérica (porque sem virem acompanhadas de informações sobre a vítima em particular), bem como sem fundamento em relatórios psicológicos ou bibliografia deste campo do saber. Tanto é que a mesma construção do operador do Direito é usada para falar de dois casos.

8.5 Psicologizações sobre vulnerabilidade

Cabe igualmente discorrer sobre as explicações psicológicas a propósito de fatores que tornariam vítimas vulneráveis à violência sexual, realizadas autonomamente por operadores do Direito. Melhor dizendo, como se autorizam a construir tais explicações sobre vulnerabilidade recorrendo unicamente a suas representações psíquicas. Senão vejamos:

...incentivado pelos inúmeros presentes e pelo auxílio, com os estudos e com as necessidades básicas, que recebia de L.C., aliado à evidente desestrutura familiar que tinha, o ofendido passou a considerar normal aquele contexto em que viveu por vários anos (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.001097-7, de Itajaí Relator: Des. Sérgio IzidoroHeil)

Essa falsa percepção da realidade pela ofendida decorria do seu cenário familiar, composto por agressões cotidianas, pela educação rígida que lhe era imposta, e pelo próprio comportamento destemperado do apelante, conforme demonstraram as testemunhas ouvidas em ambas as fases procedimentais. Em outras palavras, é improvável que uma menina recatada, obediente, que vivia enclausurada em sua humilde moradia, fazendo o papel de “mulher da casa”, pudesse ter noção de toda situação indigna que lhe envolvia, motivo pelo qual acreditava ser normal manter relações sexuais com seu próprio pai (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.019788-4, de Campos Novos Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini)

Na primeira passagem, a ideia de que os presentes e os auxílios do autor para a vítima tornaram-na mais vulnerável, bem como a noção de “desestrutura familiar” e de que a vítima considerava normal a violência sexual não vem acompanhada de informações sobre o caso,

nem relatório psicológico ou bibliografia psicológica. Em nenhum momento da jurisprudência em questão há menção a produções técnicas ou acadêmicas da Psicologia (por exemplo, sobre o que seria uma desestrutura familiar), e não se sabe onde se baseou o operador do Direito para as afirmações de que o sujeito representava a violência sexual como normal e de que ele se tornou (mais) vulnerável a partir dos presentes.

Já na segunda passagem, há explicações tanto psicológicas como morais (perceptíveis nas noções de “recato” e “indignidade”) para que a vítima não tivesse revelado a violência sofrida. Talvez até a possibilidade de trazer conjuntamente compreensões psicológicas e morais advenha do fato de o operador do Direito não se respaldar em relatórios psicológicos ou produções acadêmicas de psicólogos.

Da mesma maneira, quando o operador do Direito analisa informações do caso como indicativas ou não de que a vítima sofreu violência sexual, chama atenção como ele as interpreta psicologicamente sem respaldo em posicionamentos de psicólogos. Isto é o que parece ocorrer, por exemplo, na passagem abaixo:

...como bem salientado pelo douto Procurador de Justiça à fl. 196, “[...] o Diário escrito pela Vítima e suas colegas de escola, acostado aos autos, por mais que se admita como forma de prova, não traz elementos para corroborar a tese defensiva. Trata-se de escritos normais para uma criança/adolescente, nos quais relata de forma infantil algumas vivências, breves atrações comuns à idade, além de poesias infantis, nenhuma delas demonstrando cunho libidinoso” (Apelação Criminal n. 2009.023254-9, de Guaramirim Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato)

Constata-se uma compreensão do que sejam escritos esperados para crianças e adolescentes, do que sejam atrações típicas destes sujeitos, bem como de haver ou não cunho libidinoso nas palavras produzidas pela vítima. Tudo isto sem apoio, cabe mais uma reiterar, em obras acadêmicas psicológicas ou relatórios psicológicos produzidos sobre o caso.

8.6 Interpretações psicológicas sobre indícios de violência sexual

Analisando o que se denomina “formas de reconhecimento” da violência sexual, encontra-se uma lista de sinais apresentados como universais. Logo, pode-se indagar se falar genericamente sobre os

efeitos da violência sexual não é tão fundamental aos operadores do Direito porque é a partir deles que constataam ou não a existência da violência sexual. A lista seria:

A violência psicológica a que se sujeita a vítima é permanente. Ocasiona ansiedade, o que a leva a evitar falar do abuso, pois com isso se esquiva dos estímulos que geram a ansiedade. Ela é pega de surpresa, surgindo o questionamento de quando foi que tudo começou. Com vergonha de contar o que aconteceu, vem o sentimento de culpa de, quem sabe, ter sido conivente. Teme ser acusada de ter seduzido o agressor, ser questionada por que não denunciou antes. [...] Trata-se de uma experiência traumática, em que a vítima se vê sem possibilidade de proteção, presa a uma posição passiva. A cena traumática repete-se como um eco. Talvez o dado que gera maior revolta é o fator surpresa, pois a vítima só toma consciência de estar sendo vítima de um crime depois de ele já se ter consumado. (DIAS, Maria Berenice. Incesto e o mito da família feliz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 160/162).

Neste aspecto, determinada discussão psicanalítica sobre violência caminha na mesma direção. Como já se viu em outro momento desta tese (quando se diferenciou agressão de violência), uma contribuição provinda do campo da Psicanálise é a de que é a vítima que pode nos dizer se houve ou não violência. Porém, o Direito procura estabelecer concepções genéricas sobre tais efeitos, talvez porque assim seja possível substituir a fala dos envolvidos pela fala do operador do Direito. Por meio de uma suposta proteção da vítima, abstém-se de escutá-la a respeito do que ocorreu. Por meio de uma suposta garantia de direitos, o operador do Direito priva a vítima do direito de ser o principal personagem do teatro judicial.

Este discurso genérico sobre os efeitos da violência sexual sobre a vítima pode ser resumido nestas palavras:

A violência sexual doméstica, especificamente a incestuosa, além de causar um enorme desgaste emocional para as vítimas, gera graves consequências físicas e emocionais, a curto e longo prazo (Apelação Cível n. 2014.075634-4, de(a) Chapecó Relatora: Desa. Hildemar Meneguzzi de Carvalho)

E é isto, talvez, um dos pontos em que tais campos de saber divergem: a Psicanálise nunca se propõe a falar por alguém. Nem por uma vítima. Desde seu surgimento, a Psicanálise fundada por Freud

reconhece-se, independente de suas diferenciações com o passar do tempo e partir de diferentes autores, que seu método de tratamento e teorização estabelece-se na fala do sujeito em questão. Daí que, por exemplo, um marco definidor da Psicanálise foi quando Freud abandonou a hipnose e chegou à associação livre.

Já o Direito, parece autorizar-se a falar em nome do sujeito. Em casos de crimes sexual em particular, porque neles raramente há provas materiais e testemunhas. Logo, tem-se o discurso da vítima e do autor. E, como se procura em primeiro lugar punir e não restaurar o dano sofrido, conta-se com o discurso da vítima para constatar a existência da violência. Nesta direção, o operador do Direito fala pela vítima, caso ela não colabore com sua tese. Na jurisprudência pesquisada, encontra-se inclusive um momento no qual o operador do Direito fala pelo psicólogo:

...o fato de o Relatório Situacional (fls. 50/52 dos autos de origem) ter atestado que a vítima teria conseguido “naturalmente superar seus traumas” não faz desaparecer a gravidade concreta do ato perpetrado pelo requerente - tanto que, no mesmo documento antes referido, consignou-se, de igual forma, que a vítima apresentava dificuldades de comunicação ao falar sobre os fatos, relatando-os timidamente (Revisão Criminal n. 0158561-94.2014.8.24.0000 Relator: Desembargador Paulo Roberto Sartorato)

O operador do Direito, aqui, interpreta psicologicamente por conta própria um dado apresentado num relatório psicológico, inclusive para discordar da conclusão a que chegou o profissional que produziu o dito relatório. Talvez este seja um ícone de como o operador do Direito autoriza-se a discorrer sobre Psicologia nos casos de violência sexual, conforme aqui se procurou ilustrar com as variadas maneiras com que discorrem sobre os casos, e de uma forma independente do caso inclusive.

8.7 Considerações psicológicas sobre a melhor resposta frente à violência sofrida

Em se tratando de suas concepções sobre efeitos de violência sexual, como já vimos até aqui, o Direito autoriza-se a falar por todos

(vítimas, autores, testemunhas), inclusive sobre todos os psiquismos⁷⁸. É pertinente também abordar, ao lado desta discussão sobre como é fundamental ao Direito os efeitos da violência sexual (porque é a partir deles que se convencem da existência ou não da violência), como a idéia de como o dano moral, e sua reparação, é construída nestes casos de violência sexual. Como se verá, também parece se sustentar eminentemente na subjetividade do operador do Direito.

Não se está aqui cogitando que um valor em pecúnia, seja ele qual for, será capaz ou suficiente para reparar os danos psíquicos sofridos pela autora. Todavia, presta-se a minimizar a dor; atuando como a “punição” esperada pela vítima e pela sociedade como um todo, visto a gravidade dos atos praticados e sua repercussão (Apelação Cível n. 2010.000240-7, de Joinville Relator: Juiz Henry Petry Junior)

A violência sexual sofrida enseja, pela gravidade do dano e pelo grau de culpabilidade, servindo para amenizar a dor sem, contudo, propiciar enriquecimento ilícito (Apelação Cível n. 2008.033617-4, de Xanxerê Relator: Des. João Henrique Blasi)

Inicialmente, parte-se do princípio de que a violência sexual gerou danos psicológicos significativos, sem especificação a partir de informações sobre as vítimas. Ademais, concebe que a vítima e a sociedade amenizariam sua dor com a punição do autor, mais uma vez sem trazer a fala de nenhum dos envolvidos. Fica-se com a impressão, portanto, de que a compreensão de ser a violência sexual sempre traumática e que a punição reparará a dor são do operador do Direito.

Há, é fato, algumas passagens em que se reportam a falas dos envolvidos para justificar sua concepção segundo a qual a vítima deseja a punição. Porém, parece haver uma liberdade significativa na tradução desta fala.

...verifica-se nas declarações prestadas pela vítima (fl. 9), perante as autoridades policiais, de que tencionava a responsabilização do autor dos fatos pelo delito cometido, uma vez que afirmou “que não gosta de

⁷⁸No entanto, isto também se dá quando falam de efeitos de outras ações; por exemplo, a dele própria. “Retirar as menores do lar acarretaria danos irreparáveis, principalmente em razão da sobrecarga emocional da filha do casal em razão de tota [sic] trajetória vivida até a presente data (Agravo de Instrumento n° 2015.041110-6, de Mafra Relator: Des. Gilberto Gomes de Oliveira).

Luis Carlos Padilha, tem nojo dele” (fl. 08) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2009.023679-8, de São João Batista Relatora: Des. Salete Silva Sommariva)

Na colocação em questão, a vítima dizer que não gosta do autor, e que dele tem nojo, é lida como se ela desejasse que ele sofresse uma punição. Também há uma significativa margem de liberdade na tradução de alguns comportamentos apresentados pela vítima como sendo ou não indicativos de dano moral, porque sem qualquer fundamentação técnica ou acadêmica da Psicologia:

...a autora não sofreu dano moral, seja por ter reconhecido em mensagens a falência da sociedade conjugal, antes mesmo de sua constituição, seja por ter mantido sua vida social de forma ativa, sem demonstrar qualquer traço de humilhação ou sofrimento exacerbado... (TJRJ. Apelação Cível n° 0001323-55.2007.8.19.0207, Relatora: Des. Helda Lima Meireles, j. 01/02/2011) (Apelação Cível n° 2011.064923-9, de Santa Rosa do Sul Relator: Des. Luiz Fernando Boller)

8.8 Psicologizações sobre a fala da testemunha

Como pudemos ver, a interpretação de comportamentos da vítima como indicativos ou não de dano moral depende de uma decisão do operador do Direito, da mesma forma depende dele a interpretação quanto à pertinência da resposta judicial. A partir de agora, destacar-se-á como isto é feito a partir do manejo, pelo operador do Direito, do discurso da testemunha, quando ela discorre a propósito do comportamento da vítima no momento da ação julgada.

