

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE GRADUAÇÃO DE DIREITO

TATIANA FERREIRA LIMA

**A DENÚNCIA CALUNIOSA NA PENALIZAÇÃO E NA COMPOSIÇÃO DO
CONFLITO FAMILIAR**

RECIFE
2015

TATIANA FERREIRA LIMA

**A DENÚNCIA CALUNIOSA NA PENALIZAÇÃO E NA COMPOSIÇÃO DO
CONFLITO FAMILIAR**

Monografia apresentada à Faculdade Damas
da Instrução Cristã como requisito para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

RECIFE
2015

Lima, Tatiana Ferreira

A denúncia caluniosa na penalização e na composição do conflito familiar. /
Tatiana Ferreira Lima. – Recife: O Autor, 2015.

62 f.

Orientador(a): Prof^a. Renata Celeste

Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã.
Trabalho de conclusão de curso, 2015.

Inclui bibliografia.

1. Direito. 2. Conflito familiar. 3. Denúncia caluniosa. 4. Penalização. I.
Título.

34

CDU (2.ed.)

Faculdade Damas

340

CDD (22.ed.)

TCC 2015-366

TATIANA FERREIRA LIMA

**A DENÚNCIA CALUNIOSA NA PENALIZAÇÃO E NA COMPOSIÇÃO DO
CONFLITO FAMILIAR**

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Orientadora Prof^a. Renata Celeste

1º Examinador Prof.

2º Examinador Prof.

RESUMO

A prática jurídica em torno da resolução de conflitos gerados no âmbito familiar tem demonstrado a crescente de denúncias caluniosas gestadas por e em relação a membros desse mesmo contexto, muitas vezes utilizando crianças e adolescentes como bodes expiatórios ao figurarem como vítimas das condutas criminosas falsamente imputadas. Diante disso, o presente trabalho buscou responder à pergunta sobre qual o papel desempenhado pela denúncia caluniosa na composição e na penalização do conflito familiar. Lançou-se a hipótese de que isso derivaria mais de um exercício de autotutela para efetivar a justiça privada pelas próprias mãos, do que da eleição do Poder Judiciário como instância mediadora da promoção de uma justiça pública. No intuito de analisar essa questão central, traçou-se um panorama, em uma pesquisa bibliográfica interdisciplinar, sobre as diferentes formas de composição de conflitos e a tipificação da denúncia caluniosa, e sobre o crescimento do discurso punitivo associado à judicialização das demandas do homem contemporâneo. A partir daí, analisou-se como esse contexto geral podia estar relacionado ao efeito da penalização dos conflitos familiares por meio da prática da denúncia caluniosa. Desse empreendimento, verificou-se que as mudanças sociais ocorridas nos últimos séculos em torno da geração de uma sociedade do risco e da generalização de um sentimento de insegurança, convenientemente sustentados pelos meios de comunicação em massa, levaram à expansão do penalismo e do discurso punitivo característico de uma política criminal e de gerencialismo, onde o critério quantitativo aparece vinculado a uma significação capaz de tornar propostas no âmbito da perseguição e da imposição da pena como aparentes vias de solução. Ao mesmo tempo, o desenvolver da crítica cientificista, ao colocar em dúvida as figuras de autoridade de outrora, gera uma sensação de desamparo em que o homem, ao mesmo tempo em que reivindica sua autonomia, sofre as consequências de ter que assumir a responsabilidade sobre si mesmo. Isso ajuda a asseverar um conflito interno relativo ao reconhecimento reiterado de si enquanto ser incompleto e que não se basta por si só, podendo levá-lo tanto a uma postura de agressividade em nome de assegurar seu próprio narcisismo, quanto à de submissão frente a qualquer proposta salvadora. A busca pela completude se torna ainda mais premente diante da eminência de uma cultura de consumo, onde a satisfação imediata é vendida e ansiada acima de tudo. Assim, o Direito aparece como instrumento também para essa satisfação, tornando-se um Direito de Conforto. A demanda familiar, por sua vez, historicamente e desde sua conceituação, não se aliena desse contexto, de modo que o conflito estabelecido nesse âmbito, ao protagonizar aspectos da judicialização e da penalização, no que se toma a denúncia caluniosa como um dos modos de fazê-lo, nada mais é do que um sintoma dessa sociedade, que não só cria um problema de natureza jurídica, como é alimentado pelas suas próprias características de funcionamento. Assim, faz-se necessário intensificar a problematização sobre como promover uma reforma em torno do sistema, para que este assim possa se tornar verdadeiramente efetivo em torno da sua teleologia.

Palavras-chave: denúncia caluniosa; penalização; conflito familiar.

ABSTRACT

Judicial praxis around family conflicts has shown an increasing number of false denunciations originated by and directed against members of the same family context, usually putting children as victims of the crimes untruthfully imputed. Thus, the present work tried to answer which is the role performed by the false denunciation in the composition and in the penalization of the family strife. As a hypothesis, it was supposed that this sort of phenomena would derive from an exercise of the self-protection, more as an attempt to reach private justice with one's own hands than as an endeavor to promote public justice through the work of the formal jurisdiction. To answer this central question, it was drawn a picture, within an interdisciplinary bibliographic inquiry, of the different kinds of solving conflicts strategies, of the elements of the false denunciation according to Brazilian laws and of the increasing punitive discourses associated with the judicialization of the contemporary human demands. Then it was analyzed how this general context could be related to the effects of the penalization of the family conflicts by the practice of the false denunciation. From this enterprise, it was verified that the occurring social changes in the last centuries around the generation of the risk society and around the generalization of an insecurity feeling, conveniently sustained by the massive communication means, all those things lead to an expansion of the criminal law and of the punitive discourse, characteristic of a criminal policy and of the managerencialism, where the quantitative criteria appears tied to some sort of meaning capable to turn proposals as those of persecution and penalty imposition into ways of solution. Meanwhile, the development of the scientific criticism put in doubt the authority figures of old, creating a helplessness sensation where human kind, despite claiming for autonomy, suffers the consequence of having to assume the responsibility for themselves. It helps to asseverate an internal conflict about recognizing oneself as an incomplete being, what can lead to an aggressive attitude to secure one's own narcissism or to submit oneself to any salvation proposal. Searching for wholeness becomes even more imperious within the consumerism culture, where immediate satisfaction is sold and yearned more than anything. So, even Justice appears as a tool to reach this goal of satisfaction, becoming a *Droit de confort*. Family conflicts, by their own time, historically cannot be alienated from this context, so the established conflict in this regard is nothing more than a symptom of the judicialization and of the penalization aspects of the contemporary society, where false denunciation appears just as one way of reinforcing those statements. It not only generates a judicial issue, as it is fed by the structure of the last one itself. Thereby it is necessary to increase the questioning of how to reform the system so it can truly fulfill its own purposes.

Key-words: false denunciation; penalization; family conflict.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 DA COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS À DENUNCIÇÃO CALUNIOSA	10
2.1 Sobre os meios de resolução dos conflitos	10
2.2 A denúncia caluniosa como ameaça à administração da justiça: análise do tipo.....	11
2.2.1 <i>Bem jurídico tutelado</i>	12
2.2.2 <i>Sujeitos do crime</i>	13
2.2.3 <i>Elementos objetivos do tipo</i>	14
2.2.4 <i>Elementos subjetivos do tipo</i>	16
2.2.5 <i>Consumação e tentativa</i>	17
2.2.6 <i>Pena e ação penal</i>	19
3 DA PENALIZAÇÃO DOS CONFLITOS ÀS DEMANDAS DO HOMEM CONTEMPORÂNEO	21
3.1 Da penalização dos conflitos	21
3.2 A judicialização em torno do mal estar: o sujeito do desamparo	31
4 DA FAMÍLIA À DENUNCIÇÃO CALUNIOSA	37
4.1 A família e suas vicissitudes	37
4.2 A denúncia caluniosa no âmbito do conflito familiar e da alienação parental.....	46
5 CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

Na prática jurídico-penal associada, não raramente se encontram em tramitação processos iniciados a partir de denúncias caluniosas. O caráter de falsidade da imputação, quando evidenciado, o é já após sua passagem por diversos procedimentos dentro do Judiciário, ou seja, depois de já terem causado grande ônus à pessoa acusada, à administração da justiça e à ordem social como um todo.

Nesse contexto, as falsas ocorrências envolvendo crianças e adolescentes como (supostamente) ofendidos em casos de maus tratos ou de abuso sexual, por exemplo e por sua própria natureza, muitas vezes tornam a prática comentada mais evidente apenas quando da escuta realizada por psicólogos e/ou assistentes sociais incumbidos da tarefa de elaborar relatórios acerca do fato para juízes e promotores de justiça. A partir daí é que se pode ter um acesso, ainda que limitado, ao contexto mais amplo dos conflitos, normalmente familiares, em torno dos quais essa denúncia caluniosa surge.

Há de se considerar que tal modalidade de denúncia se trata de crime previsto no Código Penal Brasileiro em seu artigo 339¹. Por sua própria falsidade, o conteúdo da denúncia caluniosa não deve ser processado adiante – sendo esta, muitas vezes, na prática, arquivada ou implicando no pedido posterior de desistência da ação pelo denunciante –.

Diante disso, considera-se que o tema possui particular relevância, uma vez que a denúncia caluniosa ocasiona uma série de problemáticas à sociedade e à própria administração pública. Trata-se de um fenômeno que parece envolver uma transferência desarrazoada da responsabilidade de lidar com o conflito pessoal e cotidiano, promovendo uma obstrução desnecessária do Poder Judiciário frente ao excesso de demanda – demanda essa baseada na falsa imputação de crimes –, dificultando, em via de consequência mais ampla, a efetividade do acesso à justiça.

Por extensão, pode envolver crianças e adolescentes como “bodes expiatórios” de uma contenda conjugal que é perpetuada através da sua judicialização, gerando consequências ao desenvolvimento daquelas, principal e visivelmente, quando implicadas no processo de alienação parental. Ademais, não raro, submete pessoas inocentes quanto ao delito à grave estigmatização social naturalmente relacionada à imputação de um crime, o que, muitas vezes,

¹ “Art. 339 – Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente:
Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.” (BRASIL, 1940)

por si só já atua num processo de condenação e exclusão social prévia do outro, à revelia das circunstâncias deflagradoras da realização da denúncia.

Ora, mas se inexistia o fato criminalmente imputável e provocador da atividade jurisdicional, questiona-se se será possível defender a ideia de que, nessa relação jurídica, o Judiciário emerge como sendo eleito pelas partes como um terceiro imparcial em prol de efetivamente se buscar, através dele, uma solução para o conflito; ou se a denúncia sozinha já seria catártica e vingativa em si mesma para quem a efetua.

É diante desse contexto duvidoso que emerge o presente problema de pesquisa: **qual o papel desempenhado pela denúncia caluniosa na composição e na penalização do conflito familiar?**

Quanto ao problema apresentado, trabalha-se com a hipótese de que a denúncia caluniosa surge mais como uma forma de autotutela (enquanto meio de fazer justiça pelas próprias mãos) do que como um real ponto de partida para tentar resolver a contenda pela via da heterocomposição (elegendo um terceiro imparcial capaz de apreciar o conflito posto).

Dessa forma, este trabalho possui como objetivo norteador efetuar essa análise quanto a que papel a denúncia caluniosa desempenha na composição do conflito familiar. Para tanto, buscar-se-á a) compreender, a princípio, as diferentes formas de composição de conflitos e a tipificação da denúncia caluniosa; b) discutir o panorama do crescimento do discurso punitivo associado à judicialização das demandas do homem contemporâneo; bem como c) analisar como esse contexto pode estar relacionado às vicissitudes que levam à penalização dos conflitos familiares por meio da prática da denúncia caluniosa.

Metodologicamente, intenciona-se lançar mão de uma abordagem explicativa por meio de estudo bibliográfico, com levantamento de literatura interdisciplinar. Assim, considerando-se a impossibilidade de compreender um fenômeno jurídico senão a partir de suas bases individuais e sociais, este estudo buscará realizar, a todo o momento, um diálogo teórico com as áreas que já interatuam através do fenômeno, como a Psicologia e a Sociologia. Nesse sentido, o presente estudo se propõe a contribuir com reflexões pertinentes a toda a área do Direito, mas, de forma mais ampla, dirige-se à sociedade como um todo, na busca por trazer uma melhor compreensão acerca da prática da denúncia caluniosa (em particular a no contexto do conflito familiar), bem como sobre suas consequências para que, a partir daí, se possa pensar e promover alternativas para lidar com as causas geradoras dessa questão em um patamar que anteceda sua convergência para o Judiciário.

Objetivando-se alcançar a resolução do problema, se faz necessário caracterizá-lo à luz das mais atuais produções científicas a seu respeito, motivo pelo qual o presente texto se encontrará organizado em três capítulos teóricos. No primeiro, denominado “Da composição de conflitos à denúncia caluniosa”, será realizada uma exposição didática com vistas a delinear os conceitos-base problematizados, norteando sobre o que se entende por meios de composição de conflitos e analisando o tipo penal da denúncia caluniosa.

Na sequência, far-se-á, no capítulo “Da penalização dos conflitos às demandas do homem contemporâneo”, onde se buscará traçar um panorama social da expansão do Direito Penal associado ao crescimento de um discurso punitivo e de culpabilização abstrata na sociedade do risco. Ao mesmo tempo, pelo debate acerca das demandas que marcam o homem contemporâneo localizado num contexto fomentador do desamparo, buscar-se-á localizar o tema da judicialização pela verificação da emergência de uma visão do Direito do Conforto pautado pela lógica do consumo.

No capítulo seguinte, intitulado “Da família à denúncia caluniosa”, será realizada uma caracterização antropológica e psicossocial de como se foi desenvolvendo o conceito de família e sobre como a complexidade e a multicausalidade de suas questões acabaram repercutindo juridicamente no contexto atual caracterizado no capítulo anterior. Buscar-se-á, nessa seção, permitir um vislumbre de como e com que função essas demandas têm se apresentado na seara penal através do recurso da denúncia caluniosa, tema central do presente trabalho.

Dessa forma, se tentará elucidar algo dos mecanismos inerentes ao próprio processo de judicialização. Isso partindo do entendimento de que é apenas através de uma análise capaz de considerar as particularidades de um fenômeno, para só então abstraí-lo para uma generalização possível, que se poderá chegar não apenas ao estabelecimento de leis gerais teórico-científico-jurídicas, mas também a uma perspectiva de intervenção sobre a própria resolução dos conflitos, tão eminentes no panorama atual das sociedades ocidentais.

2 DA COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS À DENUNCIÇÃO CALUNIOSA

2.1 Sobre os meios de resolução dos conflitos

Segundo Grinover (2007) e Moreira (2011), nos primórdios da civilização, e até mesmo antecedendo a ela, tanto a designação do que era “direito”, quanto a sua própria defesa eram arbitrárias. Esta última, que se dava principalmente através da chamada *autotutela*, se caracterizava – seguindo a etimologia do termo, *auto*, do grego, “por si próprio” – pela busca efetuada pela própria pessoa no sentido de garantir seus próprios direitos.

Delgado (2011) descreve a autotutela como precursora da chamada justiça privada, posto que envolvesse o exercício da coerção em nome da defesa de interesses particulares. Todavia, o exercício desse meio de composição ou “resolução” de conflitos, naturalmente, acabava por implicar em uma busca pela completa submissão de um outro mais fraco ao interesse e à força de coerção do mais forte e capaz de subjugá-lo. Não se discute aqui, portanto, um ideal de justiça que não a meramente individual – uma sensação de justiça pela satisfação do desejo próprio – posto que a própria ideia de “direito” não se encontra sequer bem delineada.

Além da autotutela, em grupos e sistemas sociais de organização mais pautada em um senso de convivência e comunidade, ou mesmo de sobrevivência gregária, surge outro meio de se solucionar os conflitos – muito antigo, mas que hoje se busca cada vez mais resgatar –, a *autocomposição*. Esta envolveria uma tentativa de resolução de um problema entre as partes e que traria consigo o princípio da negociação da controvérsia. Em outras palavras, estaria associada à aceitação, a renúncias – totais ou parciais, unilaterais ou bilaterais –, ou à transação de vantagens ou direitos, interesses em geral, por meio do *consenso* (GRINOVER, 2007; DELGADO, 2011).

Entretanto, também aqui uma diferença na relação de poder – seja determinada por questões cognitivas e retóricas, seja por status social, político ou econômico – bastaria para que um possível ideal de justiça fosse afastado, dando lugar, mais uma vez (ainda que de forma mais sutil), à submissão de uma das partes à outra, retirando qualquer equilíbrio na transação. Passou-se então, cada vez mais, a se buscar a intervenção de um terceiro externo àquele problema e que fosse capaz de, a princípio, *mediar* a resolução do conflito, na tentativa de conferir-lhe um maior caráter de imparcialidade, surgindo aí a chamada *heterocomposição* (SENA, 2007; GRINOVER, 2007).

É interessante notar que, no lugar desse terceiro, naturalmente se colocavam, a princípio, figuras de autoridade da época, como sacerdotes ou anciãos (representando, respectivamente a Igreja e a Tradição). No entanto, à medida que a civilização ocidental foi evoluindo em complexidade e o Estado em nome dela foi se afirmando e ganhando poder, este, aos poucos e não por acaso, seguindo a decadência das demais instituições existentes, foi conseguindo se impor mesmo sobre os interesses particulares, tendo fornecido uma transição da justiça privada para a justiça pública, o que acabou culminando no nascimento da jurisdição.