...merece atenção especial o boletim de ocorrência n. 22/2010, no qual consta que I. P. “joga papéis em frente à casa do declarante, com desenhos que simulam os [sic] órgão sexual masculino e feminino, bem como relações sexuais” (fls. 346-350/350), o que indica que a testemunha I. P. não se tratava de uma pessoa equilibrada, circunstância que eleva a possibilidade de que tenha ocorrido falsa delação criminosa contra o apelante. De mais a mais, a linguagem utilizada pela suposta vítima não condiz com a de uma criança de 12 (doze) anos de idade. Nesse particular, consta no depoimento judicial de sua amiga E. P., ao relatar a primeira relação sexual descrita pela ofendida, que “na ocasião, o acusado teria assistido um filme pornográfico com ela, então ela teria dito ‘pai, estou com vontade’” (fl. 101). Frisa-se, novamente, sobressai inviável acreditar no

depoimento de E. P., sendo pouco provável que uma menina, até então virgem, tenha assistido um filme pornográfico com seu pai e tenha ficado, conforme o relato transcrito, com vontade de manter relações sexuais com seu próprio genitor; o que fomenta a dúvida que milita em favor do apelante (Apelação Criminal n. 2012.016784-0, de São Lourenço do Oeste Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini)

Nesta passagem, há uma tentativa de desqualificar a versão sobre as circunstâncias da ação apresentada pela testemunha, interpretando um comportamento por ela apresentado como indicativo de “desequilíbrio”, e que tal desequilíbrio poderia explicar uma denúncia caluniosa. Ademais, também se pressupõe que uma menina virgem não poderia ter vontade de manter relações sexuais, e que uma menina não poderia ter vontade de manter relações sexuais com seu genitor. Também o operador do Direito, na mesma intenção de desqualificar a palavra da testemunha, autoriza-se a tecer interpretações sobre a linguagem própria a um sujeito de doze anos (tema que não parece ser de estudo da área do Direito)⁷⁹.

A Psicanálise fundada por Freud traçou caminhos diversos com o tempo, e com as contribuições de diferentes autores. Entretanto, independente de suas especificidades, manteve como pilar o conceito de inconsciente, e, portanto, o da singularidade dos casos. Sendo assim, a Psicanálise poderia nos alertar no sentido de que cada uma destas interpretações deveria se pautar em considerações ao caso em particular, e não em pré-concepções genéricas, devido justamente ao risco de que tais concepções digam mais de quem delas parte do que de quem elas pretendem dizer.

Na mesma jurisprudência, e sobre a mesma testemunha, também se diz:

Não bastasse isso, sobre I. P. pesam inúmeras ações penais, tais como, por dano, ameaças, agressões ao próprio filho (fls. 293-390), tendo a referida testemunha já sofrido, inclusive, internação compulsória por esquizofrenia (fl. 395), de modo que suas palavras devem ser sopesadas com cautela (Apelação Criminal n. 2012.016784-0, de São Lourenço do Oeste Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini)

⁷⁹ Algo semelhante se dá na passagem em que o operador do Direito faz relatos ingênuos sobre os fatos, tendo em vista a ausência de vocabulário sexual para tanto (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.028193-7, de Brusque Relator: Des. Leopoldo Augusto Brüggemann).

Parece plausível que os fatos anteriores acima descritos sejam analisados com cautela. Entretanto, tal cautela poderia ser exercida solicitando o posicionamento de um psicólogo a respeito da possibilidade, no caso em questão, de tais elementos estarem relacionados ao ato que está em julgamento. Assim mencionados, sem a análise psicológica por um profissional da área, são interpretados livremente pelo operador do Direito. Ficam aos cuidados apenas deste profissional, com sua subjetividade, para falar de outra área que não a dele e sem apoio em posicionamentos técnicos ou acadêmicos.

Observa-se que esta apropriação do discurso da testemunha pelo operador do Direito depende de quem é a testemunha. Mais especificamente, que ao discurso da testemunha é atribuída ou não credibilidade dependendo de algumas de suas características. E estas características parecem variar a cada caso. Há, por exemplo, aqueles dos quais se exige serem precisos, imparciais, verossímeis e associados ao conjunto probatório, critérios que, por si só, são subjetivos.

...não deve ser levada em consideração o testemunho de V. mãe da vítima e atual companheira do réu, por ser absolutamente vago, parcial, inverossímil e dissociado do contexto probatório (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.041555-8, de Ibirama Relator: Des. Jorge Schaefer Martins)

A desqualificação do discurso da testemunha também é feita pelo viés moral, como se percebe nas passagens abaixo:

A mãe da vítima, num misto de sentimentos de dúvida e perplexidade, na tentativa vã de proteger seu companheiro (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.028193-7, de Brusque Relator: Des. Leopoldo Augusto Brüggemann)

...este relato do médico coaduna-se perfeitamente com a versão apresentada pela mãe da vítima na Delegacia, às fls. 16-17, o que leva à inegável conclusão de que Aline de Lima Miranda, genitora da ofendida, em juízo, omitiu propositalmente informações e modificou o relato dos fatos, tudo a fim de tentar inocentar seu companheiro (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.028193-7, de Brusque Relator: Des. Leopoldo Augusto Brüggemann)

Vê-se que o operador do Direito estabelece interpretações ditas inquestionáveis sobre a intencionalidade de mudanças de versões por parte da testemunha. Há também os casos nos quais este profissional

estabelece compreensões psicológicas sobre a relação da vítima para com a testemunha.

...não podia a vítima confiar na própria mãe porque esta encobria e ainda tenta encobrir os atos do denunciado, a ponto do mesmo ter sido preso e condenado anteriormente, justamente por ter cometido estupro contra a irmã mais velha, da vítima, G. da S., e apesar disso ter a mãe retornado a convivência [sic], ainda que por tempo, com o denunciado (Apelação Criminal n. 2013.009438-2, de Rio do Sul Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini)

Na passagem acima, é interpretação do operador do Direito de que a vítima não confiava na testemunha. Fica evidente, aliás, que tal interpretação fundamenta-se na leitura que ele, operador do Direito, faz da conduta do autor. Talvez uma projeção de suas vivências psíquicas, mobilizadas a partir da conduta da testemunha, na vítima. Algo semelhante encontra-se na passagem abaixo:

...é de se pôr em dúvida o relato prestado pela avó da vítima, uma vez que a mesma, além de ser conivente com a situação, depende economicamente do acusado, tendo, inclusive, voltado ao convívio do agressor (Apelação Criminal n. 2012.088237-5, de Chapecó Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato)

Aqui se destaca uma suposta convivência da testemunha para com os atos ocorridos, fundamentada na dependência financeira do autor pela testemunha, que voltou a conviver com ele após a denúncia. Há que se questionar sobre esta associação entre os fatos, e sua interpretação. Porém, isto só seria possível se o operador do Direito trouxesse elementos do caso para sustentar sua afirmação.

8.9 A desqualificação por parte dos operadores do Direito de outros campos do saber

Por fim, cabe explicitar que a grandiosidade atribuída pelo operador do Direito a suas representações subjetivas sobre os fatos por ele tratados não faz com que desconsidere os entendimentos da Psicologia e dos próprios envolvidos no caso. Mas faz com que desconsidere inclusive, por exemplo, os conhecimentos médicos.

...as mordidas nos seios supostamente realizadas pelo réu contra a vítima não estão a merecer reconhecimento, pois tanto a tia da vítima

como a genitora em nenhum momento relatam que teriam verificado qualquer sinal no corpo da vítima, e não se pode negar que eventuais mordidas teriam deixado marcas por algum tempo (Apelação Criminal n. 2009.021371-4, da Capital Relator Designado: Des. Jorge Schaefer Martins)

Nesta passagem, o operador do Direito entende por si próprio por que motivo a tia e a genitora da vítima não mencionaram a mordida no seio (porque, segundo ele, não teria havido mordida alguma). Além disto, responde no lugar do médico que uma mordida daquela natureza teria deixado marcas, pelo menos até o momento do exame de corpo de delito.

De maneira semelhante, há, por exemplo, a formulação da hipótese de periculosidade pautada no fato de um sujeito submeter-se a tratamento médico, dado este que é interpretado livremente, sem o profissional buscar respaldo desta associação entre tratamento médico (no caso, psiquiátrico) e periculosidade em um laudo médico, ou pelo menos uma literatura médica a propósito do quadro apresentado pelo sujeito.

Conforme cópia de fls.306/316, em 08/01/2007, a genitora ajuizou a Ação de Regulamentação de Visitas n.º 082.07.000155-5 contra o genitor expondo que o mesmo apresenta desequilíbrio comportamental, devido a fatores genéticos, está permanentemente sob tratamento psiquiátrico e que diante da situação informada, o pai-requerido ao visitar à filha oferece riscos à infante por seu comportamento devido aos males psíquicos que sofre, inclusive por ser paciente psiquiátrico" (Apelação Cível n. 2013.028117-4, da Capital Relatora: Desa. Subst. Denise de Souza Luiz Francoski)

Note-se que aqui sequer é especificado o quadro apresentado pelo sujeito, ou pelo menos o diagnóstico que a ele foi imputado. Interessantemente, chega-se inclusive a estabelecer considerações sobre a etiologia do quadro (genética), sendo que a terminologia utilizada pelo operador do Direito evidencia que este discurso não é provindo de algum documento médico, mas do próprio operador do Direito.

Pode-se hipotetizar, portanto, se o rechaço apresentado frente a Psicologia não é, em essência, frente a qualquer outro campo de saber (por exemplo, o médico). Mas que, em casos de violência sexual, este rechaço acaba sendo especialmente da Psicologia porque a temática da violência sexual vai de encontro a algumas representações sobre a

Psicologia. Dentre elas, a de que a Psicologia dirige-se ao íntimo, privado, a um sujeito descontextualizado e praticamente associal.

8.10 Possibilidades práticas de diálogo da Psicologia com o Direito no tema da violência sexual

O que se esperou fazer nos capítulos 3, 4 e 5 foi, dentre outras coisas, destacar estes componentes histórico-político-econômicos envolvidos no tema da violência sexual, incluindo na resposta judicial. A partir de agora, procurar-se-á propor uma relação prática entre Psicologia e Direito que não seja ingênua frente a tais componentes.

O primeiro aspecto a se perceber é que a desqualificação do saber psicológico pode se dar precisamente por uma aparente demanda pelo trabalho do psicólogo. Poder-se-ia pensar que, quando solicitado, estar-se-ia demandando do trabalho do psicólogo um posicionamento técnico quanto aos aspectos psicológicos envoltos no ato julgado. Neste momento, procurar-se-á delimitar como e por quem a colaboração da psicologia poderia ser solicitada, considerando seus limites. Partir-se-á das normativas provindas do Conselho Federal de Psicologia, entendendo que, se há algum órgão de classe que melhor pode dizer o que é da ordem do psíquico, e de como se pode nele intervir, é este. E se iniciará por aquilo que a Psicologia não pode oferecer: substituir os operadores do Direito nas oitivas de vítimas e testemunhas. Melhor dizendo: inquirir e apurar “verdade” dos fatos.

De início, é necessário apontar para o fato de que algumas destas normativas referem-se aos casos em que crianças e adolescentes são vítimas. Entretanto, para o argumento principal deste momento (o da utilização pelos operadores do Direito do saber psicológico), isto talvez seja em certa medida desconsiderável.

8.10.1 A desqualificação do que a Psicologia propõe fazer frente à violência contra crianças e adolescentes

Dito isto, iniciar-se-á pela resolução do CFP Nº 010/2010 (que instituiu a regulamentação da escuta psicológica de crianças e adolescentes envolvidos em situação de violência, na rede de proteção). Nela procurou-se justamente diferenciar inquirição judicial, diálogo informal e investigação policial, o que inclusive já se faz em suas considerações iniciais. Porém, tal normativa foi suspensa com um argumento que não deixa de ser mais uma demonstração da pan-

judicialização: o do vício formal. Em outros termos, o de que só uma lei poderia tratar da matéria. Assim é que, como anexo da referida resolução encontra-se:

o ato normativo editado vem sendo questionado judicialmente em vários Estados, por supostamente haver um vício formal, ou seja, somente lei poderia prever tal limitação. Assim, no Estado do Rio de Janeiro, o Ministério Público Federal bem como o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ajuizaram Ação Civil Pública nº 2012.51.01.008692-4, em tramitação na 28ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro em desfavor da regulamentação em debate. O juízo da 28ª Vara Federal do Rio de Janeiro deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, e, portanto, a Resolução CFP nº 010/10 encontra-se suspensa em todo o território nacional. Noutro momento, no Estado do Ceará, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública contrária ao Conselho Federal de Psicologia e ao Conselho Federal de Assistência Social a fim de suspender, respectivamente, a Resolução CFP nº 010/10 e a Resolução CFESS nº 554/2009 em todo território nacional. Razão pela qual, o juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, após manifestação e defesa do Conselho Federal de Psicologia e do Conselho Federal de Serviço Social acerca da validade dos atos normativos questionados, julgou procedente a ação civil pública e determinou a suspensão das resoluções em todo o território nacional, bem como a abstenção dos conselhos de fiscalização de aplicar penalidades éticas aos profissionais que atuam na escuta psicológica da criança e do adolescente

É pertinente destacar desta passagem a ideia implícita de que representantes de uma profissão estariam em condições (e até seriam os mais aptos) para tratar da prática profissional de outra profissão. Mais especificamente, que operadores do Direito definiriam melhor que psicólogos sobre o que os psicólogos podem e devem fazer em seu exercício profissional. Mais pertinente é relacionar tal fato à incapacidade alegada pelos mesmos operadores em executar a sua função: oitiva de vítimas, testemunhas e autores (independente da condição dos mesmos que, no caso em questão, são crianças e adolescentes). Dizendo de outra maneira: operadores do Direito reconhecem sua incapacidade de realizar determinada atividade que é prevista para seu exercício profissional exige, e então concluem que tal atividade é de competência de outros profissionais (por exemplo, psicólogos).

Sabe-se que o exercício de entrevista demanda conhecimento de noções de Psicologia. Entretanto, a prática da entrevista não é prerrogativa exclusiva de psicólogos. Os operadores do Direito poderiam solicitar a Psicologia que colaborasse com sua capacitação, mas parece que espera que os psicólogos exerçam sua função por meio deste argumento de que a técnica em debate seria exercida por excelência por psicólogos. De maneira semelhante, entrevistar crianças e adolescentes, mesmo em situação de violência, não é prerrogativa de psicólogos. Assim, também não se pode, por este outro argumento (o público em questão), alegar que psicólogos deveriam realizar a atividade que é de competência dos operadores do Direito.

Em continuidade a esta discussão dos operadores do Direito sobre como lidarem com crianças e adolescentes vítimas, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução 33 (de 23 de novembro do mesmo ano), “recomenda aos tribunais a criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais. *Depoimento Especial*”. Sobre o texto, algumas observações:

- Uma confusão entre “direito” e “dever”, posto que em suas considerações iniciais fala-se dos direitos, mas o objetivo de tal normativa não inclui a preservação do direito da criança/adolescente não se manifestar perante o Sistema Judicial, bem como a possibilidade de por ele serem sequer ouvidos⁸⁰;
- Uma confusão entre “escuta por equipe interprofissional” e “inquirição por equipe interprofissional”;
- Uma expectativa de que uma inquirição, ainda que feita por profissional especializado, apreenda dinâmicas familiares, incluindo alienação parental;
- Uma “auto-autorização” de dizer sobre a melhor fundamentação teórico-metodológica a ser usada por profissionais de outras áreas que executarão o “depoimento especial” (no caso, a entrevista cognitiva).

⁸⁰Lembrar dos já citados Art.12 da Convenção Internacional de Direitos da Criança (1989) e Arts. 206 e 208 do Código de Processo Penal, e sua respectiva discussão.

O texto não explicita que tal “depoimento especial” seria tomado por um psicólogo. Porém, sabe-se que é a ele que via de regra se recorre, ao lado dos assistentes sociais. Daí ser cabível, e até fundamental, se apresentar argumentos provindos da Psicologia para questionar a pertinência desta normativa, bem como apontar as funções nela ocultas, como aqui se faz.

Contribui para esta discussão a dissertação Roberti Júnior (2015), que faz uma cartografia de controvérsias da produção de provas criminais com crianças e adolescentes. Analisando os fundamentos e marcos normativos sobre o “Depoimento sem Dano”, e a utilização dos objetos (não-humanos) nas investigações, o autor questiona a noção de “revitimização”, apresentando cenários que compõem traduções e mediações do discurso da vítima que funcionam como punição, ainda que propagadas como proteção.

Na mesma direção, Fernandes e Brito (2015) apontam o equívoco de se compreender como prática psicológica aquelas atividades similares à proposta pelo Projeto “Depoimento sem dano”, idealizado e implementado na 2ª Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre, que originou as práticas em todos os estados denominadas “depoimento especial” e “escuta especial”. Destacam em primeiro plano a própria deturpação que se costuma fazer da prática jurídica nos casos que envolvem crianças e adolescentes, atribuindo a sua palavra o poder (e a exigência) de ser praticamente a única prova dos fatos. Quando, de fato, em muitos casos ela seria insuficiente ou desnecessária. E, ainda, denotam como a situação torna-se ainda mais equivocada quando se convoca o psicólogo a exercer o papel do operador do Direito que, como já se citou, já se encontra errônea.

É fundamental também referir aqui que esta normativa do CNJ é fruto de um movimento que chegou à Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Para as discussões realizadas nesta tese, não parece necessária a referência as inovações por ela trazidas, haja vista manterem os mesmos pontos da resolução do CNJ que aqui mereceram questionamento.

Além disto, partindo do princípio de que o instrumental jurídico não pode entender psicologicamente a violência, e pressupondo que o

psicólogo seja chamado pelo sistema judicial do lugar de psicólogo⁸¹, também se pode autorizar a dizer do estatuto do auxílio que a Psicologia pode dar ao Direito. Mais uma justificativa, então, para o debate que neste momento se faz por meio de normativas e definições psicológicas sobre o que o Direito diz e faz em situações de violência sexual.

8.10.2 Perícia psicológica

Consideremos, nesta direção, a explicação de Schaefer, Rossetto e Kristensen (2012, p.231), que, em uma obra que aborda especificamente o abuso sexual de crianças e adolescentes, demarcam: “o depoimento da criança em juízo (prova testemunhal) e a perícia psicológica (prova material/pericial)⁸² não são procedimentos equivalentes, visto que possuem peculiaridades próprias e ocorrem em momentos distintos”.

A Psicologia prima pela alteridade e não pela especularidade. Daí pensar que auxiliar não é o mesmo que substituir, e muito menos que ser substituído (o que seria o caso de uma servidão, na qual o “senhor Direito” apresentar-se-ia sedutoramente necessitado dos serviços da Psicologia, mas justamente para se apropriar de um saber que é dela ao seu bel-prazer).

A perícia psicológica parece ser a melhor forma da Psicologia auxiliar o Direito, de modo ético e técnico. Os mesmos autores acima referidos, na mesma obra, dizem por exemplo: “Apesar de não existirem instrumentos específicos e indicadores precisos para a constatação do

⁸¹Uma das melhores demonstrações de que o psicólogo não é chamado, ao realizar tal atividade, do lugar de psicólogo é justamente ser indiferente a formação de quem realizará o “depoimento especial”. O que se espera são entrevistadores que atendam ao que espera do Sistema Judicial; o que seja: atendam o que se esperaria de delegados, promotores, magistrados e defensores.

⁸²No Código de Processo Penal não há previsão de perícia psicológica; logo, ela é considerada prova documental nos autos. Este aspecto poderia ser discutido intensamente, atendo-se aos possíveis argumentos para que seja entendida como de outra ordem que não aquela de perícias de engenharia, médica, química, etc. Talvez porque a Psicologia, ou pelo menos a Psicanálise, por conta dos princípios epistemológicos sobre os quais se sustenta, recuse-se a responder simploriamente (“sim” ou “não”) aos questionamentos a ela dirigidos. Conforme debatido no capítulo 2, o estatuto do sujeito para a Psicanálise não é centrado na racionalidade.

abuso sexual, a perícia psicológica é uma das maneiras de acessar o histórico do examinando e sua sintomatologia, descartando outras ocorrências que possam ter desencadeado o quadro sintomático avaliado” (Schaefer; Rossetto; Kristensen, 2012, p.231).

Sobre perícia psicológica, pode-se mencionar a resolução do CFP Nº 008/2010, que dispõe sobre a atuação do psicólogo como perito e assistente técnico no Poder Judiciário, e a resolução do CFP nº 017/2012, que dispõe sobre a atuação do psicólogo como Perito nos diversos contextos. A partir dos documentos provindos do órgão de classe da Psicologia, a primeira observação a ser pontuada é a respeito dos instrumentos utilizados, porque algumas avaliações psicológicas são desconsideradas pelos operadores do Direito simplesmente pela legitimidade que atribuem ou não aos instrumentos utilizados.

Muito comumente operadores do Direito alegam que os testes são necessários, porque supostamente seriam os únicos instrumentos científicos, e, indiretamente, porque o modelo de ciência moderna, cartesiana, seria o melhor para as ciências humanas. Interessante é, mais uma vez, uma área de conhecimento julgar o que é legítimo ou não a outra área de conhecimento.

Evidentemente tal discussão sobre instrumentos válidos de avaliação psicológica poderia ser longa. Porém, nesta tese que dialoga Psicologia e Direito, parece suficiente lembrar que no Art.3º da última resolução é previsto que “Conforme a especificidade de cada situação, o trabalho pericial poderá contemplar observações, entrevistas, visitas domiciliares e institucionais, aplicação de testes psicológicos, utilização de recursos lúdicos e outros instrumentos, métodos e técnicas reconhecidas pela ciência psicológica, garantindo como princípio fundamental o bem-estar de todos os sujeitos envolvidos”.

Ainda parece pertinente citar e especificar, como possíveis fontes de dado: análise documental dos autos, entrevistas semi-estruturadas com pessoas que aparentemente possuam informações significativas (familiares, vizinhos, amigos/colegas, profissionais – incluindo médicos peritos, professores - no caso de crianças e adolescentes, particularmente), pareceres/relatórios de profissionais (incluindo psicólogos, psiquiatras, médicos peritos e professores), relatórios de Conselhos Tutelares, observação lúdica, desenho livre, observação não-sistemática e também testes.

Também se pode destacar, a propósito de documentos psicológicos, que os mesmos não necessariamente contêm códigos provindos dos sistemas de classificação psiquiátrica (retirados da

Classificação Internacional de Doenças (CID, da Organização Mundial de Saúde) ou do Manual Diagnóstico e Estatístico dos Transtornos Mentais (DSM, da Associação Psiquiátrica Americana). A propósito, exigência também habitual por parte dos planos de saúde para que a atividade do psicólogo seja remunerada, obrigando-os a usarem sistemas de classificação com os quais muitas abordagens da psicologia não concordam ou no mínimo apresentam significativas críticas que os levam a, portanto, não as usarem devido a posicionamentos técnicos e políticos.

A respeito desta questão do sistema de classificação, encontra-se no Parágrafo único do Art. 1º da mesma Resolução CFP nº 015/96 de 13 de dezembro de 1996, que institui e regulamenta a concessão de atestado psicológico para tratamento de saúde por problemas psicológicos, que “Fica facultado ao psicólogo o uso do Código Internacional de Doenças - CID, ou outros Códigos de diagnóstico, científica e socialmente reconhecidos, como fonte para enquadramento de diagnóstico”.

Outra observação que merece ser feita é de que o cliente no caso de uma perícia é quem a solicitou. No caso, o operador do Direito. Logicamente isto não implica desrespeito ao sujeito que está sendo avaliado e a todos que, de alguma forma, são escutados pelo psicólogo. Apenas essa modalidade de relação exige que o próprio contrato com os sujeitos deixe claro o objetivo da avaliação, bem como quem terá acesso ao que será redigido e o tipo de informação que será divulgada.

A este respeito, conforme prevê o Art. 8º, “Em seu parecer, o psicólogo perito apresentará indicativos pertinentes à sua investigação que possam diretamente subsidiar a decisão da Administração Pública, de entidade de natureza privada ou de pessoa natural na solicitação realizada, reconhecendo os limites legais de sua atuação profissional”.