Assim, com a emergência da heterocomposição e o fortalecimento do poder do Estado, contemporaneamente, a cultura – ocidental e, em particular, a brasileira – tem passado a, cada vez mais, buscar restringir o exercício da autotutela, através de proibições expressas em todo o ordenamento, dada a interpretação de que aquela viria mais para acirrar contendas e o sentimento de injustiça, de submissão e de vingança do que de realmente promover uma pacificação das rixas ou uma garantia de direitos detidos. Dessa forma, não só “o Estado chamou para si a titularidade da imposição de sanções aos seus jurisdicionados” (BASTOS, 2009), retirando o foco de qualquer significação pessoal de justiça elaborada pela vítima concreta, como se tornou o verdadeiro centro das demandas conflituais da sociedade.

2.2 A denúncia caluniosa como ameaça à administração da justiça: análise do tipo

Uma vez tendo o Estado concentrado em si mesmo o dever de administrar a justiça, com vedação da autotutela, há de se reconhecer a imensidão e a complexidade da carga por ele assumida, quanto mais estando a ele imposto o dever de eficiência e de eficácia na tutela dos direitos individuais e transindividuais. Diante de tal dificuldade, buscou-se proteger o aparelho estatal e, em particular, o Poder Judiciário de interferências que pusessem em risco seu funcionamento, o que, no âmbito do Direito Penal Brasileiro, aparece claramente exemplificado pelos tipos penais previstos no capítulo III (Dos Crimes Contra a Administração da Justiça) do Título XI (Dos Crimes Contra a Administração Pública) do Código Penal (Brasil, 1940), dentre os quais se encontra o delito de Denúncia Caluniosa previsto no artigo 339:

Art. 339 – Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente:
Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto.

§ 2º - A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção. (BRASIL, 1940)

O aspecto da criminalização dessas práticas possui fundamentos arcaicos e remonta ao próprio direito romano, não sendo apenas característica do Estado Democrático de Direito. Isso se justifica uma vez que se concebe como valor e interesse social a atuação regular da Justiça, sem a qual a paz estaria ameaçada pelos desmandos das autoridades e dos particulares. Nas palavras de Maluly (2006, p. 1), “quando se coloca em risco esta atividade estatal de distribuição da justiça, o próprio conjunto de direitos do cidadão fica comprometido, sem resguardo contra a investida dos injustos”. Ao mesmo tempo, buscar a justiça pode ser entendido como se lançar à proteção de direitos, de modo que, abalando-se aquela, todo o conjunto de bens jurídicos, todas as garantias individuais são colocadas em jogo, abalando-se o próprio Estado por inteiro.

A provocação da intervenção estatal por meio de uma comunicação falsa gera, pois, um prejuízo à Justiça na medida em que esta acaba por dispendir recursos em investigações irrelevantes, quando os poderia estar empregando na resolução das contendas que a cada ano mais se acumulam em processos estagnados, comprometendo a celeridade, a eficiência, o acesso à justiça, o devido processo legal e a prestação jurisdicional como um todo. Ao mesmo tempo, no caso particular da Denúncia Caluniosa – que identifica um falso autor para o ilícito imputado – ainda acaba por submeter a vítima ao constrangimento de ter de se defender, bem como ao estigma de ser ré em um processo criminal que, admitindo-se a possibilidade de falha humana, tem potencial para violar da mais grave maneira seu direito à liberdade.

Diante da gravidade da conduta apontada e do fato da experiência prática sugerir que, mesmo no âmbito familiar, tem havido cada vez mais casos de denúncias possivelmente enquadráveis nessa espécie, passar-se-á ao exame do tipo previsto no supracitado artigo 339 do Código Penal Brasileiro vigente.

2.2.1 Bem jurídico tutelado

A partir do já exposto, pode-se depreender que o legislador pátrio, ao elencar o delito de Denúncia Caluniosa na seção referente aos Crimes Contra a Administração da Justiça, buscou enfatizar esse bem jurídico (a administração da justiça) como o primordialmente protegido pelo tipo em apreço. Este abrange o bom e regular funcionamento e atuação de

todos os órgãos e agentes responsáveis pela investigação e pela persecução no âmbito penal, administrativo e civil, nos limites objetivos do tipo, e que são inutilmente chamados a agir pela acusação falsa.

Quanto ao reconhecimento desse bem jurídico, a doutrina parece ser pacífica. Todavia, razoável parcela (BITENCOURT, 2012; CAPEZ, 2012; MALULY, 2006) ainda adiciona os bens jurídicos individuais da honra e da liberdade daquele que se vê acusado falsamente. Isso porque a conduta põe em risco sua respeitabilidade, o bom conceito que faz de si e seu bom nome diante da sociedade, podendo não raro ser desta segregado, uma vez que reconhecemos o caráter instantâneo da condenação social, que não aguarda sentença judicial. Ao mesmo tempo, põe-se em risco a liberdade do indivíduo, uma vez que se impõe a ameaça de sanção futura sobre ela, além das restrições comuns impostas quando do andamento das investigações.

Trata-se, assim, de delito pluriofensivo, pois, conforme Moraes (1944, p. 14 *apud* MALULY, 2006, p. 33) “fere a reputação de um inocente, expondo-o aos azares de um processo criminal e aos possíveis erros de julgamento dos homens e atinge o próprio Estado numa de suas funções precípuas”, podendo, além disso, atingir injustamente outros bens individuais do acusado (como o patrimônio, por exemplo).

2.2.2 *Sujeitos do crime*

A princípio, o sujeito passivo seria o Estado, bem como a pessoa a quem tenha sido imputado falsamente o cometimento do crime, ofendida em sua honra, em sua liberdade e nos seus demais direitos. Esta pode ser também qualquer pessoa, ao menos para os dois primeiros casos de atuação provocável. Entretanto, caso o crime falsamente imputado seja próprio, o sujeito passivo do crime de denúncia caluniosa só poderá ser aquele pertencente à categoria de pessoas passíveis de figurar como sujeitos ativos do crime a ele imputado. Ressalte-se que, nessa matéria, Bitencourt (2012) opina no sentido de colocar a pessoa lesada em primazia à figura do Estado na designação do sujeito passivo, ainda que também admita o reconhecimento de ambos no mesmo pólo.

Acerca do sujeito ativo, a denúncia caluniosa, em regra, é tida como crime comum, cuja prática pode se dar por qualquer pessoa que impute falsamente a outra, de quem conhece a inocência, o cometimento de crime, fazendo com que seja instaurada investigação policial, processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade

administrativa – mesmo que se trate de autoridade policial, judiciária ou mesmo de membro do Ministério Público que atue com abuso de poder (CAPEZ, 2012) –. Todavia, nos casos de se imputar o cometimento de crime cuja legitimidade para intentar ação ou representação seja privativa de personalidades específicas (como nos crimes de ação privada ou pública condicionada à representação), o delito da denúncia caluniosa se tornará próprio, apenas podendo ser praticado por quem possuía a real capacidade de levar à instauração dos procedimentos contidos no tipo (HUNGRIA, 1981).

2.2.3 Elementos objetivos do tipo

Originariamente, antes da alteração estabelecida pela Lei 10.028 de 2000, o artigo 339 tipificava apenas a conduta de dar causa a investigação policial ou processo judicial ao imputar falsamente a alguém o cometimento de um crime, sabendo de sua inocência. Após a modificação citada, passou-se também a incluir, como elemento do tipo, os casos da referida conduta ocasionarem a instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa. Hoje, o que se tem em torno da denúncia caluniosa, em suma, é a imputação de um crime a sujeito passivo determinado com conhecimento de sua inocência, acarretando na produção de pelo menos um dos cinco efeitos previstos no tipo.

Esquemáticamente, tem-se a seguinte análise:

- *Dar causa*: implica em provocar espontaneamente e segundo um nexo de causalidade com a ação, seja por meio oral, escrito ou mesmo através de outrem (agindo maliciosamente a ponto de fazer com que um terceiro sujeito aja em seu lugar) a ação de autoridades envolvidas a seguir, retirando as instituições que administram a Justiça da inércia desnecessariamente – o que estabelece o diferencial do bem jurídico do presente tipo em contraste com o delito de calúnia, que apenas lesa a honra do sujeito a quem é imputada falsamente a prática de crime;

- *À instauração de investigação policial*: que, segundo a doutrina de Capez (2012) e de Maluly (2006), não exige a formalização do inquérito pela autoridade policial, bastando que sejam realizadas diligências em busca de elucidar o fato criminoso reputado e sua autoria, enquanto atividade estatal associada à *persecutio criminis*. Todavia, em julgado do Tribunal Regional Federal (3ª Região) – transcrito mais à frente no item 2.2.5 – assume-se posição diversa, exigindo a efetiva instauração de inquérito ou formalização da ação. De toda forma, do autor da diligência, segundo Maluly (2006), deve ter por exigido o exercício do poder de polícia, o que expandiria a abrangência desse componente do tipo para a Polícia Judiciária;

- *À instauração de processo judicial*: tomada pelo momento em que a denúncia ou queixa é recebida, não havendo que se falar em denúncia caluniosa caso tenha havido a rejeição dos referidos instrumentos acusatórios;

- *À instauração de investigação administrativa*: que pode envolver a realização de sindicâncias ou o início de processo administrativo disciplinar. Tal investigação pode se dar tanto pela atuação da Administração Pública, nos limites de sua competência, quanto pelo Ministério Público na realização de diligências preliminares para a instauração de inquérito civil, também não se exigindo, segundo parte da doutrina, a formalização dos procedimentos (MALULY, 2006);

- *À instauração de inquérito civil*: trata-se de procedimento previsto na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347 de 1985), sendo de atribuição unicamente do Ministério Público, cuja finalidade é a de investigar lesões ou ameaças de dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, bem como a outros interesses difusos e coletivos passíveis de motivar a tutela por meio de ação civil pública (CAPEZ, 2012). O inquérito civil para a designação do momento consumativo do delito de denúncia caluniosa, pode ser iniciado tanto de ofício, quanto por meio de Portaria, de despacho em requerimento, ofício ou representação àquele órgão dirigido, informando sobre o cometimento de ato de improbidade administrativa também caracterizado como crime;

- *À instauração de ação de improbidade administrativa*: abarca a propositura da referida ação, visando ela uma finalidade condenatória ou cautelar, pela imputação falsa de ilícito penal caracterizado também como ato de improbidade administrativa. Os doutrinadores (MALULY, 2006; BITENCOURT, 2012; CAPEZ, 2012) destacam aqui a diferenciação para o delito previsto pelo artigo 19 da Lei 8.429 de 1992, que já criminalizava a conduta de representar por ato de improbidade quando o autor da denúncia conhecia a inocência daquele contra quem representava. Discute-se se esse artigo teria sido revogado pela nova redação dada ao artigo 339 do Código Penal Brasileiro, ao que Bitencourt (2012) e Capez (2012) respondem que a previsão anterior seria mais ampla, criminalizando mesmo a falsa representação acerca de atos de improbidade não definidos como crime. Por outro lado, em relação àqueles também associados a um ilícito penal, se configuraria a denúncia caluniosa;

- *Contra alguém, imputando-lhe crime*: trata-se da necessidade de que haja um sujeito concreto a quem seja imputada a prática instauradora dos procedimentos acima, prática essa

que deve ser tipificada como crime ou contravenção (considerando a alusão a esta última feita pelo §2º do artigo 339), contendo todos os elementos definidores de uma conduta como tal (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) e de forma concreta e específica, não genérica e nem apenas sobre agravantes ou qualificadoras. O crime imputado não poderá ser impossível, nem estar extinto pela prescrição, decadência e demais excludentes. Maluly (2006), porém, defende não ser possível a descaracterização caso a excludente incida após o estabelecimento da investigação, posto que o crime da denúncia caluniosa restará consumado. O sujeito poderá ser, inclusive, pessoa jurídica, no caso de imputação de crime ambiental de que possa ser autora. Esse aspecto diferencia a conduta da denúncia caluniosa do tipo de comunicação falsa de crime ou contravenção (art. 340 do Código Penal), posto que nessa modalidade se pune a provocação de autoridade pela comunicação de crime ou contravenção falsa, sem que se impute alguém específico como autor (MALULY, 2006). Ao mesmo tempo, no caso da denúncia caluniosa, entende-se que o crime pode até ser verdadeiro, todavia, a imputação a determinado autor deve ser falsa.

- *De que o sabe inocente*: inocência aqui se trata tanto do caso em que se conhece que aquele a quem se imputa o cometimento do crime não realizou a conduta típica, bem como no caso em que o fez, porém sob o efeito de excludentes da ilicitude ou da punibilidade (BITENCOURT, 2012; CAPEZ, 2012).

2.2.4 Elementos subjetivos do tipo

O elemento subjetivo da denúncia caluniosa é o dolo direto e específico de ocasionar a instauração de investigação policial, de processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa pela imputação de crime a alguém que sabe ser inocente. Exige-se, portanto, o conhecimento da falsidade da imputação pelo agente, não se admitindo, segundo a doutrina majoritária, a modalidade culposa (devido a uma imputação imprudente), nem o dolo eventual decorrido da dúvida sobre a inocência da pessoa, pois esta afasta a tipicidade. Isso se justifica plausivelmente pelo fato de que, caso assim não fosse, se acabaria por desencorajar a comunicação de práticas delituosas a serem investigadas, por medo da represália posterior em caso de provada a inocência do imputado, deixando-se uma diversidade de condutas verdadeiramente ilícitas impunes (HUNGRIA, 1981; CAPEZ, 2012; MALULY, 2006).

Em sentido diverso, porém com posicionamento isolado na doutrina, Bitencourt (2012) admite a possibilidade do dolo eventual sobre a conduta de dar causa à instauração do procedimento (e não acerca do conhecimento da inocência). Assim, entende que agiria com *dolo eventual* quem,

[...] sabendo que o sujeito passivo é inocente, não comunica a autoridade competente, mas segreda a terceiros, divulga, propaga na coletividade que o indigitado praticou determinado crime de ação pública; tomando ciência dessa divulgação, a autoridade competente instaura o procedimento devido, comprovando ao final que o imputado é inocente. (Bitencourt, 2012).

Para Capez (2012), em sendo a intenção daquele que propaga a informação caluniosa fazer com que seja feita denúncia ou seja iniciado o procedimento investigativo por outrem, haverá o cometimento da denúncia caluniosa em modalidade indireta. Por outro lado, caso não se possa realizar a conexão quanto ao dolo específico, apenas poderá responder pelo delito de calúnia. Naturalmente, caso o sujeito ativo dissimule sua dúvida de má fé, unicamente para se escusar de responder pelo crime do artigo 339, este restará configurado.

Nos casos de erro insanável, também não se poderá enquadrar o sujeito como autor do delito discutido. Da mesma forma, se – a princípio – tiver certeza da inocência do outro, mas este provar-se verdadeiramente culpado da ação a ele imputada, não haverá sanção para a denúncia caluniosa, mas sim a prática de crime putativo que escapa a qualquer punição. Todavia, no caso contrário (havendo o conhecimento da inocência posterior ao dar causa à investigação ou instauração dos procedimentos previstos objetivamente no tipo), se se permanece realizando a falsa imputação, ainda que não se trate mais do crime aqui discutido, poderá restar praticada a conduta do art. 342 da mesma seção (falso testemunho ou falsa perícia).

2.2.5 *Consumação e tentativa*

Trata-se de delito de resultado, de modo que, presentes os elementos do tipo, se consuma com a efetiva instauração de investigação policial, de processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa. Para tanto, mesmo as pequenas diligências realizadas em nome de elucidar o fato são consideradas como marco consumativo para alguns autores, como Capez (2012). Todavia, há jurisprudência em sentido contrário, como se pode perceber a seguir:

TRF-3 - ACR: 35444 SP 2002.03.99.035444-7, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, Data de Julgamento: 15/12/2003, QUINTA TURMA. PENAL. O ASSISTENTE TEM LEGITIMIDADE EM RECORRER NA OMISSÃO DO MP. CRIME CONTRA A HONRA DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. DIFAMAÇÃO E CALÚNIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. BASTAM O *ANIMUS DIFFAMANDI* E CIÊNCIA A TERCEIRO PARA CONSUMAR A DIFAMAÇÃO. **INOCORRÊNCIA DE DENUNCIÇÃO CALUNIOSA.** IRRETROATIVIDADE DE LEI POSTERIOR MAIS GRAVOSA. PENA AUMENTADA EM CONSONÂNCIA ÀS CIRCUNSTÂNCIAS. INOCORREU PRESCRIÇÃO *IN CONCRETO*. APELAÇÃO DO ACUSADO DESPROVIDA. APELAÇÃO DA OFENDIDA PARCIALMENTE PROVIDA. QUESTÃO DE ORDEM REJEITADA. – [...]Materialidade delitiva do crime de calúnia comprovada pela representação do acusado ao MPF, na qual imputa falsamente à juíza do trabalho o crime de prevaricação. [...] **Não se consumou a denúncia caluniosa, porque não ocorreram a formalização de ação penal ou a instauração de inquérito.** O princípio da irretroatividade da lei posterior mais gravosa impede a consideração da nova redação do art. 339 do CP, dada pela Lei 10.028/2000, porque amplia o tipo penal. - Ofende o princípio da reserva legal a interpretação extensiva do tipo pela analogia. A petição ofensiva originou contra a magistrada representação nesta corte, a qual foi arquivada por ausência de dolo [...] O recebimento da denúncia deu-se em 05.05.1998 e a sentença condenatória foi publicada em 03.05.2002. [...] (BRASIL, 2003). [grifos nossos].