E aqui um adendo: o fato do cliente ser um operador do Direito não implica que se contemplará, na perícia psicológica, questões que são de outra ordem que não a psicológica. A avaliação psicológica, nesta direção, é entendida no Art.1 da Resolução CFP nº009/2018 de 25 de abril de 2018, que estabelece diretrizes para a realização de avaliação psicológica no exercício profissional da psicóloga e do psicólogo e regulamenta o sistema de avaliação de testes psicológicos - SATEPSI, como “um processo estruturado de investigação de fenômenos psicológicos, composto de métodos, técnicas e instrumentos, com o objetivo de prover informações à tomada de decisão, no âmbito individual, grupal ou institucional, com base em demandas, condições e

finalidades específicas”. Assim sendo, do psicólogo não se pode esperar que diga, por exemplo, se houve ou não crime. Esta é a preocupação de operadores do Direito.

Importante também se faz demarcar que, para além de colaborar com quem requereu a perícia, o psicólogo deve não apenas recusar demandas que contrariem princípios éticos, mas inclusive intervir primordialmente sobre as mesmas quando estas existirem. Nesta direção, é que um dos princípios éticos estabelecidos pela Resolução do CFP N.º 007/2003, que institui o manual de elaboração de documentos escritos produzidos pelo psicólogo decorrentes de avaliação psicológica, é:

Torna-se imperativo a recusa, sob toda e qualquer condição, do uso dos instrumentos, técnicas psicológicas e da experiência profissional da Psicologia na sustentação de modelos institucionais e ideológicos de perpetuação da segregação aos diferentes modos de subjetivação. Sempre que o trabalho exigir, sugere-se uma intervenção sobre a própria demanda e a construção de um projeto de trabalho que aponte para a reformulação dos condicionantes que provoquem o sofrimento psíquico, a violação dos direitos humanos e a manutenção das estruturas de poder que sustentam condições de dominação e segregação. Deve-se realizar uma prestação de serviço responsável pela execução de um trabalho de qualidade cujos princípios éticos sustentam o compromisso social da Psicologia. Dessa forma, a demanda, tal como é formulada, deve ser compreendida como efeito de uma situação de grande complexidade. (Conselho Federal de Psicologia, 2003, p.04)

Neste sentido, deduz-se que, em qualquer contexto em que realize qualquer modalidade de avaliação psicológica, o psicólogo deve não apenas se posicionar, mas também intervir, frente a pedidos anti-éticos. Um deles pode ser, no âmbito judicial, a realização de perícias sem escutar todos os envolvidos (o que talvez seja uma das formas mais maliciosas de se solicitar um documento intitulado “perícia”, mas dele se apropriar como se fosse uma tomada de declaração). Daí é que, na normativa suspensa já referida (Resolução do CFP N.º 010/2010), dizia-se, no que tange aos marcos referenciais da escuta psicológica de crianças e adolescentes envolvidos em situação de violência, na rede de proteção, que

O psicólogo, ao realizar o estudo psicológico decorrente da Escuta de Crianças e Adolescentes, deverá necessariamente incluir todas as

pessoas envolvidas na situação de violência, identificando as condições psicológicas, suas consequências, possíveis intervenções e encaminhamentos” e, mais ainda, que “Na impossibilidade de escuta de uma das partes envolvidas, o psicólogo incluirá em seu parecer os motivos do impedimento e suas possíveis implicações

Amendola (2009) fala, neste sentido, da formação e manutenção da aura de suspeição sobre o acusado, bem como da presunção de dolo, camufladas de discurso que apregoa a garantia dos direitos da criança que, em uma denúncia, figura como vítima de crime sexual. A autora explica que uma das decorrências disto é o afastamento de pais e filhos fundamentados em laudos psicológicos que referem unicamente à fala da acusação e da suposta vítima. Laudos que estariam a serviço, acima de tudo, da valorização da presunção e preconceito.

Como analisado nos capítulos 3, 4 e 5 desta tese, há uma tendência dos operadores do Direito a buscarem punir o autor. Para o que, aliás, fazem certas interpretações a propósito do autor (a conduta julgada, história de vida, a postura quando ouvido no sistema judicial, etc.) e da vítima (o comportamento no momento da ação, seu passado, a postura quando ouvida no sistema judicial, etc.). Nesta direção, podem desconsiderar esta recomendação do Conselho Federal de Psicologia, ou mesmo impedir ou dificultar que o psicólogo a atenda.

Fundamental também é dizer que a perícia pode ser requisitada pela Autoridade Policial por ocasião do Inquérito, conforme Landry (1981), ainda que via de regra seja atribuída exclusivamente à autoridade judicial por ocasião do processo. Neste sentido, pode-se lembrar que as “provas (que servem para demonstrar a existência dos fatos) são de várias espécies: de natureza oral, documental, pericial e até especial para o Juiz, que é a inspeção judicial” (Pelacani, 2003, p.26) e que antes “mesmo da realização da perícia, o Juiz poderá dispensá-la, desde que juntados aos autos pareceres técnicos ou documentos que julgar suficientes ao entendimento da questão técnica” (Pelacani, 2003, p.48).

Então, é explicitado que o Inquérito Policial pode conter perícias e pode, por isto, substituir a perícia que seria requisitada pelo juiz. Pode-se concluir, portanto, que a perícia psicológica pode não apenas ser realizada na fase policial, como pode contemplar as mesmas questões que seriam levantadas pelo juiz ao Psicólogo por ele nomeado perito.

A perícia psicológica na fase policial precisaria ser feita já quando decidido pelo indiciamento, haja vista que, neste momento, não

haveria a expectativa de que o psicólogo adivinhasse se e/ou quem mente, contribuísse para que alguém “falasse a verdade”, etc. Expectativas que não chegam a contrariar apenas princípios éticos, mas, antes disso, princípios técnicos.

Landry (1981), que propõe que a individualização da pena só pode ser alcançada através de um estudo aprofundado e competente da personalidade do sujeito que atuou criminosamente, diz que o mesmo só poderia ser alcançado pelo exame médico-psicológico. É esta individualização da pena (pena fixada por meio de critérios outros que não apenas a proporção em relação à falta cometida), juntamente à responsabilização do “delinqüente” (em seus termos), o que Landry (1981) entende como fatores imprescindíveis ao tratamento do mesmo.

A individualização da pena é uma das garantias expressa no Código Penal, e sobre tais garantias, em seu sentido geral, tem-se a dizer que no momento talvez mais dramático do conflito social (o da atuação criminosa) todos os agentes do saber jurídico devem ser essencialmente garantidores. No caso, em particular, da postura esperada das autoridades que presidem Inquéritos Policiais, deve-se levar em conta que a diferença entre o Inquérito e a Inquisição é precisamente o fato daquele pressupor a ampla defesa. Um meio de garantir os direitos do indiciado, bem como de permitir sua ampla defesa, parece ser avaliar todos os fatores envolvidos em seu ato; fatores estes, como já discutido, não restritos a questões jurídicas.

Sobre a perícia, ainda se faz necessário lembrar do risco de se “psicologizar” os sujeitos, descontextualizando os eventos avaliados. Sobre isto, dentre os princípios técnicos estabelecidos pela Resolução do CFP N.º 007/2003, que institui o manual de elaboração de documentos escritos produzidos pelo psicólogo, decorrentes de avaliação psicológica, encontra-se que: “O processo de avaliação psicológica deve considerar que os objetos deste procedimento (as questões de ordem psicológica) têm determinações históricas, sociais, econômicas e políticas, sendo as mesmas elementos constitutivos no processo de subjetivação”. Ou seja: diagnóstico não é necessariamente (e nunca é apenas) nominar sofrimentos. Não se reduz à listagem de transtornos. Daí também que projeto terapêutico (Varas da Infância e Juventude o pedem) não precisa incluir psicoterapia, porque a atenção ao sofrimento psíquico não se restringe a essa modalidade.

Também considerando esta previsão normativa conclui-se que o psicólogo não pode se eximir de apontar mecanismos históricos, sociais, econômicos e políticos envolvidos em concepções heterossexistas,

racistas, classistas, sexistas e outros recortes preconceituosos (como faixa etária), que fazem, por exemplo, com que adolescentes que apresentam relações sexuais com quem não namoram e antes de casar, prostitutas, mulheres que apresentam relações extra-conjugais, sejam tidas como menos vítimas que outras vítimas. Ou, no outro lado da moeda, que homens adolescentes, não-brancos, desempregados, não-heterossexuais, de classe socioeconômica menos favorecida, sejam vistos como mais autores que outros. Em outros termos: o psicólogo deve estar atento a toda a seletividade que, conforme se observou no capítulo 5, a criminologia crítica diz haver no tratamento judicial da violência sexual.

Pode-se hipotetizar, então, que o órgão regulamentador e fiscalizador da categoria dos psicólogos, bem como pesquisadores psicólogos, compreendem que sua colaboração com o sistema judicial em casos de suspeita de violência sexual é técnica e eticamente adequada quando realiza uma perícia, na fase policial ou processual, incluindo ou não aplicação de testes, respondendo a aspectos de ordem estritamente psicológica (evidentemente tangenciadas por questões sociais, políticas, econômicas, etc.) e para a qual escutaria todos os envolvidos, incluindo o suposto autor. Algum legislador e algum operador do Direito entendem o contrário. Daí haver sido suspensa a normativa que se posicionava contrariamente à atuação do psicólogo em modalidades de inquirição, e a proposição pelo Conselho Nacional de Justiça da resolução já citada.

Não se pode desconsiderar neste momento alguma consideração sobre o uso que o saber do Direito especialmente faz da infância, de modo a exercer seu poder. Para destacar esta discussão, é significativamente ilustrativo o entendimento de Ribeiro (2011, p.607):

olhar para a sexualidade da criança, para a pedagogização do sexo das crianças, dispositivo específico de saber e poder que transformou a criança em objeto privilegiado da vontade de saber, constituindo a infância em objeto de intervenção higiênica e disciplinar.

O adulto ainda exercita a violência de um poderoso olhar diante do desejo erótico da criança – do qual não pode se apropriar –, mas tenta normatizar o que ela fala e sobre o que deve silenciar, o que mostrar e o que esconder. Dessa forma, a criança é apropriada sem enigma algum, objeto da vontade de dominação do adulto. O contrário exigiria renúncia da vontade de saber e poder; de toda vontade de domínio: um encontro com o enigma que se constitui a criança, o qual não pode ser apropriado nem decifrado. Constitui-se o segredo das crianças – um

saber oculto que pode gerar poder sobre o adulto. E as crianças experimentam a vida driblando o poder do adulto

A Psicologia, nesta direção, está preocupada em preservar o discurso da criança/adolescente, garantindo-lhe o direito de se expressar como e quando puder. E, inclusive, de se expressar com seu silêncio e em outros espaços que não o sistema judicial. Também pretende garantir o direito de não se haver sofrido danos, bem como de expressar suas condutas que, analisadas moral e fenomenologicamente, são tidas como impuras ou, no mínimo, não angelicais⁸³. Condutas que, suspendendo a divisão maniqueísta da violência, os operadores do Direito não suportam escutar ou as escutam de modo a inverter os papéis de vítima e autor no procedimento.

Condutas que, não analisadas por um psicólogo, podem não ter sua função simbólica percebida, e ficar a mercê da contaminação pelo imaginário dos operadores do Direito. Um exemplo comum é quando operadores do Direito analisam vídeos e fotos que homens postam de adolescentes com quem se relacionaram, e interpretam que, se ela não foi explicitamente coagida a posar ou ser filmada, ela é culpada pelo que ocorreu. Total ou parcialmente.

A prisão ao imaginário é relacionada a esta preocupação em encontrar vítimas e culpados. Assim, se o comportamento da vítima não sinaliza uma angelicalidade, ela pode ser julgada (e condenada!). Escutando, saber-se-á que alguém pode ser coagido e coagir de muitas outras formas.

8.10.3 Quesitos psicológicos possíveis e impossíveis

Partindo para termos essencialmente práticos, portanto, entendo que, além de considerações que o psicólogo julgar pertinentes a respeito do “comportamento da vítima”, conforme previsto pelo Art.59 do Código Penal, são possíveis dois únicos quesitos:

⁸³Rosa (1997) é categórico ao discorre sobre o mito da criança pura presente nas ações dos operadores do Direito. Ou, em sua outra versão, a crença de que ela sempre diz a Verdade porque é pura. Para o autor, esta noção é equivocada tanto porque a criança possui desejo, como porque o inconsciente e a fantasia sempre atravessam o simbólico. E, assim sendo, ela não possui condições expor tudo o que se passou de maneira equiparada à realidade.

- “Houve prejuízos ao desenvolvimento psicossocial da(s) vítima(s) que puderam ser apurados em razão da violência? Em resposta afirmativa, quais seriam?”
- “Que medidas poderiam ser tomadas por parte do poder público, dos responsáveis diretos pela vítima (em caso de menores de 18 anos) para contribuir para a elaboração da violência sofrida?”

Como se percebe, parte-se, no primeiro quesito, do princípio de que o ato sofrido pode não trazer prejuízos ao desenvolvimento psicossocial da vítima, e, no segundo, de que a forma de restaurar aqueles eventualmente existentes não é pela criminalização do autor, mas por garantia de direitos às vítimas (por exemplo: encaminhamento a serviços de saúde e assistência social, bem como, no caso de crianças e adolescentes, encaminhamento de seus responsáveis aos mesmos serviços).

Salienta-se, além do mais, que a esfera psi não é de competência de operadores do Direito. Portanto, que suas alegações quanto a eventual dano psicológico não pode se fundamentar em sua interpretação do que escutou da vítima. Não há razão, neste sentido, para que operadores do Direito apresentem questionamentos à vítima que, na melhor das hipóteses, possuem como único fundamento a curiosidade do operador do Direito (devido a suas questões subjetivas), porque tecnicamente não poderia atribuir alguma compreensão psicológica do evento. Questionamentos que, na pior das hipóteses, caçam qualquer elemento que sirva para fundamentar maior punição a/ao autor.

Fundamental destacar neste momento os quesitos que o psicólogo, até onde compreendo, não possui condições de responder. São as mesmas perguntas que entendo dever nortear a oitiva policial/judicial de todos os envolvidos (na coleta das diferentes realidades subjetivas que se inter cruzaram num determinado instante); logo, a entrevista realizada pelo operador do Direito.

1. A perícia psicológica pôde constatar, por meio de testes ou de entrevistas com a(s) vítima(s), a submissão desta(s) à violência de qualquer espécie por autoria do indiciado/denunciado?
2. Em caso afirmativo ao quesito anterior, quais os atos violentos realizados com a(s) vítima(s) e de que forma foram submetidos?

3. Pôde ser constatado o uso de violência física ou grave ameaça contra a(s) vítima(s) como forma de coação para a realização dos atos violentos? Em caso negativo, de que forma a(s) mesma(s) foi (foram) forçada(s) ou seduzida(s) à realização dos atos?
4. Constatou-se o uso de ameaças, chantagens diversas ou promessas variadas para a obtenção do segredo da(s) vítima(s) em relação à violência sofrida?
5. A perícia psicológica pôde apurar, ainda que de forma aproximada, quando tiveram início os atos violentos e por quanto tempo foram realizados?
6. Por meio da perícia realizada e do corpo acumulado de estudos sobre a violência em questão, pode-se inferir que os prejuízos psicológicos à(s) vítima(s) são reversíveis? Ou, ao contrário, tenderão a manter-se por médio ou longo prazo?
7. É possível que a(a) vítima(s) desenvolva(m) ainda outros distúrbios psicossociais a longo prazo, até mesmo em idade adulta, em virtude dos atos sofridos?

Evidentemente o psicólogo pode vir a escutar informações que digam respeito à versão dos envolvidos sobre estes aspectos. No entanto, a decisão por citá-las ou não no relatório/laudo é dele, e se subordinará a outro objetivo, conforme já mencionado, que não a procura de informações que interessam aos operadores do Direito, em sua caça à verdade.

Evidentemente também é que consideramos que cada público, cada modalidade de violência e o estado emocional daquele que é ouvido por um operador do Direito exige condutas diferenciadas. Porém, desenvolver habilidade em entrevista exige justamente conhecimento e prática da multiplicidade de variações. Se alguém decide ser delegado, advogado, promotor, magistrado, precisa executar sua função.

Precisamos nos responsabilizar por nossa assinatura. A escolha profissional, não sendo livre, não é sem custos. Um dos ônus de se ser defensor, delegado, promotor e magistrado é precisar diariamente estabelecer a verdade, e se deparar também diariamente com o fato de que ela não existe e de que é ele quem, apesar disto, terá que pronunciá-la.

8.10.4 A exclusão dos psicólogos nas varas criminais

Quanto a Justiça criminal, são desconsiderados laudos psicológicos sobre a (in)imputabilidade ou relatórios/laudos psicológicos para a análise da dosimetria da pena. Daí é que a processualística penal é categórica em requerer documentos médicos nestas alegações, conforme previsto no Art.146 do CPP⁸⁴. Na área penal, portanto, se for realizado o exame o psicólogo, o profissional realizará uma avaliação psicodiagnóstica, no intuito de complementar a atuação do perito psiquiatra. Nela abordará especialmente aspectos relativos à personalidade e, assim sendo, não possui o alcance de interferir na decisão pela imputabilidade ou inimputabilidade.

A já aqui mencionada Resolução CFP nº 015/96 de 13 de dezembro de 1996, que institui e regulamenta a concessão de atestado psicológico para tratamento de saúde por problemas psicológicos, é explícita em afirmar que “o PSICÓLOGO, é um profissional que atua também na área da SAÚDE, com fundamento, inclusive, na caracterização efetuada pela OIT⁸⁵, OMS e CBO⁸⁶”. Logo, para discorrer sobre saúde (especialmente a mental), sua voz teria tanta legitimidade quanto a do médico.

Portanto, uma última observação refere-se à necessidade das varas criminais terem, em seu quadro, equipe interdisciplinar, não apenas porque alguns casos de violência contra a mulher e contra a criança são de sua competência, mas também porque as vítimas homens também mereceriam ter o direito de seu caso ser analisado em seu aspecto psicológico.

Ademais, isto também colaboraria para que o Ministério Público e Poder Judiciário não requeressem a psicólogos que atuam na

⁸⁴Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.

§ 1o O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente.

§ 2o O juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento.

⁸⁵Organização Internacional do Trabalho.

⁸⁶Classificação Brasileira de Ocupações, do Ministério do Trabalho e Emprego.

polícia judiciária para elaborarem as perícias psicológicas. Soa um pouco incestuosa essa relação na qual a defensoria é excluída...só não quando a atividade do psicólogo é entendida como atividade de operador do Direito. Só assim é possível se fazer coisas como baixar o inquérito à delegacia pedindo que o psicólogo faça uma avaliação psicológica respondendo a quesitos que, em verdade, referem-se ao esclarecimento do fato e nada falam de questões psicológicas.

A existência de psicólogos nas varas criminais também poderia fazer com que fossem periciados os réus, quando poderia, além de quesitos específicos, tecer considerações que entendesse pertinentes sobre vários dos itens previstos no Art.59 do Código Penal. Infelizmente a Psicologia ainda é requerida apenas para falar em nome daquele que figura como vítima nos procedimentos judiciais. Daí sua existência basicamente em varas de violência doméstica, família e infância e juventude, e seu trabalho nestes espaços, bem como nas delegacias, e a demanda aos profissionais ter como intenção, velada ou não, encontrar elementos para condenar e, se possível, qualificar a ação. Ou seja: condenar melhor ainda.

Talvez por isto é que não sejam respeitados os princípios éticos e técnicos previstos pelo órgão fiscalizador da profissão que permitiram um melhor atendimento à vítima: o foco é o suposto autor e não a vítima, e o objetivo é reprimir a todos, e não garantir direito de alguém.

8.11 Considerações pontuais

O operador do Direito nega a autoria de sua assinatura projetando na lei seus posicionamentos a propósito da violência sexual; posicionamentos estes que, como vimos, é pautado quase que exclusivamente em sua subjetividade. Pensou-se que isto se deve, por um lado, ao obstáculo estrutural imposto pelo Direito, que nega que, na interpretação e aplicação de qualquer texto, a subjetividade do leitor é o principal norteador, e, por outro, a questões afetivas do operador do Direito, insuficientemente elaboradas por este profissional que desejaria que não houvesse nada além da razão. Assim procedendo, a lei passa a apresentar uma certa autonomia, e muitas vezes se distancia da justiça, deixando de estar ao seu serviço.

Uma alternativa disponível ao operador do Direito para negar sua subjetividade são, além do texto legal, conceitos psicológicos sem o respaldo em literatura da área, e, especialmente, relatórios produzidos por psicólogos sobre os casos em questão. E é por meio destas

compreensões morais, travestidas de noções psicológicas, que se refere à conduta do autor no momento da ação, no contexto judicial, e mesmo em sua vida. Também por meio de “psicologizações” julga-se a conduta de quem figura nos procedimentos como testemunha, bem como atribui-se ou não legitimidade a sua palavra no sistema judicial.

Quanto à vítima, parece haver um convencimento prévio sobre a credibilidade ou não do testemunho da vítima, e é a partir disto que se tece as mais variadas considerações psicológico-morais sobre como se deu a revelação, sobre o testemunho judicial, sobre seu comportamento prévio e, por fim, sobre qual seria a melhor resposta frente à violência sofrida. A este respeito, há uma fundamentação variada de que, em termos supostamente psíquicos, a melhor resposta é a punição do autor e, por conseqüência, que a situação sofrida seja judicializada.

A Psicologia não se nega a colaborar com o Direito em casos de violência sexual. Particularmente em relação à violência sofrida por crianças e adolescentes, já se regulamentou as possibilidades de atuação do Psicólogo. Porém, o operador do Direito discordou dos argumentos técnicos e éticos do Conselho Federal de Psicologia, e, mesmo que implicitamente, criou mecanismos para que os psicólogos participem destes casos, mas de acordo com o que ele espera. Talvez, como já se pensou, o que espera em última instância, ainda que apregoe priorizar a proteção da vítima, seja a punição do autor.

Nesta direção, mesmo que requerendo o posicionamento de um psicólogo, o operador do Direito continua em certa medida fazendo o que faz quando menciona conceitos psicológicos sem fundamentação em algum relatório psicológico ou produção acadêmica da Psicologia. Talvez esta deturpação que se faz do trabalho do psicólogo seja inclusive mais perverso que o uso autônomo da terminologia psicológica, porque neste caso se utiliza da assinatura de um outro profissional para continuar dizendo o que ele, operador do Direito, deseja.

A Psicologia pode realizar perícias psicológicas, para as quais já possui clara definição em termos de objetivo e metodologia. Psicólogos poderiam realizá-la em inúmeros espaços de diálogo com o Direito, incluindo a Polícia Judiciária e diversas varas, incluindo a criminal. Entretanto, para que às perícias psicológicas atribuísse-se legitimidade, os operadores do Direito não poderiam temer que isto dificultasse a punição do autor, precisariam considerar os aspectos político, históricos, sociais, econômicos que atravessam as demandas por seu trabalho e, ainda, que a singularidade dos sujeitos impede que os analisemos apenas

a partir da fenomenologia dos atos sofridos ou cometidos. Precisariam ter como principal objetivo garantia de direitos de vítimas e autores.

Mesmo que o operador do Direito tenha formação em Psicologia, naquele ato ele não está exercendo o papel de psicólogo. Assim sendo, ele não pode exercer a Psicologia veladamente; em outros termos, assinando como delegado, promotor, magistrado ou defensor. Portanto, psicólogos precisam atuar como psicólogos e assinar enquanto tais. E operadores do Direito igualmente.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De início, esta tese se propôs a, questionando as (im)possibilidades de relação entre Psicanálise e universidade, explicitar a campos do saber sustentados em princípios modernos (como é o caso do Direito) algumas concepções psicanalíticas fundamentais. Algumas destas concepções psicanalíticas foram de ordem epistemológica, como a definição contemporânea das ciências humanas e o principal estatuto das pesquisas em Psicanálise (ater-se ao inconsciente), que por sua vez faz com que elas não se reduzam à prática clínica e possam utilizar diversos métodos. Ainda em se tratando das contribuições desta tese a questões epistemológicas, demarcou-se que a pesquisa em Psicanálise contrapõe-se a alguns princípios modernos, como a noção de indivíduo, isenção do pesquisador, verificabilidade e universalidade.