A tentativa é considerada possível pela doutrina majoritária (BITENCOURT, 2012; HUNGRIA, 1981; CAPEZ, 2012; MALULY, 2006), principalmente nos casos em que se tente realizar a comunicação do ilícito pela modalidade escrita, vindo esta a ser interceptada. Não há que se falar em tentativa, porém, nos casos em que a imputação sequer seja considerada crível, posto não haver potencial lesivo sobre o bem jurídico (e, portanto, não haver possibilidade da conduta levar efetivamente ao resultado).

Maluly (2006), realizando levantamento jurisprudencial dos julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), destaca a imprescindibilidade de que, uma vez tendo sido instaurada averiguação de natureza penal, civil ou administrativa sobre o sujeito passivo, o resultado da ação acerca da denúncia caluniosa, em nome da coerência e da segurança jurídica, deverá ser dependente do resultado daquela, de modo a se esperar pela efetiva comprovação da inocência do sujeito passivo (seja pela absolvição ou pelo arquivamento de inquérito iniciado) para se poder analisar o crime do artigo 339 do Código Penal Brasileiro.

Ademais, no tocante à denúncia caluniosa, ao contrário da calúnia, não há previsão expressa no ordenamento pátrio do instituto da retratação. Este, que implicaria em desdizer o que foi falado anteriormente, aqui poderia implicar apenas em duas situações, a depender do momento em que essa ação fosse realizada. No caso de ocorrer após iniciados os procedimentos de investigação, a iniciação do inquérito ou do processo apropriado, seria identificado com o instituto do arrependimento posterior, podendo ocasionar apenas uma

redução da pena conforme o artigo 16 do Código Penal (Maluly, 2006; Capez, 2012). Já em sendo feita antes de iniciados os procedimentos descritos, de modo completo e tornando indubitável o reconhecimento da inocência do sujeito passivo, haveria conformidade com o instituto do arrependimento eficaz previsto no artigo 15 do mesmo diploma, não sendo punível a denúncia caluniosa por não ter sido capaz de produzir qualquer resultado lesivo à Administração da Justiça.

2.2.6 Pena e ação penal

Uma vez caracterizada a denúncia caluniosa, ela absorve o delito de calúnia pelo princípio da consunção, posto que a conduta de imputar falsamente a alguém fato definido como crime (art. 138 do Código Penal) integra essencialmente o tipo do art. 339, como foi possível perceber. Todavia, ao contrário daquela, que se procede mediante ação privada, a denúncia caluniosa é de ação pública incondicionada, dado o caráter supraindividual do bem jurídico da Administração da Justiça.

A pena prevista em abstrato é de dois a oito anos de reclusão, além de multa, podendo ser aumentada da sexta parte se o sujeito ativo realizar a conduta dificultando sua identificação pelo anonimato ou pelo uso de nome outro, e diminuída caso a imputação se dê sobre o cometimento de contravenção (BRASIL, 1940).

É possível haver concurso de delitos na presente seara no caso de haver imputação de diversos crimes a uma mesma pessoa ou de ser imputado um mesmo crime ou conjunto de crimes a uma multiplicidade de sujeitos, ainda que levando à instauração de um único procedimento dentre as modalidades previstas no tipo, posto haver que se considerar a pluriofensividade do delito em apreço. No caso de haver a intenção de autonomamente provocar resultados diversos, o concurso deverá ser caracterizado como material, levando à contabilização das penas por cumulação, segundo o artigo 70 do Código Penal. Já no caso de serem realizadas diversas condutas típicas sobre uma mesma maquinação, como a da denúncia caluniosa associada à prestação de falso testemunho, Maluly (2006) considera se tratar de crime único, visto que ambos lesam o mesmo bem jurídico, tomado pela administração da justiça.

A verificação da conduta aqui analisada parece ter aumentado de modo perceptível para aqueles que lidam cotidianamente com as demandas nas Varas da Infância e da Adolescência e nos Juizados Especiais Criminais principalmente. Dada a dificuldade de

fornecer comprovação material acerca da presença do elemento subjetivo do tipo, cumulada com uma diversidade de fatores associada à manutenção da inércia do judiciário e que não será abordada neste estudo, torna-se inviável precisar estatisticamente as dimensões desse fato no Brasil, uma vez que a formalização de ações por denúncias caluniosas é extremamente inferior à realidade observada na prática (GUAZZELLI, 2010; DORNELES, 2013).

Não por acaso, nota-se que a família vem passando a integrar de forma cada vez mais intensa muitas das questões discutidas em matéria judicial, incluindo aqui episódios relacionados à prática da denúncia caluniosa pela falsa imputação de delitos como maus-tratos e assédio sexual praticada por e contra membros da própria família (GARDNER, 1985), esta tomada em sentido constitucional, como aquelas que “preenchem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade” (LÔBO, 2002, p. 18), *incluindo, mas não se restringindo* àqueles agrupamentos decorrentes de laços de parentesco. A família, portanto, se mostra como um dos mais importantes fenômenos a serem apreciados pela atuação de qualquer pessoa inserida nesse ou em qualquer outro contexto institucional, posto que, quando não é ela mesma objeto do litígio, a dinâmica familiar sempre perpassa algo da emergência do sentido inerente (e transbordante quanto) a qualquer experiência com a qual o jurista venha a se defrontar.

Tendo isso em mente, propõe-se uma tentativa de abarcar o fenômeno da denúncia caluniosa e da judicialização dos conflitos familiares na multicausalidade inerente a tudo aquilo que redundava o ser humano em suas relações mais complexas, partindo do individual ao sócio-histórico e cultural, e desse contexto mais amplo até reclamar concretude na posituação jurídica e nas discussões doutrinárias.

3 DA PENALIZAÇÃO DOS CONFLITOS ÀS DEMANDAS DO HOMEM CONTEMPORÂNEO

3.1 Da penalização dos conflitos

No passado, o exercício da autotutela prevalecia como regra, estando associado diretamente ao uso da imposição de penalidades físicas. No medievo, principalmente focando o Estado Absolutista, ainda que se possa dizer da existência de uma imposição mais específica dessas penalidades em torno do discurso de proteção pelo estabelecimento da figura do inimigo do Estado, sendo a traição (em sua forma mais ampla) o maior delito representado (FRANÇA, 2012; GUZELLA, 2010), segundo a conveniência idiossincrática do rei, difícil se faz falar em segurança jurídica, uma vez que a mera motivação pessoal do soberano era suficiente para, em um desvario que fosse, criminalizar ou descriminalizar condutas.

Com a ascensão da classe burguesa, associada ao crescimento do comércio, e, portanto, com as revoluções por ela protagonizadas, começou-se a por em xeque esse modelo de Estado, pois a instabilidade que dele emanava atingia diretamente as negociações (visto que o confisco e o recolhimento de tributos poderiam ser criados e aumentados ao bel prazer do governante). Esse movimento, que em seu cerne buscava limitar o poder e a influência do Estado em nome das relações econômicas, ainda que assumindo um discurso de proteção dos demais direitos individuais dessa nova lógica derivados, ocasionou a queda daquele referido regime, abrindo espaço para o desenvolvimento do liberalismo econômico, com reflexos naturais sobre o chamado Direito Penal Clássico. Este passou a tutelar os referidos direitos (punindo condutas de resultado concreto primordialmente), direitos esses que passaram a ser identificados como os direitos humanos de primeira geração (NUNES, 2010), bem como com a afirmação do princípio da legalidade, de observância independente dos desmandos monárquicos.

Em contrapartida, o desenvolvimento desse modelo de economia, bem como sua expansão, somado às transformações que foram se dando, sobremaneira, a partir da Revolução Industrial e das revoluções tecnocientíficas, problemas sociais diversos associados ao êxodo rural, ao desemprego e à marginalização acabaram por fazer surgir uma nova demanda pela intervenção do Estado, em busca de assegurar o chamado “Bem Estar Social”, impondo ao Direito Penal a tutela também dos direitos relativos a essa proposta. Porém, por se tratar de um modelo caro, acabou por também conhecer sua crise, dando lugar a uma nova

proposta de Estado Mínimo com o neoliberalismo e o discurso de privatização dos serviços antes prestados pelo *Welfare State*, tornando-se cada vez mais dependente das regras de mercado e de determinações supranacionais (GUZELLA, 2010).

Sánchez (2002) discorre sobre como, diante dessas mudanças, o Direito Penal foi se expandindo. Com a globalização, a massificação dos meios comunicativos e, em decorrência, o surgimento de interesses “novos” a serem tutelados como bem jurídicos transindividuais – a proteção ao meio ambiente, em contraste com a degradação provocada pela indústria, aqui inclusa –, tudo isso catalisou ainda mais esse expansionismo, chegando a criar novas áreas de atuação desse ramo jurídico, como o Direito Penal Econômico. A noção de bem jurídico tutelado, no contexto do pós-guerra, passa a figurar como limite da legitimidade do Direito Penal, cuja existência ainda tenta se fundamentar na atuação mínima, justificável apenas como *ultima ratio*. Entretanto, com a caracterização de bens jurídicos cada vez mais amplos e abstratos, torna-se questionável a capacidade desse conceito efetivar alguma restrição.

Determinante para essa expansão a novas áreas foi o estabelecimento do conceito da sociedade de risco por Beck (2010). Segundo o autor, as repercussões das mudanças em nível de produtividade, a geração e a utilização de novas tecnologias, bem como a variação constante da situação e das relações econômicas teriam repercutido em uma nova proposta de promoção do bem-estar individual (e na modificação das relações humanas), mas também na instauração de um sentimento generalizado de insegurança diante dos riscos produzidos por essa conduta humana e capazes de gerar danos de natureza global e irreparável, atingindo a todos sem exceção. Ao mesmo tempo, tal progresso passa a ser também publicizado em sua associação com o surgimento de novas possibilidades de delinquência e de ocultação da conduta criminosa – notadamente se deixando de enunciar que o mesmo avanço se encontraria disponível para ser utilizado em nome da justiça e da prevenção dos mesmos danos – dando a noção de prevalência do crime tendo em face a incompetência das instituições de controle.

Assim, diante da sensação de insegurança generalizada e decorrente da geração e da disseminação do discurso da sociedade de risco, ganhou força o fenômeno do gerencialismo penal enquanto influência da lógica atuarial operacionalizada pela técnica estatística e contábil em torno da efetivação de um critério de eficiência quantitativa (DIETER, 2012), associado à proposta de uma política criminal de persecução e encarceramento. Esta, buscando a eliminação simbólica do risco, ao mesmo tempo em que associado a uma manutenção controlada sobre a geração da sensação de sua existência, tornou-se meio efetivo

não de segurança, mas de controle da animosidade social, possuindo recursos para engatilhá-la ou conformá-la, a depender da conveniência política do momento (FRANÇA, 2012; GUZELLA, 2010; SÁNCHEZ, 2002).

O que se estabelece, pois, nas relações sociais e jurídicas da atualidade é um reforço do desejo pela imposição de um castigo, do sofrimento como forma de reparação, fortalecendo um modelo não só de judicialização, mas de *penalização*. E a base desse mecanismo punitivo, por sua vez, está justamente relacionada ao pensamento que estabelece preços e valores, pressupondo equivalências e trocas (SINGER, 1998). Assim, a punição deixa de servir à finalidade de “normalização do desvio” para se tornar uma mera satisfação direcionada ao (que assim se considera) obediente.

Por outro lado, alguns ainda passam a defender o aumento no número de litígios e da criminalidade como sendo reflexos da incapacidade de uma sociedade fazer com que seus membros obedeçam ao ordenamento vigente. Isso, aliado ao sentimento de impunidade em grande parte alimentado pela mídia sensacionalista que estampa, a todo tempo, um viés caótico da realidade, põe a população em constante contato com a sensação de que a lei não existe e de que, portanto, toda a ordem está ameaçada (LIMA, 2005). A partir daí, comenta Machado (2009), se estabelece uma cultura de medo e insegurança, no seio da qual acabam por se reproduzir discursos políticos de ódio e de repressão violenta ao “criminoso” em nome de um ideal falacioso de “defesa da sociedade”.

Aprofundou-se, assim, a contradição entre Estado Mínimo e Direito Penal Máximo, onde o discurso punitivista e policialesco, pouco se importando com o merecimento e o retorno social real da aplicação da pena, é defendido em abstrato, passando a incidir sobre a mera aparência de violação do bem jurídico mais do que sobre a realidade do resultado. Nesse sentido, pode-se observar a crescente de linchamentos (físicos, discursivos e virtuais) a que pessoas divulgadas como suspeitas do cometimento de determinado crime vêm sendo submetidas nos últimos anos. Pela identificação com o lugar de vítima, a suspeita, aqui, passa a ser socialmente processada como certeza, e a desconfiança da efetividade da justiça morosa e “garantista” (adjetivo muitas vezes utilizado como se pejorativo fosse), desconfiança essa repassada publicamente – não de forma ingênua – como denotando ineficiência e estado de impunidade, acaba acirrando essa latência de resposta agressiva, ao passo em que torna essa massa de manobra – da qual todos nós, sem exceção, tomamos alguma parte – suscetível de se ver submissa a toda e qualquer proposta que prometa resolver o problema de forma visível (aparente) e impactante.

Nesse sentido, diz Sánchez (2002, p. 23):

Não é infrequente que a expansão do Direito Penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando no plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível de instrumentalidade (da proteção efetiva).

O que se percebe hoje é a multiplicação dos discursos quanto à finalidade e à eficácia das penas, de modo que, em um mesmo período histórico, se destaca a coexistência de posicionamentos completamente antagônicos. Por um lado, temos o crescente movimento em defesa dos direitos humanos e das garantias fundamentais, que, entre outras coisas, reivindica a substituição dos mecanismos de punição atuais por alternativas até mesmo totalmente despenalizadoras ou abolicionistas do Direito Penal como um todo. No outro extremo, vemos boa parte da população se engajando na busca e na exigência por um sistema punitivo mais rígido e até mesmo cruel, concebendo um retorno às mais arcaicas concepções de justiça penal e levando a efeitos contemporâneos similares aos perceptíveis quando da supremacia da autotutela e da vingança enquanto meios principais de resolução de conflitos.

Sobre isso Yoshino (2014) problematiza, de forma bastante lúcida e motivada pela análise da obra Tito Andrônico de Shakespeare, a antítese característica da busca pela justiça privada em torno da época do renomado escritor como ameaça e, ao mesmo tempo, como mecanismo promotor de coesão social. Diz ele:

[...] as pessoas que se sentiam prejudicadas tinham duas opções: confiar num Estado fraco ou fazer justiça com as próprias mãos. [...] O impulso natural – e mesmo racional – era virar um justiceiro. [...] O perigo da rixa, no entanto, é que ela inevitavelmente extravasa, terminando por ameaçar toda a sociedade. A única solução é estabelecer o Estado de Direito, que inclui atribuir ao Estado o monopólio do exercício da punição. (YOSHINO, 2014, p. 3).

Destaca, pois, a complexidade da vingança ao enfatizar que ela não deveria ser completamente anulada, pois

[...] assim como o amor alimenta a vingança, a vingança alimenta o amor. Como diz o juiz Richard Posner, a “vingança cria uma profunda lealdade no interior de grupos pequenos, especialmente no interior das famílias, pois a vítima de um crime geralmente está morta, fragilizada ou impossibilitada de se vingar por algum outro motivo”. (YOSHINO, 2014, pp. 19-20).

Essa reflexão será crucial para o entendimento posterior do tema proposto neste trabalho, bem como para a compreensão do quanto a tendência de aproveitamento da situação atual latente de manipulação permite organizar (unir) uma sociedade em torno de um inimigo

comum a fim de se permitir direcionar o ódio e a reprovação popular para qualquer um a que seja conveniente a quem detém esse poder. Isso muito tem sido utilizado como modo de restabelecer conflitos nacionais internos, seja pela deflagração de guerras, pela enunciação da luta de combate ao terrorismo, seja a partir da imposição de um Direito Penal do inimigo oposto ao Direito daqueles a serem reconhecidos como cidadãos, como se se tratassem de categorias completamente separadas (JAKOBS; MELIÁ, 2007; YOSHINO, 2014; FRANÇA, 2012; SÁNCHEZ, 2002).

Em verdade, a ideia de punição é tão antiga quanto a própria humanidade. Seu surgimento, muito anterior a qualquer instituição de um sistema jurídico organizado, remonta aos povos primitivos, de onde nasceu também associado ao sentimento da vingança privada, ainda que coletiva, pois se buscava salvaguardar os interesses daquele grupo em particular (MARCÃO; MARCON, 2003; SOUZA, 1999). Mais tarde, no início da organização do aparelho estatal, a pena passou a ter forte conotação religiosa. No entanto, a ideia de vingança permaneceria em seu cerne até a criação das penas efetivamente públicas.

As primeiras escolas jurídicas a se pronunciarem sobre a finalidade da pena, nesse sentido, a consideravam como um fim em si mesmo. Constituíam-se uma *teoria absoluta* sobre os fins da pena segundo a qual esta se tratava de um mal, um sofrimento que deveria ser imposto por questão de justiça. Haveria, pois, uma finalidade retributiva/compensatória da pena que, por sua vez, buscaria reafirmar a ordem jurídica através da demonstração de onipotência do desafio a ela pela via do delito (BRANDÃO, 2008).

A necessidade de aplicação da pena, nesse ponto, aparece como inquestionável sob o argumento de que o homem, no exercício de seu livre-arbítrio, deve se responsabilizar pelos seus atos (MARCÃO; MARCON, 2003). Considerada incompatível com o Estado Democrático de Direito por desprezar a dignidade humana, é feita a crítica de que “o mal da pena deve transcender a ela para visar à valorização do homem” (BRANDÃO, 2008, p. 282).

A partir daí, surgem as *teorias relativas* quanto aos fins da pena, associando-os à prevenção de novos delitos. Elas se subdividem em *teorias da proteção especial e da proteção geral*. As primeiras se voltando para a figura do dito criminoso no sentido de evitar a reincidência, enquanto as últimas tratam da prevenção de novos conflitos pela afirmação dos valores na sociedade e/ou pela ameaça de infligir o mal a quem despreze a norma (BRANDÃO, 2008). Na tentativa de mesclar os dois pontos de vista, surgiram teorias ditas *mistas* ou *de união*, colocando a pena – ainda que sendo um mal – como detentora de uma

funcionalidade reabilitadora, que não deixa de trazer uma retribuição da culpabilidade ao mesmo tempo em que busca evitar a prática de novos delitos (BRANDÃO, 2008).

É possível notar que, mesmo através das diferentes concepções apresentadas, o valor da pena como um mal, como dor e como sofrimento permaneceu. Isso pode ser bem percebido diante da própria evolução das modalidades de punição. Antes, mas não em um passado tão distante, não foi rara a aplicação de penas de morte ou de tortura que tivessem como principal objetivo justamente a repressão e o sofrimento punitivo (BATISTA DA SILVA, 2004).

A pena de tortura costumava (e ainda costuma, em algumas realidades) ser utilizada com a intenção entoada de obrigar o culpado a confessar seu crime e/ou a indicar seus cúmplices, para repreender pelo crime ou por contradições enunciadas, bem como para “purificar” o autor (BRANDÃO, 2008). No entanto, uma pena que venha a obrigar, pela dor, à admissão de um feito não pune apenas o culpado, mas também o inocente que confessa e/ou incrimina alguém que nada tenha a ver com o ocorrido, na busca apenas por se livrar do suplício. Conforme Batista da Silva (2004), esse tipo de pena “acaba igualando o inocente e o culpado através do mesmo modo infeliz de tentar descobrir a verdade”.

Já a pena de morte é de discussão polêmica até hoje em nossa sociedade. Rechaçada pelo ordenamento, vem ganhando a cada dia novos adeptos diante dos números de violência crescente, do alarde midiático, da sensação de insegurança e da própria dimensão do desamparo do sujeito contemporâneo que será discutida em momento oportuno. Apesar de poder ser considerada “mais piedosa” do que a pena de tortura, a pena de morte é reprovada pela maioria dos valores que constroem a tese – religiosamente influenciada – da vida como um direito individual supremo que em regra ninguém, nem mesmo o Estado, estaria autorizado a retirar. Batista da Silva (2004), por sua vez, defende que a morte punitiva de um criminoso tampouco teria o impacto esperado na tentativa de coibir os ilícitos, uma vez que se restringe a um momento único e fatal que, por assim ser, estaria fadado a ser esquecido pelas mentes humanas. Isso sem falar no fato de consistir na assinatura de um atestado de desinteresse e de incapacidade do Estado quanto à prevenção e à recuperação de seus próprios “delinquentes”.

Com o advento da sociedade cristã, a pena de prisão começou a ser considerada uma nova possibilidade de sanção, tendo se firmado como tal a partir do século XVIII (SOUZA, 1999). Esta, por sua vez, age privando o indivíduo de um dos seus direitos fundamentais, mas lhe deixando, em tese, a integridade de seu corpo, ou seja, priva-lhe apenas de sua liberdade.

Com exceção dos casos de prisão perpétua, o discurso em torno da aplicação dessa pena passou a defender a necessidade de ressocialização do criminoso, através de um viés pedagógico capaz de promover o desenvolvimento de uma consciência moral em acordo com os preceitos sociais, para que, através disso, aquele tido como desviante pudesse ser devolvido à sociedade como parte dela. A proposta poderia ser bastante positiva. No entanto, não foi bem essa a experiência obtida.

Tomando a situação carcerária brasileira como exemplo, o que se tem é a falência da pena de prisão. Machado (2009, p. 109) em poucas palavras traça o panorama: “as penitenciárias no país vêm se tornando cruéis masmorras, onde se encontram presos provisórios misturados com condenados, empilhados num espaço físico mínimo, prevalecendo o mais absoluto caos”.

Impera a contradição quanto à finalidade educativa pretendida, uma vez que sequer é assegurada ao preso a efetivação dos direitos mais basilares associados ao princípio da “dignidade da pessoa humana”. No mesmo sentido, enquanto a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XLVII, alínea “e” veda a imposição de penas *cruéis*, não seria outro adjetivo o que seria capaz de descrever a realidade atual nas prisões do país.

Dentre as mazelas mais marcantes elencadas pelos doutrinadores e juristas, pode-se dar destaque à superlotação carcerária; ao elevado índice de reincidência; à precariedade (quando não ausência) das condições de vida, de higiene e de assistência (tanto médica quanto jurídica); à ociosidade forçada e principalmente ao desenvolvimento de um ambiente propício para o consumo de drogas, para a prática de violência sexual e física (tanto por parte dos presos, quanto da equipe da penitenciária) (MACHADO, 2009).

Essa soma de deficiências, agregada à perda da liberdade e à aculturação, gera uma universalidade de efeitos negativos em nível social e em nível subjetivo já dentro da prisão. Como se não bastasse, aos que conseguem resistir a ela, ainda resta a eterna estigmatização do “ex-presidiário”, que impede qualquer esforço individual no sentido da retomada da vida em sociedade (esforço individual porque o estatal aparece cada vez mais omissivo) (LIMA, 2005). Nesse sentido, ainda que a pena privativa de liberdade possua, no Brasil, uma limitação de tempo expressa, a condenação social segue perpétua.

Destarte, imposto um exílio social que transcende os muros de qualquer prisão, se prejudica todo e qualquer esforço no sentido de gerar mudança naquele que comete o crime. Afinal, se não se fornece um meio social para o qual ele possa voltar, se ele não é admitido como parte daquela ordem, quem poderá impor a ele o dever de respeitá-la? Fez-se

necessário, então, pensar em uma mudança mais ampla, em nível estrutural, trazendo alternativas penais que seguissem de fato uma proposta da reintegração e que, ao mesmo tempo, evitassem a continuação do inchaço do aparato carcerário.

Esse discurso começou a ganhar lugar de destaque, no Brasil, com a Reforma Penal de 1984 (COELHO DA SILVA, 2007), que inaugurou as penas restritivas de direitos, uma alternativa às privativas de liberdade. No entanto, as mudanças no ordenamento não foram sequer operacionalizadas, de modo que ainda levaria algum tempo até que os novos dispositivos viessem a ser legitimados pela prática (BITENCOURT, 2001). Foi apenas anos depois, com a aprovação das chamadas Regras de Tóquio, em dezembro de 1990, que maiores atenções se voltaram para a temática das Penas e Medidas Alternativas.

A elaboração do referido documento internacional foi inicialmente idealizada pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, visando proporcionar um novo tipo de política criminal mais humanitário, colaborando com as ideias de recuperação daquele que comete o crime e de prevenção do delito (ANDERY, 1999). Em oposição ao encarceramento, se busca uma restrição mínima da liberdade, permitindo que a pessoa cumpra sua pena e mesmo assim garanta sua dignidade, permanecendo junto à família e realizando seu trabalho.

As Regras de Tóquio trazem uma série de princípios e orientações gerais acerca da implementação do sistema de penas e medidas alternativas. Seus objetivos primeiros estão relacionados ao uso das medidas não-privativas de liberdade como princípios básicos da política criminal, devendo elas serem aplicadas de forma justa, e com garantia dos direitos humanos fundamentais do condenado.

Defende-se a possibilidade de emprego de alternativas às penas de prisão não só a partir do momento da condenação, mas também nas fases anteriores do processo – como acontece com a suspensão condicional no Brasil, que dá ao réu a opção de escolher extinguir o processo sem julgamento mediante o cumprimento de condições fixadas (as medidas alternativas), cumprimento esse que deverá ocorrer em um período de tempo segundo o qual o processo permanecerá estagnado –. É evidente que a possibilidade se dá de acordo com o preenchimento de certos requisitos (como os de que a pena máxima fixada para o delito seja de quatro anos e de que o réu não seja reincidente) e devem ter sua conveniência analisada segundo o caso concreto (ANDERY, 1999).

Também quando da aplicação, o monitoramento do cumpridor é defendido como sendo de extrema importância. É através dele que se pode reforçar o efeito pedagógico da pena ou da medida, uma vez que a pessoa deve ser acompanhada e orientada ao longo de todo

o cumprimento. Assim, se tenta criar uma referência capaz de levar o outro a assumir a responsabilidade pelas suas ações e a se conscientizar para uma futura obediência espontânea ao ordenamento.

É dado um caráter de pessoalidade ao estabelecimento e à aplicação da pena para que aquilo faça sentido e possa ser apreendido subjetivamente pela pessoa, sendo igualmente necessária a eterna atualização dos mecanismos que compõem a estrutura do sistema de penas alternativas para que não percam seu propósito. No entanto, para que a proposta das penas e medidas alternativas produza seus frutos, é imprescindível que se trabalhe também no desenvolvimento de uma mentalidade alternativa à intolerância e ao discurso punitivo vigente. O fundamental é que o dito criminoso seja acolhido no meio social para que se possibilite a construção de um sentimento de pertença, para que se desenvolvam os valores inerentes ao respeito à ordem que antes foi infringida.

Historicamente, o que se torna notável é o contínuo fracasso das penas violentas e de repressão pela repressão. Ainda que admitam a finalidade de prevenir a prática de novos delitos, sem um trabalho voltado para a pessoa (resgatando sua humanidade, muitas vezes negada pela justificativa da imposição do mal em nome da preservação da ordem), os efeitos acabam sendo mesmo contrários ao que se pretendia.

Todavia, se a humanidade daquele que viola a lei tem sido por tanto tempo esquecida, deve-se esclarecer que não foi em nome da valorização do sofrimento da vítima que aciona a jurisdição. Esta, a partir do momento em que o poder público interviu tomando para si a prerrogativa de resolver e pacificar os conflitos, operou uma verdadeira despersonalização da vítima, sendo ela substituída pelo Estado, que se tornou o principal ofendido (BASTOS, 2009). Nessa substituição, a vontade da vítima – incluindo aqui tanto a de punir quanto a de perdoar – passou a ser presumida, para não dizer suplantada.

De fato, a pessoa ofendida, quando não ignorada, passou a ter a qualidade de mera informante, de modo que o conflito a ser resolvido pelo Judiciário, em certa medida, deixa de ser compreendido como interpessoal e passa a integrar a categoria de conflitos com o próprio Estado. Do ponto de vista da vítima, que em raros casos chega a sequer integrar o processo judicial, ela pouco ou nada sabe sobre o que se opera com seu ofensor. Assim, torna-se difícil haver uma identificação entre a justiça almejada e a justiça promovida segundo os ditames estatais.

Foi apenas recentemente, com a Segunda Guerra Mundial e com o Holocausto, que a vítima voltou a ser focada, iniciando-se os estudos da vitimologia. O ofendido, aos poucos,

passou a ser visto como alguém que precisa de respostas e que é o principal lesado pelo crime sofrido (BASTOS, 2009). Porém, só em 1995, com a aprovação da Lei dos Juizados Especiais Criminais, é que se obteve tênue avanço para a sua (re)integração ao Processo Penal no Brasil.

Os JECrim's, como ficaram conhecidos, seriam novas instâncias do sistema judiciário nacional, cuja atuação se daria no âmbito do exame das infrações tidas como de menor potencial ofensivo (com pena máxima até dois anos). Regidos pelos princípios da informalidade, da simplicidade e da oralidade, entre outros, o modelo – que é pautado na busca por um consenso – veio se contrapor ao da justiça criminal vigente, congregando tanto elementos das alternativas penais quanto da promoção do diálogo entre as partes, resgatando, portanto, a figura da vítima e permitindo que esta se colocasse frente a frente com seu ofensor, que também finalmente ganhava voz diante dela.

Segundo Souza e Fabeni (2013, p. 147), “o JECrim coloca em curso um dos mais avançados programas de despenalização do mundo”, de modo que sua busca principal se funda na tentativa de conciliação entre as partes envolvidas, com ou sem reparação à vítima. Fracassando esse esforço, se tenta a aplicação de uma medida alternativa à prisão através do oferecimento da transação penal.

Dessa forma, o Estado restitui em certa medida o lugar da vítima na resolução do conflito, esperando que, através do consenso entre ela e o autor, os danos sofridos sejam reparados. Todavia, é efeito também da expansão do Direito Penal, pois, com a fundação dos Juizados Especiais Criminais, antigos conflitos de ordem social que antes eram mediados e/ou mesmo arbitrariamente deixados de lado pela própria autoridade policial (executiva) passaram a ser apreciados pelo Poder Judiciário (SANDALOWSKI, 2006), gerando a discussão sobre até que ponto o surgimento do JECRIM teria trazido, de fato, um investimento no sentido da despenalização e da redução da judicialização, ou se teria se constituído como um novo recurso para levar a essa seara questões antes relegadas a outros meios de solução.

Ademais, prevalece certa indiferença quanto à vítima, muitas vezes decorrente de um desvalor dado ao potencial ofensivo dos crimes de competência do juizado, que acaba gerando a revitimização daquele que sofre em decorrência deles. Também a formação tecnicista dos profissionais do Direito não raro vem em prejuízo dos princípios ditados pela Lei 9099/95, como o da informalidade – dificultada pelo “juridiquês” e pelo distanciamento hierárquico comum aos juízes e promotores de justiça –. Os efeitos dessa formação geram ainda outro entrave para a proposta de resolução consensual dos conflitos. Um consenso,

dizem Souza e Fabeni (2013), pressupõe a igualdade entre as partes, ilusória ante a estrutura autoritária do processo penal, que põe o ofensor em clara posição de inferioridade.

Feita tal observação, compreende-se que, apesar dos avanços produzidos pela supramencionada lei, ainda existe uma questão de mentalidade a ser operacionalizada, seja da população em geral, seja dos profissionais do Direito e das demais áreas. Efetuar uma reconstrução em torno disso demanda, prioritariamente, a compreensão de um contexto mais amplo, que tencione as fronteiras entre as diferentes áreas do conhecimento, passando pela apreciação tanto da facticidade sócio-histórica, em seus elementos políticos e econômicos— como proposto até aqui —, quanto pela peculiaridade da resposta humana trazida em caráter de individualidade e organização subjetiva constituída em uma dupla implicação com esse mesmo contexto, como se pretenderá demonstrar a seguir.

3.2 A judicialização em torno do mal estar: o sujeito do desamparo

Se antes “a marca do sagrado funcionou na tradição ocidental como o que conferia suporte aos registros da significação e do sentido” (BIRMAN, 2006, p. 49), o advento da modernidade marcou um período em que o *status de verdade* sobre as coisas passou a ser conferido apenas ao conhecimento oriundo da ciência e, como tal, da produção racional humana. Estabeleceu-se um rompimento com o sagrado, com a tradição e com o patriarcado, impondo a cada um a responsabilidade sobre si mesmo.

Trata-se de um período marcado pelo autocentramento do eu na consciência e pela soberania da razão, pelo individualismo e pela busca da dimensão de onipotência humana que, diante do mundo e da natureza, cobra desse homem autonomia. Afinal, não há mais quem exerça a função de legislador absoluto, pois as instâncias que o faziam tiveram seu poder e sua hierarquia questionados (FREUD, 1996b).

No entanto, Brito (2012), caracterizando o indivíduo contemporâneo como sujeito de uma pós-modernidade marcada pela dessimbolização, defende que, no final, o relaxamento das amarras das regras de referência de outrora (quais sejam as de cunho moral, social, religioso e familiar), ao entregar ao homem a responsabilidade pela sua própria formação, condenou-o muito mais à angústia e à desorientação do que, de fato, o libertou. Portanto, tem-

se que “na modernidade², o homem soberano foi lançado sem qualquer proteção às agruras do mundo, sendo deixado à própria sorte” (BIRMAN, 2006, p. 50).

Como consequência do panorama descrito, o desamparo aparece como o preço a ser pago pela aposta feita no projeto da modernidade. Dessa forma, se ele surge como o grande sintoma desta era, é na tentativa de evitá-lo – ou, em alguns casos, de dominá-lo – que as construções subjetivas mais atuais começam a se fundamentar. Nesse sentido, em vez de efetivar o estabelecimento de laços horizontais, percebe-se uma tendência em retomar a verticalidade através da restauração do “pai ideal” (LEVY *et al.*, 2011, p. 1040), pai esse simbólico e que remete à função de estabelecimento do limite e da “lei” (em sentido amplo). Nesse processo, tanto se pode entrar pela via do masoquismo (através da servidão voluntária ou involuntária), quanto pelo uso da violência na busca por ocupar o lugar de legislador e, portanto, de onipotência (BIRMAN, 2006).