No diálogo com o campo da modernidade com o qual esta pesquisa dialoga diretamente, o Direito, propôs-se que a noção de inconsciente contribui para que o Direito seja realmente um instrumento da justiça. Isto porque a noção de inconsciente permite pensar que nem sempre a repressão é o que media o contato com o outro (que deveria ser a principal função do Direito), e que responsabilização não se obtém pela via da culpabilização. Entendeu-se que a repressão aniquila não apenas aquele a que diretamente se dirige (os autores), mas também muitas vezes também aquele que ao Direito recorre por se entenderem vítimas de algum fato. Assim procedendo, esta pesquisa vai de encontro ao desafio histórico do Direito: garantir direitos daqueles que a ele chegam (vítimas e autores).

Por meio da noção de sujeito do inconsciente, especificamente, debateu-se a pretensão racional de uma sociedade plenamente harmoniosa, bem como a ideia de que os atos dizem linearmente da subjetividade de seus autores e vítimas. A este respeito, demarcou-se que aqueles que cometem crimes não são imorais ou necessariamente doentes, mas demandam uma resposta da lei que justamente não seja moral ou patologizante, para que tenha alguma perspectiva de ser restauradora de seus psiquismos. No caso das vítimas, também foi o conceito de sujeito do inconsciente que permitiu pensar que se pode ser vítima de um crime mesmo que não se constate uma vulnerabilidade consciente de sua parte.

Por meio destas representações de que o autor e a vítima sempre são movidos por uma racionalidade, e de que é possível tecer uma relação linear entre os atos e as subjetividades dos envolvidos,

evidenciou-se que a subjetividade dos operadores do Direito é o que mais orienta a prática destes profissionais. Tratando-se da temática da violência sexual, exemplificou-se a presença da subjetividade destes profissionais em suas alegações de que toda vítima se traumatiza, e que todo ato juridicamente tido como violência é assim inscrito no psiquismo de quem o sofre. Há, então, uma falta de discriminação entre agressão e violência, entre despossessão e abuso, e entre sofrimento e trauma. Cogitou-se que a função destas representações genéricas sobre a vítima é legitimar as idéias de que a intencionalidade do autor sempre é consciente, e de que o livre-arbítrio do autor é pleno, para que, então, os operadores do Direito reprimam com mais rigor o autor de violência sexual. Não menos importante, revelou-se que este processo se dá por uma responsabilização da lei, e não dos operadores do Direito, por suas respostas repressivas.

Problematisando mais diretamente sobre o psiquismo do autor de violência sexual, então, pensou-se o quão difícil é ao Direito (que se atém à racionalidade e ao comportamento) cogitar que a violência sexual (pelo menos a não incestuosa) pode ser do campo da transgressão, e não da perversão. Percebeu-se, a propósito, que aquilo que é inerente à última (a anulação do sujeito) ocorre justamente quando a norma é aplicada com o propósito de imposição cruel de poder; assim sendo, alertou-se que quando o operador do Direito desconsidera a subjetividade dos autores com os quais lida com a função de melhor punir, é ele quem está agindo perversamente. Aliás, outra demonstração deste caráter perverso de uma atuação desta natureza por parte dos operadores do Direito é que, para isto, como já mencionado, estes profissionais justificam sua ação recorrendo à lei, quando o que está regendo sua decisão é primordialmente sua subjetividade.

Propôs-se que a aplicação justa da lei, diferente de uma aplicação legalista da lei (que faz com que se justifique a aplicação da lei recorrendo a ela própria, e escamoteando o protagonismo do operador do Direito) exigiria uma criação por parte do operador do Direito. Uma criação que transgredisse a essência histórica do Direito, que só reconhece direitos quando envolto em questões atravessadas por ideais capitalistas.

Refletiu-se que a dificuldade em conceber que vítimas de violência sexual não queiram criminalizar o fato sofrido e o desejo de punir o autor são próprias de uma lógica tirana e fálica. Foi então a partir da sinalização desta questão de gênero que se chegou às considerações da criminologia crítica sobre violência sexual, que, em

diálogo com a Psicanálise, possibilitou nos preocuparmos com o réu no momento do delito e com a vítima no momento do processo. Esta preocupação, por sua vez, nos levou novamente à suspensão de concepções pré-concebidas por parte dos operadores do Direito sobre vítima e autor, mas aqui se demarcou, além de seu caráter primordialmente subjetivo, que são compatíveis com o estereótipo de família burguesa, atravessada por ideais capitalistas. Demonstrou-se, assim como quando se abordou conceitos psicanalíticos, que o que está em questão para o Sistema de Justiça Criminal não é a proteção da vítima, mas a punição do autor. Os conceitos de masculinidade e feminilidade hegemônicas também permitiram pensar sobre o discurso jurídico que se pretende universal e que se dirige quase que unicamente à repressão nos casos de violência sexual.

O ícone da presença maciça da subjetividade dos operadores do Direito em seus posicionamentos sobre os casos de violência sexual, e também de que o que principalmente buscam é a punição do autor, foi encontrado, entretanto e paradoxalmente, no discurso dos operadores do Direito ao tratarem da dosimetria. Neste momento é que se melhor visibilizou a função que a lei tem para os operadores do Direito moderno, sustentado no princípio da racionalidade: alvo da projeção de suas subjetividades, desresponsabilizando-se da interpretação e aplicação que fazem do texto legal.

Reconheceu-se, na postura dos operadores do Direito de, na dosimetria, buscar por todas as vias possíveis (pela vida de sua subjetividade, especialmente) a punição, uma responsabilidade não apenas deles, mas uma resposta a um obstáculo estrutural do Direito: propor-se a lidar com atos humanos, pressupondo-se que o humano é movido apenas pela razão e, correlato a isto, que se pode analisar universalmente as produções humanas. Propôs-se que frente a um convite como este feito pelo Direito aos seus operadores, não resta alternativa a estes profissionais além de recorrerem a sua moral. Sobre esta moral, mostrou-se que, além de não ser universal (mas atravessada por recortes classistas, sexistas, de gênero, etaristas, racistas e étnicos), recai precisamente naquilo que escapa à razão: o afeto.

Em se tratando do afeto evidenciado em atos como violência sexual, considerou-se que ele é, antes de tudo, um dos que são rechaçados. Nesta direção, sua proibição foi contextualizada política-historicamente. Por meio da construção do amor, compreendeu-se que a intenção de quem pratica o afeto desautorizado é precisamente uma aceitação. E, no caso da violência sexual, foi fundamental demarcar que

o afeto reprovado assim o é porque sua expressão não é interessante economicamente e porque há, em alguns profissionais do Direito, conflitos não suficientemente elaborados na temática do afeto (especialmente do amor) e que, por isto, são projetados nos casos com os quais atuam.

Entendeu-se que a dificuldade em suportar o que está envolvido na violência sexual também se deve ao obstáculo estrutural imposto pelo Direito, que nega que, na interpretação e aplicação de qualquer texto, a subjetividade do leitor é o principal norteador. Assim procedendo, a lei passa a apresentar uma certa autonomia, e muitas vezes se distancia da justiça, deixando de estar ao seu serviço.

Demonstrou-se por fim que, além do texto legal, outra alternativa disponível ao operador do Direito para negar sua subjetividade são conceitos psicológicos sem o respaldo em literatura da área ou relatórios produzidos por psicólogos sobre os casos em questão ou, na mesma direção, a livre utilização desta literatura ou relatórios psicológicos e mesmo a desconsideração do que o Conselho Federal de Psicologia prevê. Daí se ilustrou as compreensões morais destes profissionais, travestidas de noções psicológicas. Em outros termos, as “psicologizações” sobre vítima, autor e testemunha. A propósito, esta desconsideração do que a Psicologia prevê ética e tecnicamente mostrou ser, mais uma vez, uma maneira de buscar em primeiro plano punir o autor, e não, como é dito, proteger a vítima.

Enfim, a subjetividade dos operadores de Direito demonstrou ser o principal orientador de sua atuação em casos de violência sexual, ao ponto da subjetividade dos diretamente envolvidos nos atos ser desconsiderada. Outras expressões desta presença demasiada da subjetividade do operador do Direito é não solicitarem ou não acatarem documentos psicológicos antes de discorrerem sobre questões psicológicas, bem como manipularem de maneira extremamente livre as próprias previsões nos Códigos Penal e de Processo Penal.

Em relação a este último aspecto, percebeu-se, por exemplo, que há diferentes maneiras de se atribuir credibilidade à palavra da vítima a partir de como ela se comunica, e que inclusive algumas características de seu discurso possibilitam algumas vezes a inexigibilidade de outro elemento no conjunto probatório. Também há casos em que se exige outros elementos no conjunto probatório além da palavra da vítima, e outros em que se os entende apenas como complementares. E ainda há situações em que basta com a palavra da vítima apenas se não houver elementos no conjunto probatório que a

questionem. Na mesma direção desta inexistência de um mínimo referencial normativo ao operador do Direito, de um mínimo freio a sua subjetividade, constatou-se que o que se prevê em termos de dosimetria não é respeitado da mesma maneira em todos os casos.

Esta tese permite, então, uma problematização da discussão que Rosa (1997) realiza sobre a terceirização do lugar de Inquisidor. Este autor diz que, com práticas semelhantes às aplicadas no projeto “Depoimento sem dano” (hoje denominadas “depoimento especial” ou “oitiva especial”), o operador do Direito transfere a outro profissional o trabalho de sugar significantes. Tudo em nome da condenação, ainda que permeado por boa intenção. O outro profissional ocuparia este lugar de abrandador de violência, mas, como ele, arrancaria à força simbólica os elementos suficientes para condenar, inclusive desconsiderando os princípios como o do contraditório, num Estado Democrático. O operador do Direito teria um desencargo, uma palição da sua função.

O que esta tese constatou é que esta terceirização não é nova, e não se faz apenas por técnicas como a oitiva especial, ou depoimento especial. Ela ocorre, por exemplo, quando o operador do Direito sustenta sua decisão no saber psicológico (presente num documento psicológico) ou na lei. No primeiro caso, isto se evidencia exemplarmente quando o operador do Direito alega fundamentações da ciência psicológica para sua decisão, mas não utiliza qualquer produção acadêmica da Psicologia. No segundo caso, por sua vez, isto fica exemplar na diversidade de formas com que dispõem da lei.

Ao mesmo tempo, também constatou que em alguns momentos há inclusive o contrário: uma apropriação pelo operador do Direito de função que não é sua (no caso, estabelecer considerações psicológicas sobre os casos). Parece que o que se mantém é o propósito de condenar de mãos limpas. É justificar seu ato de condenação da melhor maneira. Uma boa forma de condenar, diga-se, não apenas justificada tecnicamente, mas moralmente. Aliás, percebeu-se que o respeito a princípios técnicos fica em segundo plano em relação à moral.

Compreendeu-se que a Psicanálise fundada por Freud, ressaltando a importância da singularidade de cada sujeito, contribuiria para que se aproximem minimamente dos diretamente envolvidos no caso e para que, questionando seus tabus, contatem minimamente suas próprias subjetividades. A criminologia crítica, por sua vez, demonstrou os aspectos políticos, históricos, culturais e econômicos envolvidos num determinado tratamento dos violência sexual. Nesta direção, merece destaque o fato de, mesmo se tendo pesquisado decisões posteriores à

alteração legislativa de 2009 referente aos crimes sexuais, não pareceu haver modificações substanciais em algumas concepções que se busca alcançar com o novo texto da lei. Particularmente, representações hegemônicas sobre masculinidade e feminilidade.

A propósito, uma reflexão paralela complementar a esta tese seria analisar se em outras temáticas também surge esta dificuldade dos operadores do Direito em escutarem os diretamente envolvidos no caso, este trânsito tão livre dos operadores do Direito perante as normativas penais e processuais penais, bem como a livre disposição de normativas psicológicas, relatórios psicológicos e produções acadêmicas da Psicologia. Dizendo de outro modo, poder-se-ia pesquisar em que medida esta postura profissional relaciona-se à própria temática da violência sexual.