É preciso, assim, considerar que, no contexto da falta de referência, apenas se faz necessário alcançar a suscetibilidade dos sujeitos da modernidade ou da pós-modernidade para, então, legislar sobre eles. Em determinadas instâncias, isso se dará através de uma busca ativa por algo a que se submeter, enquanto em outras ocorrerá um processo velado na forma de alienação. É nesse sentido que os grandes sistemas político-econômicos da atualidade, através de suas estratégias publicitárias e dos veículos midiáticos mais diversos, acabam por tomar, em parte, esse lugar de quem dita as necessidades individuais e coletivas. Nisso, aproveitam a busca por satisfações imediatas do homem para lhe dizer de que ele precisa para alcançar a felicidade (ou para diminuir qualquer tipo de incômodo), ainda que dele continue exigindo o máximo de sua força produtiva.

O lugar de legislador encaminha os demais à categoria de súditos e os escraviza às suas leis, não havendo interesse, nesse caso, de que elas sejam questionadas. É nesse sentido que Dufour (2003) vem falar sobre uma busca pela redução das mentes. Afinal, não é conveniente que o homem moderno questione e analise, devendo apenas consumir e alimentar o sistema vigente. Assim, na falta de outros valores, tudo – incluindo as relações pessoais – começa a adquirir a funcionalidade da mercadoria de uso e de substituição.

² Ainda que hoje existam diversos posicionamentos acerca da qualidade moderna ou pós-moderna do sujeito contemporâneo, aqui se optou por conceber ambos os pólos como complementares na investigação sobre o homem atual, reconhecendo-se que a distinção, muitas vezes, serve menos ao objeto do conhecimento focado do que a ideologias políticas inerentes à produção filosófica e/ou científica, como compreendido a partir das lições de Birman (2006, pp. 35-38), acerca das motivações, muitas vezes regionais e nacionalistas, por trás de tais perspectivas.

A superficialidade das interações também decorre disso, uma vez que o aprofundamento de qualquer interesse (teórico, político, crítico, relacional...) coloca a pessoa em contato com a angústia, verdadeiro tabu da contemporaneidade. A desvalorização do outro parece tentar impedir o desenvolver de um maior comprometimento emocional, condenável no medo de encarar a complexidade inerente às relações humanas. Então, se foge da tentativa de resolver os problemas elegendo outra instância para fazê-lo. Não apenas de um ponto de vista psicológico, mas também a partir de uma perspectiva histórica, política e jurídica.

Compreendido isso, ocorre que, a nível pessoal, o que muitas vezes se promove é a integração do juiz (e do Poder Judiciário como um todo) aos conflitos estabelecidos, considerando estar nele o poder de decisão e a alternativa primeira para a resolução dos impasses. Assim, a via judicial, que em certo sentido deveria ser considerada apenas como última instância de resolver uma questão que se tornou problemática pela falta de consenso, passa a compor desentendimentos que, muitas vezes, são gerados por mera intolerância ou na tentativa de salvaguardar o próprio narcisismo³ (LEVY, 2011). Em outras palavras, a jurisdição não raro é deflagrada antes mesmo de haver sequer a tentativa de chegar a um acordo na realidade prática cotidiana.

Percebe-se, pois, que a busca pela satisfação aparece como objetivo supremo a ser alcançado. Esse sujeito equiparado ao consumidor impõe verdadeiro desafio ao estabelecimento de qualquer interdito, uma vez que sempre haverá no mercado algo ou alguém disposto a se mostrar acolhedor de uma demanda sem limites (BRITO, 2012). Nesse sentido, com a morte simbólica do legislador absoluto no lançamento do projeto da modernidade, associado à tomada, pelo Estado, do poder de mediar os conflitos, o Poder Judiciário vem a aparecer, para alguns (BRITO, 2012; ÁLVARO, 2010), como a última grande instituição capaz de impor limites organizadores da sociedade.

Ora, em sendo assim, cria-se a seguinte questão: se na figura do juiz se tenta restabelecer a figura do pai simbólico ideal enquanto função de imposição de interditos, segundo a tendência que Levy (2011) aponta, defender alternativas de resolução de conflitos

³ Narcisismo aqui remete ao conceito Freudiano (FREUD, 1996a) que envolve a passagem de um narcisismo primário, em que a criança concebe possuir em si mesma a fonte e o objeto de seu contentamento em uma dimensão de totalidade e onipotência, até o secundário, quando se estabelece um corte, com a imposição dos limites da cultura em geral, obrigando-a a reconhecer-se como um ser incompleto, pois o corte quebra a dimensão de onipotência antes vivenciado, fazendo com que a criança, caso internalize esses limites, passe a perseguir um ideal de completude que agora sabe inalcançável, mas que mesmo assim busca através da satisfação parcial dos seus desejos, agora direcionados para objetos externos que possam trazer a ela algum contentamento. Assim, quando Levy (2011) faz alusão à ideia de salvaguardar o próprio narcisismo, o que se interpreta é que, muitas vezes, os desentendimentos surgem e são agravados por uma tentativa de proteger esse ideal de onipotência, sempre posto em questão no choque das relações humanas e, portanto, no choque entre as diversas dimensões narcísicas do ser.

capazes de devolver o poder de decisão às partes (como no resgate a mecanismos de autocomposição) não seria uma ameaça à última referência viva?

Brito (2012) aponta suas preocupações nesse sentido ao considerar que muitas dessas alternativas, como a mediação, tornariam vago o lugar de juiz no intuito de obter, novamente, a busca de um contentamento para todos. No entanto, aqui cabe pensar se nessas ocasiões é normalmente com o intuito de se submeter à enunciação de um interdito que se dá, de fato, a busca pelo Judiciário.

O sujeito moderno, ao mesmo tempo em que se submete aos discursos que dizem trazer a resolução para suas angústias, nem sempre busca exatamente o que se conhece como justiça, porque para ele o justo é, na verdade, a satisfação dos seus próprios desejos (satisfação essa que para ele emerge como direito a ser tutelado pelo Estado). Aqui, o juiz é trazido à cena sob a expectativa de que essa instituição corrobore valores, pensamentos e ideias, dando razão à supremacia de uma das leis internas conflitantes do sujeito em detrimento do conjunto de leis sociais. Trata-se do empoderamento de um discurso que, contraditoriamente, se esvazia na fuga do enfrentamento direto, elegendo um outro para atuar em seu nome.

Ao mesmo tempo, também há perigo na enunciação de Fabris (2009) quanto à necessidade de se evitar a judicialização por se tratar de uma instância que implicaria em um lugar de sofrimento. Todavia, aqui não se questiona a existência do padecimento inerente ao litígio, mas se entende que o Juízo muitas vezes se torna o único lugar em que esse sentimento encontra uma via para escoar. O sofrimento, então, não provém necessariamente do Judiciário, mas leva a pessoa a buscá-lo, ainda que lá ele não seja solucionado e tão somente se atualize ou até mesmo se agrave, a depender da voz que for dada àquele que se sujeita.

O problema da judicialização, nesses termos, surge quando a incapacidade de gerir esses conflitos internos por outra via passa a envolver um conjunto maior de pessoas, como é notável no caso recorrente dos conflitos conjugais que - infindáveis - geram ainda maior dor à família e às crianças. É por isso que a busca pelo Judiciário precisa ser entendida no que está para além da queixa ou da ocorrência relatada, não podendo ser tal demanda superficialmente julgada, pois diz respeito, substancialmente, ao campo da subjetividade, onde o que talvez realmente caiba em muitos casos seja a tentativa de promover a reflexão e de tentar devolver às partes o poder decisório (ÁLVARO, 2010), desde que abarcando o exercício da empatia.

Em contrapartida, o Judiciário, ainda que seja claramente uma referência importante, está longe de receber um respeito inquestionável. Por conta disso, tem sido comum visualizar

situações em que, se o juiz não se posiciona a favor de uma parte de um processo (se não elege uma das leis internas em conflito para corroborar), passa a ter sua capacidade e sua idoneidade questionadas, com a conseqüente busca da “resolução” do conflito através da interposição de novas ações que eternizam o litígio. Tal prática adquire ainda mais força no contexto cultural brasileiro quando posta em paralelo com discursos cotidianamente enunciados em torno da corrupção como se característica fosse de toda uma identidade nacional.

Mesmo assim, tem-se aí um retorno ao sujeito como consumidor, que, diante de um produto que não agrada, ou seja, quando se dá a interposição de qualquer obstáculo diante da realização do seu desejo, ela passa a ser percebida como injustiça, e a falta de contentamento, como um dano a ser reparado (BRITO, 2012). Daí que, no acesso ao Poder Judiciário, se pode dizer que há a busca por um interdito, sim, desde que este recaia sobre o outro que “me” limitou em “minhas” satisfações. “Aos inimigos, a lei”. Portanto,

[...] a expectativa do sujeito ao recorrer ao Poder Judiciário é que a pena seja igual ao dano causado. Porém, esta avaliação parte da escala de valores e leis internas de cada parte envolvida, e a pena passa a significar, muito mais do que uma demanda judicial, um “acerto de contas emocional”. (ÁLVARO, 2010, p. 8)

Mais que isso, se passa a esperar – quando não exigir – não tanto o exercício do papel de julgador imparcial e aplicador das leis (da interdição), mas a legitimação da demanda levada àquela instância. Busca-se, através da instituição jurídica, a imposição da vingança àquele que atentou contra o império da satisfação individual e que, portanto, merece sofrer pena igual ou superior em relação ao dano presumivelmente causado (ÁLVARO, 2010). Dessa forma, a procura que se faz à supostamente última instância interditora da modernidade visaria a nada mais, nada menos que a instituição de um Direito do Conforto, nos termos de Melman:

Em outras palavras, [...] trata-se, para o direito, de ser capaz de corrigir todas as insatisfações que podem encontrar expressão no nosso meio social. Aquele que é suscetível de experimentar uma insatisfação se vê ao mesmo tempo identificado com uma vítima, já que vai socialmente sofrer do que terá se tornado um prejuízo que o direito deveria – ou já teria devido – ser capaz de reparar. (MELMAN, 2008, p. 102).

Tal Direito do Conforto, portanto, assume igualmente a lógica do consumo, que será associada, além de tudo, à geração de uma ânsia popular punitiva cada vez mais aparente e derivada da instauração daquela já abordada sociedade de risco. Esse apelo se dá tanto em nível pessoal, quanto coletivo, tornando-se característica presente em tudo o que redunde,

constitui e é constituído na relação com a subjetividade, donde se vem a abarcar a evolução dos conflitos familiares em seu encaminhamento para a judicialização.

4 DA FAMÍLIA À DENUNCIÇÃO CALUNIOSA

4.1 A família e suas vicissitudes

Ao falar no indivíduo, bem como nas instituições que o envolvem, é preciso compreender, antes de tudo, que o homem é, ao mesmo tempo, tanto um ser biológico, quanto social (LÉVI-STRAUSS, 1982). Dessa forma, torna-se indispensável, ao falar em “família”, concebê-la como mais do que um mero conjunto de pessoas ligadas entre si pela determinação biológica ou pela consanguinidade.

Engels (1984), fazendo uso das lições tomadas a partir de Lewis Henry Morgan, demonstra algo disso em sua obra *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, ao explicitar que essa família dita consanguínea formou-se muito cedo, derivada de um estado primitivo de promiscuidade, sendo ela apenas a primeira etapa da família. Caracterizava-se por grupos conjugais classificados por gerações, de modo que os ascendentes e descendentes apareciam como os únicos excluídos dos direitos e deveres associados ao matrimônio. Segundo essa organização familiar, parentes de uma mesma geração, como irmãos e irmãs, não apenas podiam ter relações carnavais como, muitas vezes, era isso que deles se pressupunha.

Do modelo consanguíneo inicial, teria então surgido a chamada *família punaluana*, cujo progresso – assim denominado por Engels (1984) – estaria associado agora à exclusão dos irmãos das relações sexuais. Talvez seja necessário esclarecer que, até esse momento, o casamento *por grupos* ainda era bastante difundido, bem como a ênfase no direito materno (ao contrário do patriarcado, que só surgiria com maior intensidade mais tarde). Além disso, as restrições matrimoniais, ainda que começassem a ser percebidas como uma verdadeira tendência – segundo Morgan (*apud* ENGELS, 1984, p. 39) em “uma magnífica ilustração de como atua o princípio da seleção natural” –, elas ainda não apareciam de maneira uniforme, nem tampouco com uma finalidade clara e expressamente objetivada.

Já nesse ponto, é importante observar que, ainda que se tenha força a ideia de família fundada sobre o parentesco, vários autores (LÉVI-STRAUSS, 1982; ENGELS, 1984; FREUD, 1996c; ROUDINESCO, 2003; LACAN, 2008), ao se debruçarem sobre o tema, parecem unânimes em observar o caráter múltiplo dos referenciais orientadores da formação desses laços em diversos povos (sejam eles ditos “primitivos” ou contemporâneos), sendo muitos deles fundados em aspectos puramente nominais (simbólicos, portanto). Daí o exemplo citado por Engels (1984) de uma modalidade de família havaiana (ainda punaluana) em que todos os

filhos de irmãos e irmãs eram considerados como filhos comuns e se referiam a todos aqueles como pais e mães, sem distinção.

Todavia, com o declínio do casamento grupal, que começava aos poucos a se fixar na eleição de esposos e esposas “principais”, se formou a *família sindiásmica*, precursora da monogamia. Ela seria típica da barbárie e pressupunha um relacionamento por pares, dissolúvel pela vontade mútua e com certa abertura à poligamia e à infidelidade eventual. Entretanto, o revolucionário alemão observou que, com o surgimento de um excedente na produção da época e com o conseqüente surgimento da propriedade privada, as relações sociais desse período acabaram por se transformar gravemente.

A partir desse momento histórico, econômico, político e social, o homem teria fatalmente passado a galgar uma posição de maior autoridade na família, visto que era a ele que pertenciam os meios e os frutos da produção (enquanto às mulheres pertencia tudo o que era relativo à atividade doméstica, bem como os filhos). O direito materno, no entanto, era um empecilho, pois legava à linha feminina o direito de transmitir os bens por herança, de modo que foi devidamente abolido, permitindo que o homem se apoderasse da direção da casa. Assim teria se dado a transição para a monogamia (uma restrição verdadeiramente imposta apenas à mulher, numa tentativa de tornar a paternidade indiscutível), fundando uma família já não baseada tanto em condições naturais, mas sim econômicas.

No entanto, mesmo diante dessa inegável multiplicidade de influências descobertas em torno da fundação das mais diversas configurações familiares, através de um longo estudo antropológico acerca desses tantos agrupamentos, Lévi-Strauss (1982) conseguiu encontrar e demonstrar a existência de um caráter de universalidade: a proibição do incesto. Esta – que anos antes Engels já admitia ser mesmo uma *invenção* da humanidade, ainda que das mais valiosas – segundo o antropólogo francês, teria sido justamente o vínculo capaz de unir a dimensão da existência biológica e social do homem. Em suas palavras, é tal interdito que “constitui o passo fundamental *graças* ao qual, *pelo* qual, mas sobretudo *no* qual se realiza a passagem da natureza para a cultura” (LÉVI-STRAUSS, 1982, p. 62) [grifos nossos].

Compreende-se que, ainda que aqui se esteja realmente diante de um processo que interfere na natureza, é esse o primeiro momento em que se pode observar a emergência da cultura através da imposição de um regramento que antes não existia, que tampouco era visto como necessário à existência e que agora precisava ser repassado.

De fato, posteriormente Freud não só se posicionaria de acordo com essa visão, como teria mesmo estabelecido nela as bases de sua teoria. Isso fica muito claro quando, em seu

Mal-Estar na Civilização (ou *Mal-Estar na Cultura*, de acordo com algumas traduções) conceitua *civilização* (ou *cultura*) como sendo

a soma integral das realizações e regulamentos que distinguem nossas vidas das de nossos antepassados animais, e que servem a dois intuitos, a saber: o de proteger os homens contra a natureza e o de *ajustar os seus relacionamentos mútuos* (FREUD, 1996b, p. 96) [grifo nosso].

Aqui, percebe-se, a visão puramente biológica e determinista da instituição familiar vai começando a aparecer como insuficiente para dar conta de um fenômeno humano de tamanha complexidade. Assim, Roudinesco (2003, p. 16) acaba por concluir que a família é “uma instituição humana duplamente universal”, portanto associada tanto a um fato da cultura, quanto a um da natureza, sendo esse último referente às relações biológicas no tocante ao aspecto reprodutivo.

No entanto, Lévi-Strauss (1982, p. 62) é objetivo em refutar a validade do argumento segundo o qual a proibição do incesto em si teria um duplo caráter (tanto natural, quanto cultural), posto que a premissa viria permeada por uma base pura e simplesmente calcada no estabelecimento de uma “conexão extrínseca, constituída por uma atitude racional do pensamento”. Daí se poder compreender, talvez, uma réplica ao argumento da seleção natural descrito e defendido por Morgan.

Lacan (2008), de sua parte, mostrou-se categórico em refutar os argumentos em prol de uma redução biológica da família humana. Ele destaca que, mesmo nas tais famílias primitivas, se observam os traços essenciais às famílias ditas acabadas, enfatizando a inexigibilidade do elemento consanguíneo para o estabelecimento das regras do parentesco em tantas delas. Daí se depreender que a formação e o vínculo familiar são simbólicos por excelência (TEPERMAN, 2012).

Do ponto de vista da Sociologia, Peter Berger e Thomas Luckmann (2004) defendem que os indivíduos não nascem, tampouco, membros da sociedade, apenas ingressando nela a partir da interiorização da realidade, o que definem pela “apreensão ou interpretação imediata de um acontecimento objetivo como exprimindo sentido” (BERGER; LUCKMANN, 2004, p. 137). Tal processo se daria através da socialização primária e secundária. Através da primeira, a pessoa, ao nascer, encontraria outros significativos que lhe são, de fato, impostos e que se encarregarão de fornecer-lhe uma visão filtrada da realidade e dele mesmo, imagem essa que

seria posteriormente interiorizada na medida da dialética da identificação com o outro e na medida da auto-identificação⁴.

A socialização primária implicaria numa abstração da concretude dos outros significativos em torno da formação de um outro generalizado. Nesse ponto, é preciso esclarecer que tal processo não se dá de forma passiva, nem sem a confluência de uma contribuição subjetiva, ainda que, até aí, o mundo da criança lhe pareça “pleno de realidade” (BERGER; LUCKMANN, 2004, p. 143), sendo apenas posteriormente que tal circunscrição poderá ser posta em dúvida, principalmente ao ser colocada em contraste com a visão do que os autores chamam de “‘submundos’ institucionais” – naturalmente aí tratando da socialização secundária.

Nesse aspecto da teoria, encontra-se aqui certa congruência com a negação do argumento biologizante de Lacan (2008), quando este demonstra pertencer às instâncias culturais a responsabilidade pela transmissão, pela conservação e pelo progresso dos comportamentos adaptativos da espécie humana, sendo que pela via do simbólico. Além disso, o próprio “repertório” a ser transmitido vem carregado de influências das mais diversas ordens sociais (BERGER; LUCKMANN, 2004; ENGELS, 1984).

A família, nesse contexto, surge, pois, desempenhando uma função primordial de transmissão da cultura e figurando na primeira educação, na repressão dos instintos, na passagem do interdito e, assim, preside os processos fundamentais do desenvolvimento psíquico (LACAN, 2008). Possui, assim, não apenas uma função de mediação cultural, mas também de formação do sujeito⁵.

A instituição familiar por si só guarda algo de fundamental quanto à manutenção – mesmo que fadada a transformações – da ordem social inaugurada pela interdição do incesto,

⁴ Aqui, respeitadas e ressalvadas as especificidades dos diferentes enfoques, pode-se encontrar certa semelhança entre a teoria enunciada por Berger e Luckmann (2004, p. 140) – “A criança aprende que é aquilo que lhe chamam” – e o Estádio do Espelho, descrito por Jacques Lacan (1998, p. 97): “basta compreender o estágio do espelho como uma identificação, no sentido pleno que a análise atribui a esse termo, ou seja, a transformação produzida no sujeito quando ele assume uma imagem - cuja predestinação para esse efeito de fase é suficientemente indicada pelo uso, na teoria, do antigo termo *imago*. A assunção jubilatória de sua imagem especular por esse ser ainda mergulhado na impotência motora e na dependência da amamentação que é o filhote do homem nesse estágio de *infans* parecer-nos-á pois manifestar, numa situação exemplar, a matriz simbólica em que o [eu] se precipita numa forma primordial, antes de se objetivar na dialética da identificação com o outro e antes que a linguagem lhe restitua, no universal, sua função de sujeito.”

⁵ No mesmo sentido: “O nascimento (fato físico) tem que ser transformado em filiação (fato social e político), para que, inserida em uma organização simbólica (fato psíquico), a criança se constitua como sujeito.” (CECCARELLI, 2007, p. 93) e “[...] do ponto de vista psíquico, as famílias são sempre construídas e os filhos sempre adotivos, pois são os laços afetivos que, como todo investimento, vão organizar o significante família”. (CECCARELLI, 2007, p. 96).

pois acaba por definir toda uma rede de relações, de poder, de regras e de proibição que devem ser devidamente repassadas por aqueles que desempenham essa função na organização. Assim, temos que

As designações “pai”, “filho”, “irmão”, “irmã”, não são simples títulos honoríficos, mas, ao contrário, implicam em sérios deveres recíprocos, perfeitamente definidos, e cujo conjunto forma uma parte essencial do regime social [...]. (ENGELS, 1984, p. 29).

É importante, nesse momento, atentar para o fato de que o caráter puramente simbólico dado a essas relações familiares traz, em si, o enunciado de um verdadeiro postulado ético diante de qualquer proposta de atuação profissional nesse âmbito. Uma vez que a parentalidade pode ser definida das mais diversas formas (muitas vezes puramente normais) sem, no entanto, colocar em risco a universalidade dos elementos fundantes da cultura (se esta for tomada de modo geral), a função aqui relegada à família aparece *dissociada de qualquer prescrição estrutural determinada*.

Ainda que seja necessária a existência de uma estrutura suficiente para ser entendida como uma instituição familiar no que concerne ao cumprimento das funções a esta pertinentes, não se trata aqui de defender qualquer idealização sobre o formato a ser assumido por essa organização, muito pelo contrário. É preciso atentar para o fato de que, mesmo diante de sua multiplicidade, a família resiste àquilo que Lacan (2003) compreende como sua função de resíduo – ou seja, aquilo que é irreduzível a uma época, a uma forma, às ficções jurídicas ou aos discursos dos ditos especialistas, “aquilo que resta” –. Tal função? A constituição subjetiva, a constituição do outro como sujeito, naturalmente relacionada à sua inserção nesse universo simbólico.

Teperman (2012) explica que a família como resíduo torna particular aquilo que a cultura firma no âmbito coletivo, sustentando-se sobre a imposição de um limite ao gozo (compreendido como satisfação plena dos desígnios do inconsciente, associado a uma dimensão de onipotência que não se submete a qualquer restrição). O universal, portanto, não se funda no estabelecimento de pessoas específicas para o desempenho das funções materna e paterna. Não se trata, pois, de buscar uma conformidade segundo o que seria “propensão natural” de determinadas pessoas para desempenharem essa ou aquela atividade. A função da família vai, portanto, além de qualquer *redução* ao estado de natureza. Daí a grandiosa pertinência da inversão proposta pela epígrafe: “não há necessidade de família para fazer filhos, mas para fazer sujeitos, sim” (SAURET, 1998, p. 87 *apud* TEPERMAN, 2012, p. 69).

Esse tipo de discurso reducionista, infelizmente, ainda é reproduzido por muitos profissionais, mesmo dentro da Psicologia e do Direito. É o que se pode depreender, à guisa de exemplo, no artigo relativamente recente das psicólogas Cecconello, Antoni e Koller (2003). Nele, ao discutirem os “estilos” parentais e o abuso físico na família, as autoras partem de uma noção puramente idealizada da família como sendo ela fonte de segurança, proteção, afeto e bem-estar. Não fosse já essa posição preditora de um *status de dever ser* familiar, as autoras ainda subdividem os tais estilos familiares em quatro categorias – autoritativo, autoritário, indulgente e negligente –, categorizando-os em verdadeiros níveis de controle e responsividade.

Percebe-se, pois, uma visão por demasiado restritiva da diversidade de constituição e do funcionamento desse instituto cultural, desvalorizando mesmo as complexas e múltiplas influências a que está submetida e que a mantêm. Ao mesmo tempo, fica por demasiado clara a tomada de uma posição de total parcialidade na descrição das categorias.

O estilo autoritativo – segundo elas caracterizado pela imposição indutiva da disciplina associada a altas expectativas em relação ao comportamento dos filhos no tocante a questões de responsabilidade e maturidade –, curiosamente é o único dos quatro cujas supostas influências positivas são ressaltadas a partir da citação de diversos estudos (a maioria deles protagonizados pelos mesmos autores), enquanto os demais têm apenas seus aspectos negativos enfatizados.

Reservada a menção secundária sobre o aspecto puramente retórico do uso dessa espécie de construção dita científica, sem que aqui sucumbamos à tentação de criticar sua adequação ao método utilizado, vê-se tratar do uso de um discurso de poder – dado o caráter muitas vezes dogmático que contradiz a proposta de cientificidade em que dizem se ancorar – para estabelecer e sustentar um outro discurso essencialmente normativo quanto ao que seria uma melhor forma de se educar.

A posição encontra-se, ousemos admitir, circunscrita a uma face de alienação não só diante do aspecto valorativo do próprio enunciado, como também da amplitude do fenômeno familiar, e mesmo quanto ao fato de que este congrega, por si só, tanto o sintoma de uma ordem social vigente e dinâmica, quanto o sintoma de seus membros. De fato, cada família possui suas próprias tensões, seu próprio *sintoma*, sendo este derivado, antes de tudo, da própria circunstância da cultura/civilização, e atualizado no sujeito (pois não se trata de

inscrição passiva em *tabula rasa*), não podendo haver, pois, qualquer garantia de uma condição isenta do sofrimento que, verdadeiramente, nos humaniza⁶.

Aqui será possível concordar com Ceccarelli (2007) em sua crítica direta à concepção defendida por alguns de que um modelo tradicional de família (baseado em uma definição muito clara dos lugares e das funções do homem como provedor e da mulher como responsável pelo lar) seria o único capaz de sustentar a ordem social e de produzir subjetivações sadias. Se para alguns a família tradicional aparece como um pilar capaz de fornecer equilíbrio e segurança a seus membros e à sociedade, ironicamente ela o faz não através de mecanismo diverso da repressão. E se não se percebia mais seu sintoma, era porque as relações e quaisquer sinais de possíveis vulnerabilidades em seu interior jaziam tão velados quanto qualquer mácula à honra.

Curioso é observar que, apesar da racionalização da postura de defesa dessa organização familiar, ela própria advém de uma estratégia política e socialmente adotada em prol da preservação dos ditames do modelo econômico capitalista vigente. Afinal, como visto, a ascensão do patriarcado por si só não se realizou por menos. No entanto, para sustentá-lo, era necessário – como é tão frequente – fixar bases ideológicas capazes de garantir-lhe a estabilidade enquanto esfera privada da vida social. Daí o desenvolvimento gradual do que hoje se demonstra como “sentimento de família”. Nas palavras de Menezes (2009, p. 21),

[...] esta idealização teria contribuído para ocultar o caráter histórico da emergência de tal projeto de família, permitindo a naturalização de suas relações de poder pelo enaltecimento do sentimento familiar [...]. Tal ideologia também teria sido fortalecida pelo contexto de uma sociedade industrial cada vez desumanizada.

Tal discurso se intensifica diante do prenúncio da “desgraça” que seus defensores mais ferrenhos apreendem diante da passagem – ainda gradual – do modelo mencionado para o de uma família (supostamente mais) igualitária (PRATTA; SANTOS, 2007) ou apenas moderna (CALDANA, 1998). A transição – vale dizer, iniciada apenas em alguns segmentos da sociedade ocidental – teria sido oportunizada por um longo processo de mudanças econômicas e sócio-culturais, com especial destaque para as conquistas do movimento feminista nesses contextos.

A atualidade vem permeada pela emergência da lógica de consumo e esta se apoia em um ideal de sobreposição do bem estar do indivíduo diante de toda e qualquer tentativa de

⁶ Ancorando esse ponto de vista, temos a lição de Lacan (2003, p. 369) segundo a qual “o sintoma da criança acha-se em condição de responder ao que existe de sintomático na estrutura familiar”.

restringir a satisfação das necessidades pessoais. Dessa forma, tal constituição naturalmente repele qualquer figura mais contundente de autoridade. Se antes essa figura surgia como hierarquicamente bem delimitada e inquestionável, o momento mais atual seria, portanto, caracterizado pela valorização de relacionamentos mais abertos, pela emergência da afetividade como questão primordial, bem como pela queda das referências valorativas pessoais e educacionais de outrora.

A mudança intrínseca aos tempos atuais, como é de praxe nesses casos, traz consigo um projeto de novidade que, apesar de ainda não ter estabelecido uma imagem definida, prima pela negação do que se torna arcaico. Diante disso, intensificam-se as respostas possíveis e, com elas, as dificuldades e as resistências. Afinal, é diante da falta dessas referências bem delimitadas que se dará o surgimento de novos conflitos, o que, dado seu caráter inerente ao fato da cultura, não podia deixar de se refletir no seio da família.

É diante disso que retornamos ao desamparo do homem moderno, pós-moderno ou simplesmente contemporâneo. Quando a família perde seu referencial de sujeição à autoridade e a aparente estabilidade que daí decorria, seus membros acabam por se defrontar com as tensões que antes permaneciam veladas, mas que agora encontram espaço para se expressar. Além disso, segundo Pinto (2001 *apud* MENEZES, 2009), a criação de expectativas e o desejo por uma família em conformidade com o idealizado levam fatalmente a frustrações, o que, por sua via, coloca o indivíduo contemporâneo face à sua falta e à impossibilidade de ter, naquela instituição, uma garantia de realização pessoal.

Diante da angústia gerada pela necessidade de se assumir como esse ser em falta, não onipotente, é importante frisar que, uma vez que a criança se encontra inscrita numa relação de total dependência do Outro primordial, a este é conferido verdadeiro poder de vida ou morte sobre ela. À criança é conferido estatuto de objeto capaz de tamponar a falta, inspirando, naturalmente, um retorno à dimensão de onipotência. Motta (2008) atenta, então, para o fato de que, a partir desse estatuto, ela se torna altamente suscetível de induzir no adulto uma posição sádica, levando, em certos casos, a verdadeiras passagens ao ato, como os que vemos em algumas situações de maus tratos.

É, portanto, dentre as transformações dos últimos séculos que surge, associado ao sentimento de família, o ideário de proteção da infância. Este atualmente vem permeado por verdadeiro repúdio não só às formas mais repressivas tão amplamente utilizadas no passado, quanto de qualquer suposto perigo que seja sequer enunciado como possível à integridade do desenvolvimento da criança, ignorando-se, por vezes, qualquer concepção ativa do sujeito.

Para certa geração, segundo Caldana (1998), o fortalecimento desse ideário por si só já causa certa dissonância no adulto de hoje, posto que os valores assimilados no começo de sua vida agora começam a entrar em choque com os adquiridos ao longo do amadurecimento, notadamente quando da criação de seus próprios filhos. Além disso, a própria ciência e o saber psicológico – quando repassado de forma alarmista e pouco contextualizada ao leigo – parece trazer uma ameaça ainda mais contundente quanto às possíveis consequências “nefastas” de uma criação dita “errada”. Assim, a educação das crianças parece se tornar cada dia mais desafiadora.

Aqui se refere mais uma vez, notadamente, aos saberes que, pelos enunciados, procuram fazer crer na existência de uma suposta forma correta de se atuar. No entanto, como não se pode afirmá-la (ou eticamente não se deveria fazê-lo), reforça-se apenas um vazio de referência, sustentado pela crença de que esta existe, sendo só desconhecida pelo sujeito do desamparo. Ou, na contrapartida mais evidente, abre a via da tirania do estabelecimento de uma dogmática a ser seguida. Desse modo, o mal-estar advindo do ingresso na cultura não poderia ser mais contemporâneo.

Foi então, conforme exposto, com o estabelecimento do interdito das relações incestuosas (ainda que diferentemente concebidas pelos variados povos através do vínculo nominal da parentalidade) que se deu o passo fundamental na história da humanidade segundo o qual a natureza ultrapassou a si mesma. As consequências advindas, notadamente, seriam muito mais vastas [e nefastas] do que a mera reorganização das relações matrimoniais, incorrendo sobre a construção de uma estrutura totalmente nova e de maior complexidade, integrada inclusive ao próprio funcionamento psíquico, tal como viria a ser descrito posteriormente por algumas abordagens em Psicologia, pela Psicanálise e por outras áreas do saber.

Assim fica claro na obra de Freud quando este expressa a ironia que ainda hoje parece se adequar às mais diversas formas de relações constituídas entre o homem e a cultura:

[...] o que chamamos de nossa civilização é, em grande parte responsável por nossa desgraça e [...] seríamos muito mais felizes se a abandonássemos e retornássemos às condições primitivas [ao mesmo tempo em que] constitui fato incontroverso que todas as coisas que buscamos a fim de nos protegermos contra as ameaças oriundas das fontes de sofrimento, fazem parte dessa mesma civilização. (FREUD, 1996b, p. 93).

No entanto, da mesma forma como a família desempenha sua função cultural e civilizatória, cada uma o faz por meio de seus próprios recursos, que devem ser reconhecidos pela sociedade e pelo Direito. Ao mesmo tempo, a transmissão que se realiza através dela será

articulada por cada sujeito de forma única e imprevisível. Dessa forma, ainda que a estrutura seja necessária, ela não encerra nenhuma garantia em si mesma.

Ao mesmo tempo, a visão das mudanças sociais mais recentes, não raramente, vem atrelada a discursos catastrofistas que, diante da tese do declínio da figura do pai na realidade contemporânea, profetizam o fim da instituição familiar por excelência. A tanto, Roudinesco e Derrida (2004) respondem ao atribuírem, respectivamente, um caráter de eternidade ou trans-historicidade à família, resgatando aqui sua função irreduzível (de resíduo). O que ocorre, pois, é a tecelagem de novas redes de estruturação e significação subjetiva, cada qual em conformidade com seu contexto mais vasto e gerando implicações por si mesmas. Tecem redes diferentes, mas nem por isso melhores ou piores em essência.

Diante do exposto, ao profissional inserido natural ou artificialmente na dinâmica familiar e chamado a acolher-lhe as demandas, se faz indispensável compreendê-la em suas multideterminações, entendendo que cada família é produto de uma cultura e a reflete em sua rede de relações e significações, de modo que a realidade jurídica deve se adaptar a essa estrutura complexa (LACAN, 2008), sem tolhê-la em suas especificidades, no seu contexto e nas peculiaridades dos sujeitos que nela se inserem.