Na mesma direção, também seria interessante indagar sobre as características dos casos já referenciados nesta tese que podem ter mobilizado determinados viesamentos morais dos operadores do Direito. Assim, talvez se salientasse recortes classistas, sexistas, etaristas, racistas. Isto demandaria um debruçamento sobre cada um dos casos em sua profundidade. Assim, mesmo continuando a tratar de casos de violência sexual, ter-se-ia muito a complexificar na análise desta moral do operador do Direito.

Cabe ainda dizer que, caso se estudasse as decisões de um operador do Direito em particular, poder-se-ia estabelecer relações entre a moral deste operador e sua função no processo em questão (defensor, delegado, promotor de justiça ou magistrado). Poder-se-ia simplesmente apontar de maneira evidente como um mesmo operador do Direito apresenta entendimentos diferenciados em diferentes casos, e a partir daí indagar se isto se deve a aspectos do caso que o mobilizaram de maneiras diversas, e/ou se se deve a modificações na própria maneira de pensar daquele operador do Direito com o passar do tempo. Para isto, seria fundamental relacionar as datas em que este profissional explicitou diferentes compreensões sobre a temática nos processos dos quais participou. Isto facilitaria perceber se decisões em períodos semelhantes são significativamente diferentes (o que nos levaria a pensar na mobilização que o caso trouxe ao operador do Direito. Ou, por outro lado, se as modificações dos pilares de seus posicionamentos dá-se com o passar do tempo, não sofrendo influência tão evidente dos casos singulares. De qualquer maneira, estas também são possibilidades de futuras pesquisas.

Ademais, seriam significativamente enriquecedoras pesquisas sobre o uso que os operadores do Direito fazem do saber de outros campos do saber que não a Psicologia. Neste trabalho se apontou, em um único momento, a menção a documentos médicos. Ali pareceu ser utilizado tão livremente quanto os documentos, normativas e literaturas psicológicos. Porém, evidentemente isto mereceria um estudo aprofundado, no qual se abordaria, por exemplo, como estes profissionais (des)consideram normativas dos conselhos federais de engenharia, serviço social, como se autorizam a citar produções acadêmicas de outros campos do saber e mesmo como utilizam documentos produzidos por profissionais como dentistas, pedagogos, etc. Dizendo de outro modo, seria complementar a esta tese um trabalho que colocasse em primeiro plano as relações entre o Direito e um determinado campo do saber. Nesta pesquisa, abordou-se a relação com a Psicologia, mas mesmo assim este não foi o foco da pesquisa. Foi apenas mais uma via de demonstração de como lidam com a temática da violência sexual.

Por fim, cabe observar que se reconhece haver, na atuação de alguns psicólogos, a interferência da subjetividade do profissional de uma maneira além da inevitável (e indispensável) a qualquer trabalho com humanos. No caso de avaliações psicológicas, isto é tão presente que é significativo o número de processos éticos relativos ao não respeito dos princípios éticos e previstos para a redação de documentos psicológicos no contexto jurídico. Nesta direção, há psicólogos tecendo posicionamentos que mais parecem ser da ordem de acusações, defesas e julgamentos. Melhor dizendo, há psicólogos exercendo o papel de operadores do Direito. Aliás, muitas das avaliações psicológicas na relação com o Direito são (poderiam ser) invalidadas por esta razão, em linhas gerais.

Assim, não se propõe que operadores do Direito recorram à ação do psicólogo como garante da neutralidade, mas apenas que recorram a qualquer campo de saber necessário em cada caso, porque, neste movimento, pressupõem que não detêm a verdade plena. E isto, sim, parece fundamental. Ademais, as diferenciações teóricas aqui debatidas para singularizar os casos não são acolhidas por todos os psicólogos e psicanalistas. Portanto, não é garantia que, recorrendo a um psicólogo, os operadores do Direito questionem, por exemplo, suas concepções de trauma, violência, livre-arbítrio, vulnerabilidade, sexualidade, credibilidade de testemunho, etc.

Entretanto, a subjetividade presente nas ações dos psicólogos não foi o foco deste trabalho. Acredita-se, de qualquer modo, que trabalhos nesta direção igualmente colaborariam com a continuidade e complexificação das questões levantadas por esta pesquisa.

REFERÊNCIAS

- Abram, J. (2000). *A linguagem de Winnicott*. Rio de Janeiro: Revinter.
- Aguiar, F. (2006). *Questões epistemológicas e metodológicas em psicanálise*. *Jornal de Psicanálise*, 39(70), 105-131. Recuperado em 28 de junho de 2015, de http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-58352006000100007&lng=pt&tlng=pt.
- Alberti, S., & Elia, L. (2008). *Psicanálise e Ciência: o encontro dos discursos*. *Revista Mal Estar e Subjetividade*, 8(3), 779-802. Recuperado em 14 de março de 2018, de http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482008000300010&lng=pt&tlng=pt.
- Amendola, M. F. (2009). *Analisando e (des)construindo conceitos: pensando as falsas denúncias de abuso sexual*. *Estudos e Pesquisas em Psicologia*, 9(1) Recuperado em 18 de maro de 2018, de http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-42812009000100016&lng=pt&tlng=pt.
- American Psychiatric Association. (2014). *DSM-5: manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais*. 5. ed. Porto Alegre: Artmed.
- Andrade, V. (1996). *Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina?*. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, 17(33), 87-114. doi:<http://dx.doi.org/10.5007/15741>
- Andrade, L. R. da. (2002). *Direito penal diferenciado*. Tubarão, Studium.
- Andrade, V. (2005). *A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher*. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, 26(50), 71-102. doi:<http://dx.doi.org/10.5007/1518>
- Andrade, L. R. da. (2007). *Violência: Psicanálise, direito e cultura*. Campinas, Millennium.

- Andrade, V.(2012). *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. São Paulo: Revan.
- Anitua, G.I. (2008). *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan (Pensamento criminológico).
- Barros Filho, C.; Pondé, F. (2017). *O que move as paixões*. Campinas: Papyrus.
- Beiras, A.; Cantera, L.M. *Narrativas personales, construcción de masculinidades –aportaciones para la atención psicosocial a hombres autores de violencia*.PSICO, Porto Alegre, PUCRS, v.43, n.2, pp.251-259, abr./jun.2012.
- Beiras, A.; Moraes, M.; Alencar-Rodrigues, R.de; Cantera, L.M. (2012). *Políticas e leis sobre violência de gênero – reflexões críticas*. *Psicologia & Sociedade*; 24(1), 36-45.
- Bento, V.E.S. (1986). *Os componentes psicopatológicos das toxicomanias*. Curitiba: Edição do autor.
- Birman, J. *Psicanálise, ciência e cultura*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.
- Birman, J. (2002). *Nas bordas da transgressão*.In: Plastino, C.A. (Org.). *Transgressões*. Rio de Janeiro: Contra Capa.p.43-61.
- Birman, J. (2003). *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação* (4a ed.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- Brasil. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF.
- Brasil. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, DF.
- Brasil. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília,DF.

Brasil. Decreto nº 99710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF.

Brasil. Lei n.12.015, de 09 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Brasília, DF

Butler, J. (2006). *Vida precaria: el poder del duelo y la violencia*. Buenos Aires: Paidó (Espacios del saber).

Campos, C.H. de (1998). *O discurso feminista criminalizante no Brasil: limites e possibilidades*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil.

Campos, C.H. de & Carvalho, S. de (2006). *Violência doméstica e juizados especiais criminais: análise a partir do feminismo e do garantismo*. Revista Estudos Feministas, 14(2), 409-422. Retrieved June 28, 2015, from http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2006000200005&lng=en&tlng=pt.10.1590/S0104-026X2006000200005.

Carvalho, S. de (2011). *Como não se faz um trabalho de conclusão*. São Paulo: Saraiva.

Chemama, R. (Org.) (1995). *Dicionário de psicanálise*. Porto Alegre: Artes Médicas.

Conselho Federal de Psicologia. Institui e regulamenta a Concessão de Atestado Psicológico para tratamento de saúde por problemas psicológicos. Resolução n.015, de 13 de dezembro de 1996.

Conselho Federal de Psicologia. Institui o Manual de Elaboração de Documentos Escritos produzidos pelo psicólogo, decorrentes de avaliação psicológica e revoga a Resolução CFP ° 17/2002. Resolução n. 007, de 14 de junho de 2003.

- Conselho Federal de Psicologia. Dispõe sobre a atuação do psicólogo como perito e assistente técnico no Poder Judiciário. Resolução n. 008, de 30 de junho de 2010.
- Conselho Federal de Psicologia. Instrui a Regulamentação da Escuta Psicológica de Crianças e Adolescentes envolvidos em situação de violência, na Rede de Proteção. Resolução n. 010, de 29 de junho de 2010.
- Conselho Federal de Psicologia. Dispõe sobre a atuação do psicólogo como Perito nos diversos contextos. Resolução n. 017, de 29 de outubro de 2012.
- Conselho Federal de Psicologia. Estabelece diretrizes para a realização de Avaliação Psicológica no exercício profissional da psicóloga e do psicólogo, regulamenta o Sistema de Avaliação de Testes Psicológicos - SATEPSI e revoga as Resoluções n° 002/2003, n° 006/2004 e n° 005/2012 e Notas Técnicas n° 01/2017 e 02/2017. Resolução n. 09, de 25 de abril de 2018.
- Costa, J.F. (1986). *Violência e psicanálise* (2a ed.). Rio de Janeiro: Graal.
- Costa, J.F. (2002). *Criatividade, transgressão e ética*. In: Plastino, C.A. (Org.). *Transgressões* (pp.63-76). Rio de Janeiro: Contra Capa.
- Cromberg, R.U. (2002). *Cena Incestuosa*. São Paulo: Casa do Psicólogo.
- Elia, L.(2000). *Psicanálise: clínica & pesquisa*. In: Alberti, S.; Elia,L.(Orgs.). *Clínica e pesquisa em psicanálise* (pp.19-35). Rio de Janeiro: Rio Ambiciosos.
- Elia, L. (2008). *A letra na ciência e na psicanálise*. *Estilos da Clínica*, 13(25), 64-77. Recuperado em 14 de março de 2018, de http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-71282008000200005&lng=pt&tlng=pt.
- Elia, L.(2015). *Política da Psicanálise e política do Estado: uma exclusão possivelmente fecunda*. In: Barros, R.M.M.de; Darriba,

- V.A.(Orgs.). *Psicanálise e Saúde: entre o Estado e o sujeito* (pp.69-82). Rio de Janeiro: Faperj/Companhia de Freud.
- Elia, L.(2016). *Infância e direito: criança protegida ou superprotegida pelo Estado?* In: Voltolini, R.(Org.). *Crianças públicas, adultos privados* (pp.167-178). São Paulo: Escuta/Fapesp.
- Enriquez, E. (2002). *Um mundo sem transgressão*. In: Plastino, C.A. (Org.). *Transgressões* (pp.113-126). Rio de Janeiro: Contra Capa.
- Fagundez, P. (2006). *A psicanálise, a ciência e o sujeito do direito*. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, 27(52), 243-256.
doi:<http://dx.doi.org/10.5007/15210>
- Fassin, D. (2009). *Beyond good and evil? Questioning the anthropological discomfort with morals*. *Anthropological Theory*, n. 8, v. 4, pp. 333-344.
- Fassin, D.; Rechtman, R. (2007). *L'empire du traumatisme. Enquête sur la condition de victime*. Paris: Flammarion.
- Felipe, S.& Philipi, J.N. (1996). *O corpo violentado: estupro e atentado violento ao pudor: um ensaio sobre a violência e análise de três filmes à luz do contratualismo e da leitura cruzada entre direito e psicanálise*. Florianópolis: Gráfica/UFSC.
- Fernandes, T. & Brito, L.M.T. de. (2015). *A escuta de crianças no sistema de Justiça: ações e indagações*. *Desidades*, 9, 51-62.
Recuperado em 21 de julho de 2018, de
http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2318-92822015000400005&lng=pt&tlng=pt.
- Ferreira, A.B. de H. (1986). *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.
- Figueiredo, L.C.M. (2004). *Revisitando as psicologias: da epistemologia à ética das práticas e discursos psicológicos*. Rio de Janeiro: Vozes.
- Foucault, M.(2001). *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal.