4.2 A denúncia caluniosa no âmbito do conflito familiar e da alienação parental

Através de uma análise multidisciplinar como a realizada no item anterior, resta claro o caráter de arbitrariedade da eleição da família patriarcal monogâmica enquanto modelo imposto para a organização da sociedade em nome do asseguramento da transmissão hierárquica da propriedade privada, e não como via única de subjetivação saudável, apesar de ainda hoje, não por acaso, muito se teimar em sustentar publicamente essa tese.

Questionamentos derivados do exercício da construção do conhecimento e da crítica às instituições de autoridade, associadas a intensas mudanças no contexto sócio-econômico ocidental contemporâneo, protagonizaram a relativização (ou mesmo a queda) da tradição familiar antes sacralizada. A revolução dos papéis desempenhados pela figura feminina a partir, principalmente, das duas grandes guerras mundiais, foram determinantes para promover uma revisão desses modelos, uma vez que ela – antes submissa ao poder do chefe de família, sem condições de prover, ela própria, o seu sustento – passa a ter sua força de trabalho e sua ação requisitadas. Seu papel social se amplia, transcendendo a maternidade e abrindo espaço para pôr em xeque o autoritarismo e a supremacia da figura masculina.

Essa mudança de cenário, catalisada pelo desenvolver dos movimentos feministas, promoveu e promove até hoje avanços paulatinos na flexibilização dos papéis sociais, na luta em nome da liberdade e da igualdade de gênero, no desenvolvimento tecnocientífico e até mesmo na evolução de diversos segmentos da medicina. Dias (200-?) destaca, como consequências desse processo, a dessacralização da maternidade e do matrimônio, o surgimento de métodos contraceptivos, a discussão de temas como o aborto, a dissociação entre sexo e afeto, a implementação de uma educação mais igualitária, a proteção dos direitos da mulher etc.

Uma vez que a Economia, o Direito e mesmo a Religião recebem diretamente o impacto das mudanças que se operam socialmente, sendo forçados a adaptar sua estrutura para abarcar a realidade, não é à toa que ainda hoje muitos de seus representantes argumentem com verdadeira histeria contra o que parecem considerar uma ameaça à sua prevalência – o que não deixa de ser lógico –. De uma forma ou de outra, o que se tem a reconhecer é que esse contexto ocasionou uma transformação da instituição familiar em que a mulher passou a poder, cada vez mais, impor sua voz, sustentar a si mesma e desvencilhar-se dos laços do casamento (pela evitação ou pelo divórcio), fornecendo ambivalência a um cenário antes puramente autoritário. Isso, tomado em contexto com a emergência de ideias humanistas mais gerais, culminou em uma reformulação do Direito Brasileiro, que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, conseguiu alargar o conceito de família, abarcando as monoparentais e retirando o requisito do casamento (DIAS, 200-?).

Com a negação das imposições sobre o feminino, também os papéis masculinos acabaram passando por uma clara transformação. A busca pela igualdade na tarefa de cuidar dos filhos e sustentar a casa, por exemplo, tem permitido devolver ao homem a capacidade de aceitar sua afetividade e dependência (DIAS, 200-?). De fato, nunca se deu tanta importância como agora ao elemento da afetividade como constituinte das relações familiares (LÔBO, 2002; SOUZA; DIAS, 200-?), tanto é que, colocando em foco o interesse da criança, o abandono afetivo por parte do pai vem sendo considerado extremamente reprovável, passível até de responsabilização na esfera civil, algo antes quase impensável. Na busca pelo ideal da felicidade, quando antes as garantias legislativas incidiam em torno da preservação de uma imagem familiar, ainda que se esteja longe de alcançar o panorama igualitário desejável, hoje a defesa se dá em torno do princípio da dignidade da pessoa humana (SOUZA; DIAS, 200-?).

No entanto, nem todo reflexo jurídico da transformação social se deu em nome do reconhecimento de direitos. Richard Gardner, em 1985, já comunicava acerca do crescimento

substancial da litigância familiar, principalmente versando sobre a guarda das crianças. Segundo ele, isso decorria de duas mudanças em particular, já dentro do contexto mais atual nos dois tópicos anteriores delineados. A primeira incidia sobre o questionamento da assunção de que a mãe, por ser a “fêmea”, era automaticamente tida como o parente preferível, levando os pais a juízo para pedir a guarda de seus filhos. E a segunda, pela popularização do conceito de guarda compartilhada (GARDNER, 1985).

Essa crescente judicialização intentada pelos pais, comumente vem associada a um prolongamento dos conflitos conjugais – em que se dá o embate narcísico para verificar quem tem a razão e quem deve tê-la reconhecida pela instância judiciária –, gerando inúmeras consequências danosas à psique dos envolvidos, principalmente das crianças e adolescentes, por incidir no curso dos anos mais importantes de seu desenvolvimento. Dentre as perturbações mais observadas, Gardner (1985) focou aquela que chamou de Síndrome de Alienação Parental (SAP). Para ele, a SAP se referia “à perturbação por meio da qual os filhos ficam obcecados por depreciar e criticar um parente” (GARDNER, 1985) [tradução livre] de forma injustificada ou exagerada, podendo ocorrer a partir da lavagem cerebral realizada por outro dos pais, que consciente e deliberadamente programa os filhos para isso, além de outros fatores inconscientes capazes de contribuir nesse processo, levando a criança a, em estágios mais avançados, agregar componentes ela própria para o desenvolvimento da síndrome (GARDNER, 1985).

A SAP, porém, não pode ser confundida com a alienação parental que não caracteriza síndrome, pois essa última envolve o processo, os atos praticados pelo alienador para levar à rejeição do genitor alienado, enquanto que, quando a síndrome está instalada, é verificado o êxito daquele esforço. Estabelece-se uma situação em que um pólo tenta se mostrar melhor que o outro em relação ao filho, colocando este sob a pressão da disputa e de um pacto de lealdade, tendo que efetuar uma escolha que implica na rejeição do afeto que sente por uma parte de sua própria família, e que pode levar à destruição de vínculos com ela, não raro sob a ameaça de que, se não o fizer, perderá o afeto do outro.

Conforme Dorneles (2013), é importante salientar que a alienação parental pode envolver diversos parentes, em se tratando de uma família multidifuncional, o que ajuda a reforçar o discurso de ódio do alienador principal, levando à realização de vinganças, diretas ou indiretas, que transcendem a questão conjugal e redirecionam a carga associada a outros conflitos. A aliança estabelecida entre a família, portanto, poderia se dar numa tentativa de chegar a alguma espécie de homeostase, de equilíbrio suposto em meio à falta deste naquela

realidade familiar. Tal nos parece coerente mesmo tomando como unidade de análise conflitos de nível individual e subjetivo não relativos à separação ou ao filho, mas que encontram nessas relações uma via de escoamento das frustrações pessoais pela externalização em forma de agressividade e de tentativa de anulação do outro.

Apesar de descrita há cerca de trinta anos na literatura científica, remontando sua prática a tempos ainda anteriores e violando claramente os preceitos constitucionais vigentes, foi em 2010, com a Lei nº 12.318, que a matéria passou a ser alvo de apreciação legal específica no Brasil. É bem verdade que tal não seria necessário se se tomasse uma interpretação das normas já existentes sob a égide dos princípios constitucionais. Entretanto, seguindo a lógica de mercado legislativa com perfeição, o apelo do público acabou demorando a ser satisfeito.

A referida lei, no art. 2º, estabelece uma definição pátria acerca da alienação parental:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (BRASIL, 2010).

Tal definição, em verdade, ainda que atue em caráter preventivo e guarde semelhanças com o conceito original por Gardner (1985), acaba por restringí-lo sobremaneira, uma vez que fecha em torno do genitor a única possibilidade de vítima. A ideia original, porém, abarca os mais diversos familiares e guarda maior coerência com a própria ampliação do conceito constitucional de família baseado na afetividade e com o argumento de proteção contido no artigo 3º dessa mesma lei⁷.

Dentre os modos de exercer essa alienação, merece destaque um dos mais utilizados e que possui um potencial destrutivo imensurável. Trata-se da implantação, pelo alienador, de memórias falsas, forjadas, na criança, e que, quanto mais nova esta for, mais fácil podem ser internalizadas por sugestão, fazendo com que o filho desenvolva cada vez mais um mau conceito sobre seu outro familiar. A gravidade aumenta em proporção geométrica quando essas memórias versam sobre a falsa imputação de um crime, o que, infelizmente, é bastante comum, principalmente gerando a denúncia caluniosa dos crimes de abuso sexual (incluindo o estupro de vulnerável) e de maus tratos (DORNELES, 2013). Assim, não apenas se ataca o vínculo familiar essencial para o desenvolvimento do filho e para a saúde do

⁷ “Art. 3º - A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.” (BRASIL, 2010).

parente, como se geram todos os constrangimentos da percução penal sobre o último e se corre o risco de estabelecer os mesmos traumas sobre a criança que decorreriam caso o fato realmente houvesse ocorrido. Isso porque, caso a sugestão seja eficaz, a criança passa a se subjetivar como se aquilo verdade fosse, reconstruindo até mesmo aquela versão segundo elementos próprios.

Torna-se muito mais difícil, então, para o profissional do Direito ou de qualquer área que atue em relação com o tema, verificar a veracidade das imputações referidas. Segundo Gardner (1985), se antes havia um consenso segundo o qual a “fabricação” de um abuso sexual era quase impossível, hoje essa se tornou uma das ferramentas mais utilizadas na campanha alienadora, exigindo muito mais perspicácia para diferenciar os casos reais dos fictícios. O referido autor aponta como possíveis formas de estabelecer essa distinção as seguintes: crianças efetivamente abusadas costumam ter dificuldade em falar do ocorrido, se mostram temerosas, ansiosas, pois temem as consequências da revelação, além de poderem ter medo de ficar na presença de alguém com o mesmo sexo do abusador; já aquela que usa do abuso (acreditando na sua ocorrência ou não), elas se mostrariam mais confortáveis ao fazer o discurso de acusação, podendo ter preparado falas ou roteiros para esse momento, no que pode auxiliar o profissional a atitude de cortar o fluxo contínuo da linguagem ensaiada em nome de tentar, supostamente, elucidar pontos, de modo a quebrar a linha premeditada e verificar se a narrativa subsiste. Além disso, em havendo condições e em sendo sensato, ver como a criança age na presença do suposto agressor pode fornecer esclarecimentos preciosos.

Em estágios por demasiado avançados da SAP, porém, mesmo o que a literatura aponta em torno das possibilidades de verificação do contraste entre discurso e presunção de realidade, acaba desvanecendo, pois há uma tendência a preencher as inconsistências do relato com elementos da experiência pessoal que o tornam imensamente crível e que tornam real o medo sentido em relação ao alienado, gerando graves possibilidades de condenação injusta e até riscos à integridade física do acusado, dada a atual conjuntura reativa e de intolerância associada à comoção social. A implantação dessas memórias falsas é, inclusive, facilitada pelo afastamento do genitor alienado e pelo fato de, em regra, a criança passar mais tempo sob a influência do discurso do alienador, já que este costuma deter sua guarda.

Nesse contexto, percebe-se o uso do aparato judiciário não como uma busca para a resolução pacífica e justa de uma contenda, mas sim como meio para atingir um fim arbitrário. Fechados numa relação simbiótica, parente alienador e criança, o primeiro faz uso de todo e qualquer recurso para impedir qualquer imposição de limite ou qualquer

afastamento dela em relação ao segundo. À luz do luto não superado da separação conjugal, a criança acaba por assumir esse lugar de preencher a falta, de modo que todo aquele que tente se inserir nessa relação – principalmente se for quem, pela separação, causou uma ferida narcísica no alienador, que passa a ser evidenciada e causa sofrimento pela não aceitação da incompletude – é visto como ameaça e merece ser obliterado. Ademais, estabelece-se uma verdadeira situação de vingança, em que, se o ex-cônjuge, pela separação, “me” faz sofrer, o mesmo será devolvido a ele, seja pela subtração do filho, seja pela imposição do processo criminal, ambos funcionando como verdadeiras penas pelo corte efetuado na separação.

A apresentação de falsas denúncias com o intuito de dificultar a convivência entre o alienado e a criança ou adolescente possui alusão expressa no rol exemplificativo do art. 2º, parágrafo único da Lei 12.318 de 2010, que lista algumas das formas pelas quais será reconhecida a prática da alienação parental. Em verdade, o projeto original dessa lei previa, em seu artigo 10, uma mudança na redação de um dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, criminalizando de forma específica, com pena de seis meses a dois anos (*quantum* inferior ao do delito de denunciação caluniosa), a conduta de fornecer relato falso a agente ou autoridade policial cujo teor ensejasse naquela mesma restrição ao convívio familiar. Todavia, o dispositivo sofreu veto, sob o argumento de já serem suficientes as medidas previstas no referido estatuto, não havendo a necessidade de impor sanção penal, visto que essa poderia trazer maior prejuízo às crianças e/ou adolescentes envolvidos. De todo modo, apesar do entendimento contrário de Dias (200-?) e de Dorneles (2013), considera-se desnecessária a tipificação específica, uma vez que a conduta já possui compatibilidade com a do artigo 339 do Código Penal, abordado no capítulo precedente.

Todavia, ainda que haja a possibilidade de responsabilização penal dessa conduta, pouquíssimas vezes se percebe sua formal averiguação (DORNELES, 2013; GUAZZELLI, 2010), de modo que o alienador, apesar de toda a lesão provocada sobre os demais, acaba por ficar ileso e livre de qualquer persecução sancionadora. A percepção que se tem acerca do fenômeno acaba provindo substancialmente da experiência prática associada à literatura científica, bem como ao reconhecimento de associações como a AVFDAS (Associação de Vítimas de Falsas Denúncias de Abuso Sexual). Da mesma forma, ao se discutir o crime imputado, pouca atenção se dá aos polos adultos que discutem e sofrem em torno da questão, prevalecendo apenas, e quando muito, o interesse pela criança.

Quando a síndrome ainda não se encontra completamente estabelecida, possuindo algum potencial de reversibilidade, é comum que a situação conflituosa como um todo acabe

sujeitando sua vítima ao desenvolvimento de um incontrolável sentimento de culpa. Este decorre do confronto interno entre o amor que se exige ter reprimido em relação ao familiar, e a cumplicidade envolvida na sua separação quanto a ele, gerando-se aí uma verdadeira tortura psicológica que torna a criança ou o jovem suscetível à desorganização psíquica, mesmo que nem toda sequela seja fácil de ser reconhecida. Daí a imprescindibilidade da atuação conjunta do jurista com as demais áreas do conhecimento, como a psicologia e o serviço social, por exemplo.

Uma vez detectada a situação alienante, o art. 6º da Lei da Alienação Parental faculta ao juiz a possibilidade de tomar algumas atitudes, que podem ir da advertência à reversão da guarda e mesmo à suspensão da autoridade parental. Para além disso, Dorneles (2013), Dias (200-?) e Gardner (1985) enfatizam a importância de haver uma condução terapêutica no processo familiar além de se dever realizar a aproximação, intermediada também por profissionais competentes, entre a criança ou adolescente e o familiar alienado, impedindo que haja a reversão do quadro alienante (ou seja, que o alienado assuma o lugar de alienador e vice-versa).

Já há trinta anos, Gardner (1985) via como sendo potencialmente inócua a intervenção sobre o alienador que não trabalhasse, a princípio, sua relação, sua animosidade, em relação ao alienado, não apenas na psicoterapia, mas também a partir de mecanismos de resolução de contendas como a mediação, buscando promover, acima de tudo, a cooperação pacífica entre as partes, além de abrir espaço para o desabafo de questões não ditas e pela negociação dos afetos e do sofrimento, tão comumente negligenciados na prestação jurisdicional. A mediação, já no fim do século XX, aparecia, nas palavras daquele que primeiro documentou a existência da SAP, como uma chave para a sua prevenção e para a resolução do problema, com mais benefícios do que prejuízos. Lamentavelmente, a legislação pátria parece ter caminhado para trás quando, da propositura do projeto de lei que culminou na aprovação da Lei da Alienação Parental, se deu o veto sobre o artigo 9º, que previa justamente o uso do instituto da mediação como meio de compor os litígios envolvidos, sob a égide do princípio da intervenção mínima.

Outras possibilidades levantadas pela literatura envolvem a utilização da guarda compartilhada como um meio de assegurar convivência com os dois lados conflitantes da família, sem que um se beneficie mais do tempo em relação ao outro. Também os Conselhos Tutelares poderia fornecer certo amparo psicopedagógico nessas situações.

Naturalmente, relembra Dorneles (2013) que, apesar da ausência da previsão legislativa acerca da possibilidade do uso da mediação, é necessário que não se olvide que o estabelecimento do diálogo não é prerrogativa única da jurisdição, sendo possível e encorajado que este ocorra, principalmente em situações de conflito familiar. Diante da emergência de um Direito de consumo, é bastante comum que se deixe de lado a possibilidade que mais implica em desconforto: o negociar com o outro, sem o preciosismo de defender uma razão egocêntrica que, no final, não traz ganho substancial para nenhum dos envolvidos, que mais teriam a ganhar pelo estabelecimento da harmonia em suas relações.