- Freud, S. (1906/1996). *A psicanálise e a determinação de fatos psíquicos*. Edição Standard Brasileira das Obras Completas (Vol.9). Rio de Janeiro: Imago.
- Freud, S. (1910/1996). *Um tipo especial da escolha de objeto feita pelos homens (Contribuições à Psicologia do amor I)*. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas(Vol.11). Rio de Janeiro: Imago.
- Freud, S. (1913/1996). *O interesse científico da psicanálise*. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas (Vol.13). Rio de Janeiro: Imago.
- Freud, S. (1915/1996). *Pulsão e seus destinos*. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas (Vol.14). Rio de Janeiro: Imago.
- Freud, S. (1916/1996). *Criminosos em consequência de um sentimento de culpa: Alguns tipos de caráter encontrado no trabalho analítico*. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas (Vol.14). Rio de Janeiro: Imago.
- Freud, S. (1917/1996). *Os caminhos da formação dos sintomas*. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas (Vol.16). Rio de Janeiro: Imago.
- Freud, S. (1917/1996). *Luto e melancolia*. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas (Vol.14). Rio de Janeiro: Imago.
- Freud, S. (1927/1996) *O futuro de uma ilusão*. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas (Vol.21). Rio de Janeiro: Imago.
- Freud, S. (1930/1996) *O mal-estar na civilização*. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas (Vol.21). Rio de Janeiro: Imago.
- Freud, S. (1931/1996). *O parecer da faculdade no processo Halsmann*. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas(Vol.21). Rio de Janeiro: Imago.

- Guimarães, B. F. *Escrita e autoria: efeitos da escrita sobre o sujeito que escreve*. Florianópolis, 2007. 111 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em Psicologia.
- Gusso, L. de C.S. (2011). *O sujeito de direito entre a transcendência e o desejo: uma leitura psicanalítica de poder e resistência*. Revista de Direito da Univille - Universidade da Região de Joinville, Joinville, 1(1), 44-51.
- Iribarry, I.N. (2003). *O que é pesquisa psicanalítica?*. *Ágora: Estudos em Teoria Psicanalítica*, 6(1), 115-138. Retrieved June 28, 2015, from http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-14982003000100007&lng=en&tlng=pt. 10.1590/S1516-14982003000100007.
- Kalina, E.; Kovadloff, S.(1980). *Drogadicção: indivíduo, família e sociedade*. 2 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves.
- Kehl, M.R. (2002). *Sobre ética e psicanálise*. São Paulo, Companhia das Letras.
- Kelsen, H.(1998). *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- Kroth, V.W.(2008). *As famílias e os seus direitos no Brasil: conceituação sócio-histórica, previsão legal e decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça entre a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002*. Dissertação (Mestrado em Sociologia Política) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis.
- Landry, M. (1981). *O psiquiatra no tribunal: o processo da perícia psiquiátrica em justiça penal*. São Paulo: Pioneira/EDUSP.
- Laplanche, J. Responsabilité ET réponse. In: Laplanche, J. *Entre séduction et inspiration: l'homme*. Paris: PUF/Quadrige, PP.143-172.
- Laplanche, J. & Pontalis, J.-B. (1998). *Vocabulário de psicanálise* (3a ed.). São Paulo: Martins Fontes.

- Lewandowski, R. *Moral, moralismo e direito, Tendências/Debates*, Folha de São Paulo, 24/10/2017.
- Lima, L.T. de O. (n.d). *Sobre violência e cultura: uma ponte entre a antropologia e a psicanálise*. In: Khouri, M.G.; Pastore, J.A.D.; Sucar, I.Z.; Ajzenberg, R.P. & Morano, R., Filho. *Leituras psicanalíticas da violência* (pp.75-83). São Paulo: Casa do Psicólogo.
- Marie, P. *Psychanalyse, psychotherapie: quelles différences?* Paris, Aubier/Flammarion.
- Medrado, B.; Mélo, R.P.(2008). *Posicionamentos críticos e éticos sobre a violência contra as mulheres*. *Psicologia & sociedade*, 20 (Edição Especial), 78-86.
- Mezan, R. (1993). *A sombra de Don Juan e outros ensaios*. São Paulo: Brasiliense, 1993.
- Mezan, R. (2002). *Interfaces da psicanálise*. São Paulo: Companhia das Letras.
- Mezan, R. (2007). *Que tipo de ciência é, afinal, a Psicanálise?* *Natureza Humana*, 9(2):p.319-359. Disponível em:
<http://cafepsicanaliseecia.com.br/wp-content/uploads/2014/02/Que-tipo-de-ci%C3%AAncia-%C3%A9-afinal-a-Psican%C3%A1lise.pdf>.
 Acesso em: 28 abr. 2014.
- Michaelis (2009). *Dicionário prático da língua portuguesa*. 2 ed. São Paulo: Melhoramentos.
- Mijolla-Mellor, S. (2004). *La recherche en psychanalyse à l'université*. *Recherches em Psychanalyse*, 1, 27-47.
- Montagna, P. (n.d.). *Violência, psicanálise e interdisciplinariedade*. In: Khouri, M.G.; Pastore, J.A.D.; Sucar, I.Z.; Ajzenberg, R.P. & Morano, R., Filho. *Leituras psicanalíticas da violência* (pp.101-118). São Paulo: Casa do Psicólogo.
- Náufel, J. (1984). *Novo dicionário jurídico brasileiro*. 7 rev. atual. E ampliada. São Paulo: Parma.

- Navegantes, L. de F. (1997). *Vítimas...e depois?* Revista da Associação Psicanalítica de Curitiba, 24, 79-88. Curitiba, APC.
- Oliveira, A. da C. (2010). *Sujeito, Direito e desejo: aproximação entre direito e psicanálise*. Captura Críptica: direito, política, atualidade, 1(3), 285-322.
- Organização Mundial da Saúde (1997). *CID-10: classificação estatística internacional de doenças e problemas relacionados à saúde*. 10a rev. São Paulo: Universidade de São Paulo.
- Pelacani, W.L. (2003). *O perito judicial e o assistente técnico*. Curitiba: JM.
- Pereira, L.S. (1995). *Lolita – um comentário a partir do romance de Vladimir Nabokov*. In: Associação Psicanalítica de Porto Alegre. *Psicanálise em tempos de violência* (pp.95-100). Porto Alegre: Artes e Ofícios.
- Phillippi, J.N. (1991). *O sujeito do direito: uma abordagem interdisciplinar*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil.
- Phillippi, J.N. (1996). *Direito e Psicanálise*. In: Arguello, K. *Direito e democracia* (pp.123-146). Florianópolis: Letras Contemporâneas.
- Phillippi, J.N. (2001). *Observações sobre as possibilidades de redefinição da categoria Sujeito do Direito*. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, 22(42), 53-64.
doi:<http://dx.doi.org/10.5007/15393>
- Pommier, G. (1990). *O desenlace de uma análise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.
- Rey, A. & Rey-Debove (dir.). *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (Le Petit Robert 1). Paris: Dictionnaires Le Robert, 1990.
- Reymundo, O. (2002). *Psicanálise e segregação*. In: Phillippi, J.N. (Org.). *Legalidade e subjetividade* (pp.105-113). Florianópolis: Fundação Boiteux.

- Rezende, A. C. F. (2009). *Dicionário jurídico especial*. Leme: J.H. Mizuno.
- Ribeiro, C. M. (2011). Crianças, gênero e sexualidade: realidade e fantasia possibilitando problematizações. *Revista Estudos Feministas*, 19(2), 605-614. <https://dx.doi.org/10.1590/S0104-026X2011000200020>
- Rifiotis, T. *Entre teoria, estética e moral: repensando os lugares da antropologia na agenda social da produção de justiça*. *Antropologia em Primeira Mão*, v. 141, p. 1-23, 2014.
- Roberti Junior, J.P. (2015). *O “depoimento sem dano” em ação: cartografia de controvérsias da produção de provas criminais com crianças e adolescentes*. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis.
- Rosa, A.M. da. *O desejo para fora: como o Direito nega o estatuto de sujeito do desejo para crianças nos Processos Criminais*. *Revista da Associação Psicanalítica de Curitiba*, 24, 27-41. Curitiba, APC, 1997.
- Rosa, M.D. (2004). *A pesquisa psicanalítica dos fenômenos sociais e políticos: metodologia e fundamentação teórica*. *Revista Mal-Estar e Subjetividade*, 4(2). Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/malestar/v4n2/08.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2014.
- Rosa, M.D.& Domingues, E. (2010). *O método na pesquisa psicanalítica de fenômenos sociais e políticos: a utilização da entrevista e da observação*. *Psicologia & Sociedade*, 22(1), 180-188. Retrieved June 28, 2015, from http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822010000100021&lng=en&tlng=pt. 10.1590/S0102-71822010000100021.
- Roudinesco, E. & Plon, M. (1998). *Dicionário de psicanálise*. Rio de Janeiro: Zahar.
- Rudge, A.M. (Org.). (2006). *Traumas*. São Paulo: Escuta.

- Salum, M.J.G. (2012). *O adolescente, o ECA e a responsabilidade*. In: Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade (6), 162-176.
- Santos, L.; Nogueira, C.(2011). *Sexualidades masculinas, expressão emocional e afetiva: Das (im)possibilidades construídas, às experiências de opressão*. In: A. I. Sani (Ed). Temas em vitimologia: realidades emergentes na vitimação e respostas sociais (pp.115-134). Coimbra: Almedina
- Satafle, V. *Quem protege as crianças dos protetores?*. Folha de São Paulo, 24/11/2017.
- Schaefer, L. S., Rossetto, S., & Kristensen, C. H. (2012). *Perícia psicológica no abuso sexual de crianças e adolescentes*. Psicologia: Teoria e Pesquisa, 28(2), 227-234. <https://dx.doi.org/10.1590/S0102-37722012000200011>
- Silva, C.M. da. (2002). *Do direito ao desejo: subjetividade e legalidade*. In: Phillippi, J.N. (Org.). Legalidade e subjetividade (pp.13-19). Florianópolis: Fundação Boiteux.
- Silva, D.P. e. (2004). *Vocabulário jurídico*. 25 ed. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional.
- Silveira Filho, D.X. (1996). *Dependências: de que estamos falando, afinal?*. In: Silveira Filho, D.X.; Gorgulho, M. (Orgs.). Dependência: compreensão e assistências às toxicomanias: uma experiência do PROAD (pp.01-13). São Paulo: Casa do Psicólogo.
- Souza, J.M.P. de & Moreira, J. de O. (2014). *Psicanálise e direito: escutar o sujeito no âmbito das medidas socioeducativas*. Estud. pesqui. psicol., Rio de Janeiro, 14(1), 182-200. Recuperado em 14 jun. 2013, <<http://periodicos.uniban.br/index.php?journal=RBAC&page=article&op=view&path%5B%5D=297&path%5B%5D=236>>
- Souza, M. de (2011). *Vazio, feminino e restos*. In: Souza, M. de; Martins, F.M.M.C.; Araújo, J.N.G.de (Orgs.). Dimensões da violência: conhecimento, subjetividade e sofrimento psíquico (pp.73-91). São Paulo: Casa do Psicólogo.

- Spivak, G.C.(2010). *Pode o subalterno falar?* Belo Horizonte, Editora UFMG.
- Terra, L. S.; Alvarenga, A. R. (2015). *Os maus antecedentes são perpétuos?* R. Curso Dir. UNIFOR, Formiga, v. 6, n. 2, p. 155-178, jul./dez. 2015.
- Trindade, J.; Trindade, El.K.; Molinari, F. (2010). *Psicologia judiciária: para a carreira da magistratura*. Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- Vitral, W.(1986). *Vocabulário jurídico: volume V, A-Z*. 4 ed. Rio de Janeiro: forense.
- Winnicott, D. (1987) *Privação e delinquência*. Martins Fontes, São Paulo
- Winnicott, D. (1989) *Tudo começa em casa*. Martins Fontes, São Paulo
- Zimerman, D.E. (2001). *Vocabulário contemporâneo de psicanálise*. Artmed: Porto Alegre.