Depreende-se desse conjunto de fatores a necessidade da Justiça permitir-se tornar um espaço de voz a problemáticas que extrapolam as meras questões “investigatórias” propostas por esses personagens. Afinal, desde os anos 1800 que Engels já denunciava a falta de interesse naquilo que se passa para além dos tribunais, todavia, considerando que a família (e não só ela) é tributária da ordem social que a produz (CECCARELLI, 2007), a ponderação sobre esta se torna indispensável para que se possa sequer falar numa tentativa de compreender as questões que lhe perpassam. É preciso levar em conta, portanto, a existência de um conjunto de vidas que se prolongam para além do processo judicial, devendo todos que do Judiciário fazem parte agir em nome de um melhor aproveitamento da passagem por essa instituição no escopo relacional daquelas pessoas. Apenas reconhecendo que questões perpassam as demandas dos membros de uma sociedade é que uma instância destinada a defendê-la poderá, de fato, buscar efetuar uma real atuação em seu nome.

5 CONCLUSÃO

Na tentativa de efetuar uma análise quanto ao papel desempenhado pela denúncia caluniosa na composição e na penalização do conflito familiar, nesta investigação trabalhou-se com a hipótese de que tal modalidade de denúncia atuaria como um instrumento para o exercício da autotutela enquanto forma de promover justiça pelas próprias mãos, em detrimento de relegar ao Estado e à jurisdição a função de resolver as contendas pela busca da alternativa mais justa numa via de heterocomposição.

Ao longo da análise de produção bibliográfica tanto na área jurídica, quanto em áreas afins, como a Sociologia e a Psicologia, foi possível verificar que a autotutela, no passado, trazia imensa identificação com a vingança e com a imposição de penas arbitrárias derivadas da frustração da pessoa submetida ao injusto. Tratava-se da defesa da legitimidade de um direito pela força, mais do que por um ideal comum de justiça, não raro levando ao estabelecimento de rixas e polarizando diferentes noções desse valor em um cenário marcado pela inexistente capacidade coercitiva do Estado – seja por não se encontrar estabelecido, seja por ser marcadamente fraco ante o interesse particular –.

Todavia, por mais que a vingança e a autotutela surgissem, então, como uma forma de suprir essa falta e de promover também uma espécie de coesão social relativa, trazia como consequência uma desproporcionalidade na resposta que transbordava qualquer questão pontual, ameaçando a sociedade como um todo. Diante disso, teria se feito necessário impor e fortalecer a figura do Estado de Direito, que passa a chamar para si a titularidade das ações em nome de estabelecer uma Justiça que se esperasse comum, garantindo assim, inclusive, uma aparente segurança jurídica, pois critérios sancionadores passam a existir independentemente da arbitrariedade da figura de um rei absoluto, assumindo forma expressa, com penalidades previamente previstas. Em nome de assegurar a vassalagem a esse novo princípio, começa-se a penalizar, de alguma maneira, atitudes que impliquem em uma ameaça direta ou indireta ao funcionamento desse sistema, de onde se estabelece o que hoje, no Direito Penal Brasileiro, figura como os crimes contra a administração da justiça, gênero do qual a denúncia caluniosa, enquanto ato de provocar inutilmente a atuação do Estado nas formas previstas pela falsa imputação de crime a pessoa que se sabe inocente, figura como espécie.

Percebe-se, desde logo, uma associação entre o delito de denúncia caluniosa e a manutenção do poder do Estado em realizar a justiça, estabelecendo como punição o uso

indevido do aparelho estatal para atingir e ameaçar maliciosamente os direitos daquele sobre quem recai a imputação falsa. Aí já se compreende haver uma potencial identificação da conduta descrita como delituosa com a possibilidade dela figurar como imposição de um mal arbitrário, estando a busca por fazer justiça particular – alienada dos interesses públicos – como uma das suas possíveis motivações.

Em contrapartida, com as mudanças sócio-econômicas e políticas, bem como com a geração de novos riscos para a sociedade e de novos interesses a serem protegidos, foi-se transformando o caráter ora mais restritivo, ora mais interventor do Estado sobre a vida social como um todo, gerando efeitos como a expansão do uso da marca coercitiva desse Estado pela via do Direito Penal, que antes guardava coerência com um ideal de intervenção mínima através do critério de utilização apenas como última alternativa diante da ineficácia de todos os demais recursos existentes a fim de solucionar e prevenir conflitos ou lesões a bens jurídicos tutelados. Mais recentemente, porém, esse processo ganhou força, velocidade e difusão com a ajuda da globalização e da massificação dos meios de comunicação, auxiliando no fortalecimento da mídia. A associação de todos esses fatores acabou por gerar, convenientemente, uma sensação geral de insegurança, deixando a população à mercê de discursos pseudo-salvadores de política criminal como promessas de combate eficaz e de resgate da ordem e da sociedade, regidos pela eminência de uma influência atuarial e gerencialista. Esse combate, porém, acaba sendo apenas simbólico, uma vez que impõe a números e estatísticas, principalmente associadas ao encarceramento, uma significação arbitrária que mascara a incompetência (ou o desinteresse) do Estado em investir na proteção efetiva.

Esse contexto, ao mesmo tempo permeado pela relativização das autoridades permitida pelo questionamento desenvolvido com o movimento filosófico que culminou na emergência do cientificismo, acaba por se tornar gerador de uma sensação compartilhada de desamparo. Os seres humanos, ao mesmo tempo em que parecem defender um ideal de liberdade e autonomia do pensamento na contemporaneidade, buscam submeter-se voluntariamente a qualquer instância que atue no sentido de reduzir o desconforto de assumir a responsabilidade pelo próprio agir ou que lhes pareça capaz de solucionar suas próprias demandas internas. Em contrapartida, esse desconforto se potencializa mediante a possibilidade de contestação do próprio desejo frente aos limites impostos pela convivência em sociedade. Essa restrição assevera um conflito interno ao colocar a pessoa em contato com sua falta simbólica e real, ao que não raramente se dá uma reação de agressividade que busca

assegurar o próprio narcisismo e que pode tomar forma por diferentes vias, dentre as quais se dá destaque para o crescimento da lógica punitiva associada à penalização e à judicialização dos conflitos. Nisso, tanto se busca encontrar no outro o reconhecimento da legitimidade da própria demanda interna, quanto intenta endereçar ao algoz uma pena superior ao sofrimento vivenciado e que, no final, muitas vezes remete a uma falta própria com a qual se torna mais difícil de conviver em uma época marcada pelo consumo e pela promessa de satisfação rápida de qualquer necessidade.

A coexistência dos panoramas descritos acaba sugerindo uma reaproximação veloz à supremacia idiossincrática da noção de justiça particular, evidenciada pela crescente intolerância, pelo aumento de conflitos privados sendo levados à apreciação da justiça – não raro sem qualquer tentativa prévia de chegar a uma concordância negociada entre as partes – e, pelo foco deste trabalho, pelo aumento da incidência de processos iniciados a partir de denúncias caluniosas, principalmente no entorno da contenda familiar, ainda mais quando motivada por conflitos conjugais.

A denúncia caluniosa enquanto imposição ao outro de um mal, simbolizado pelo constrangimento da vítima em figurar como réu em um processo penal, associado à imposição do estigma daí ocasionado, e pela ameaça aos direitos individuais daquele que é injustamente processado e que já se vê injustamente condenado pela animosidade social, aparece, no contexto familiar, como um sintoma de um contexto patológico generalizado em nossa ordem vigente. Dessa forma, surge como uma via de projeção de conflitos e frustrações havidas numa relação que também impõe o reconhecimento de uma falta – como se pode dizer da situação de separação conjugal –, que, nos casos da disputa pela guarda dos filhos, tenta ser preenchida, seja pela manutenção destes como prêmios de consolação, seja pela transformação deles enquanto agentes difusores e sancionadores de uma mesma tomada de posição que busca a obliteração da ameaça simbólica proporcionada pelo outro – mais uma vez, em um asseguramento do próprio narcisismo –.

Da mesma forma, a intenção de usar o aparelho estatal em nome de infligir um mal reflete a descrença corrente pela instituição em cumprir sua função de promover a justiça, em considerar e reparar o sofrimento da vítima, além de partir do pressuposto de sua incapacidade de desvelar e voltar a punição para aquele que realiza a conduta caluniosa. O Poder Judiciário passa a ser considerado instrumento da realização da vontade individual, alienando-o de sua função maior, bem como o identificando como arbitrador de punições mais do que de promotor do interesse da justiça social.

Sendo assim, através de análise efetuada na exploração do fenômeno em sua multicausalidade, entende-se ter havido a confirmação da hipótese proposta na presente pesquisa. Tal achado acaba por evidenciar a necessidade de se questionar o próprio papel da jurisdição e do Estado de Direito na disseminação de um fazer que o torna instrumento de uma cada vez maior patologização das relações sociais, quando era justamente para garantir-lhes a integridade que seu afloramento se justificou. Para isso, torna-se mister voltar o viés não apenas para a atuação mais direta nas atividades propostas dentro de um contexto institucional, mas para uma verdadeira reflexão acerca dos objetivos desse agir, para que se possa realmente acolher a demanda que se nos compete, qual seja, a do sofrimento do sujeito. Ainda que a rede complexa representada pelo Judiciário seja aquela que direciona a demanda, esta provém de um ou mais sujeitos que, por um motivo ou outro, buscam essa instância.

Importa-nos, além do questionamento daquilo que nos transcende enquanto problemática do Estado ou da sociedade como elementos distantes enunciados em terceira pessoa, pensar como nós, enquanto profissionais, acadêmicos e membros da sociedade, reproduzimos essa mesma realidade em nosso discurso e em nosso fazer, restando sempre o exercício da crítica e da autocrítica como aliados em busca da tomada de uma posição menos alienada e com vistas à transformação social que a situação nos demanda. Essa transformação, enfatiza-se, precisa provir de um esforço individual capaz de pressionar instâncias maiores para além do Judiciário, restando claro que a omissão, qualquer que ela seja, fatalmente implica na assunção passiva de uma posição de manutenção de uma realidade vigente.

Nesse sentido, pela apresentação das conclusões aqui tratadas, remete-se ao estabelecimento de nova questão imperativa a ser futuramente mais investigada, qual seja a necessidade de pensar e *efetivar* propostas que atuem no reconhecimento do contexto de desamparo humano como prevenção da judicialização, atuando pela via dos três poderes. Em outras palavras, cumpre investigar mais ativamente alternativas que possam transformar a jurisdição em um espaço menos traumático, reduzindo sua instrumentalização para o acirramento dos conflitos em nome de um reconhecimento crítico e acolhedor da situação de desamparo do humano sobre quem se inclina, para o que suspeitamos haver nas propostas de uma Justiça Restaurativa (TIVERON, 2014) ao menos um ponto de partida para novo debate.

REFERÊNCIAS

- ÁLVARO, M. E. E. **Judicialização de conflitos interpessoais e a atuação do psicólogo do Poder Judiciário enquanto agente transformador**. 2010. 38 f. Monografia (Pós-Graduação em Psicologia Jurídica) – Instituto A Vez do Mestre, Rio de Janeiro, 2010.
- ANDERY, F. R. As regras de Tóquio. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiás, v. 23, n. 1, 1999.
- BASTOS, C. D. **Breve análise do papel da vítima à luz da Lei 9.099/95**. A proposta da Justiça Restaurativa aos Juizados Especiais Criminais. Universidade de Salvador, nov. 2009.
- BATISTA DA SILVA, J. H. A evolução das penas: da tortura às penas alternativas. **Veredas FAVIP**, Caruaru, v. 1, n. 2, p. 14-26, jul./dez. 2004.
- BECK, U. **Sociedade de risco**. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BERGER, P.; LUCKMANN, T. **A construção social da realidade**: um livro sobre a sociologia do conhecimento. 2ª Ed. Lisboa: Dinalivro, 2004.
- BIRMAN, J. **Arquivos do mal-estar e da resistência**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- BITENCOURT, C. R. Penas e medidas alternativas – visão crítica. **Revista CEJ**, Brasília, n. 15, set./dez. 2001.
- _____. **Tratado de direito penal**: parte especial. 6ªEd. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 5. [versão digital]
- BRANDÃO, C. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 1 dez. 2014.
- _____. **Decreto-lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 1 dez. 2014.
- _____. **Lei ordinária nº 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em 19 nov. 2015.
- _____. **Lei ordinária nº 8.429**, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em 19 nov. 2015.

_____. **Lei ordinária nº 9.099**, de 27 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em 1 dez. 2014.

_____. **Lei ordinária nº 12.318**, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em 19 nov. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal (3ª Região). **Apelação criminal** ACR 35444-SP (2002.03.99.035444-7). Relator: Desembargador Federal André Nabarrete (Quinta turma). São Paulo, 15 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://trf3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18040695/apelacao-criminal-acr-35444-sp-20020399035444-7-trf3>. Acesso em 25 nov. 2015.

BRITO, L. M. T. O sujeito pós-moderno e suas demandas judiciais. **Psicologia: Ciência e Profissão**, Brasília, v. 32, n. 3, p. 564-575, 2012.

CALDANA, R. H. L. A criança e sua educação na família no início do século: autoridade, limites e cotidiano. **Temas em Psicologia**, Ribeirão Preto, v. 6, n. 2, 1998.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal: parte especial**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3. [versão digital]

CECCARELLI, P. R. Novas configurações familiares: mitos e verdades. **Jornal de Psicanálise**, São Paulo, v. 40, n. 72, jun. 2007.

CECCONELLO, A. M.; ANTONI, C.; KOLLER, S. H. Práticas educativas, estilos parentais e abuso físico no contexto familiar. **Psicologia em Estudo**, Maringá, v. 8, num. esp., 2003.

COELHO DA SILVA, C. R. **Penas alternativas** – uma análise a partir da ineficácia das penas privativas de liberdade no Brasil. 2007. 57 f. Monografia (Bacharelado em Serviço Social) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**. 10ª Ed. São Paulo: LTr, 2011.

DERRIDA, J.; ROUDINESCO, E. **De que amanhã...** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

DIAS, M. B. **A evolução da família e seus direitos: the evolution of the family rights**. 200-?. Disponível em: <http://www.iuspedia.com.br>. Acesso em 22 nov. 2015.

DIAS, M. B.; SOUZA, I. M. C. **Famílias modernas: (inter)secções do afeto e da lei**. 200-?. Disponível em: <http://www.iuspedia.com.br>. Acesso em 22 nov. 2015.

DIETER, M. S. **Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história**. 2012. 300 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

DORNELES, L. R. **A alienação parental como motivação do crime de denunciação caluniosa: uma discussão acerca do seu diagnóstico e prevenção**. 2013. 79 f. Monografia

(Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

DUFOUR, D. R. **A arte de reduzir as mentes**. Traduzido por: Iraci D. Poleti. Out./2003. Disponível em: <<https://www.diplomatique.org.br/acervo.php?id=944>>. Acesso em 11 set. 2014.

ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1984.

FABRIS, M. M. **Pela não judicialização de conflitos**. 2009. 23 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Psicologia) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009.

FRANÇA, L. A. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2012.

FREUD, S. **A história do movimento psicanalítico, artigos sobre a metapsicologia e outros trabalhos**. In: _____. Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1996a. v. 14.

_____. **O mal-estar na civilização**. In: _____. Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1996b. v. 21.

_____. **Totem e Tabu**. In: _____. Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1996c. v. 13.

GARDNER, R. A. Recent trends in divorce and custody litigation. **Academy Forum**, v. 29, n. 2, p. 3-7, 1985.

GRINOVER, A. P. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 10, jul./dez. 2007.

GUAZZELLI, M. A falsa denúncia de abuso sexual. In: DIAS, M. B. (Coord.). **Incesto e alienação parental**: realidades que a Justiça insiste em não ver. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GUZELLA, T. L. A expansão do direito penal e a sociedade de risco. In: XVII Encontro CONPEDI - 19 a 21 de junho de 2008, Brasília. **Anais do XVII Encontro CONPEDI**. Florianópolis: Boiteuz, 2008.

HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 9.

JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. **Direito Penal do inimigo**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LACAN, J. Nota sobre a criança. In: _____. **Outros escritos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 369-370.

_____. **Os complexos familiares**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

LÉVI-STRAUSS, C. **As estruturas elementares do parentesco**. Petrópolis: Vozes, 1982.

LEVY, L. *et al.* Mal-estar contemporâneo e conflitos entre vizinhos. **Revista Mal-Estar e Subjetividade**, Fortaleza, v. 11, n. 3, set. 2011.

LIMA, C. B. Estado punitivo: o caminho mais curto para o pior. **Revista Jurídica da UniFil**, ano 2, n. 2, 2005.

LÔBO, P. L. N. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 12, p. 40-55, 2002.

MACHADO, V. G. O fracasso da pena de prisão: alternativas e soluções. **Panóptica – Direito, Sociedade e Cultura**, v. 4, n. 3, 2009.

MALULY, J. A. **Denúnciação caluniosa**. 2ªEd. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MARCÃO, R. F.; MARCON, B. Rediscutindo os fins da pena. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande do Sul, VI, n. 12, fev. 2003.

MELMAN, C. **O homem sem gravidade**: gozar a qualquer preço. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.

MENEZES, K. L. M. **Conversando com crianças**: posicionamentos e sentidos em construção sobre família em contextos de conflito na justiça. 2009. 145 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Centro de Filosofia e de Ciências Humanas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

MOREIRA, E. O. A jurisdição e as espécies de tutela jurisdicional. **Temas Atuais de Processo Civil**, v. 1, n. 3, p. 4-19, set. 2011.

MOTTA, S. Maus-tratos: do exercício da pulsão sadomasoquista. In: **III Congresso Internacional de Psicopatologia Fundamental e IX Congresso Brasileiro de Psicopatologia Fundamental**, 2008, Niterói. Disponível em: <<http://www.psicopatologiafundamental.org/pagina-temas-livres-459>>. Acesso em 30 jan. 2015.

NUNES, D. K. As gerações de direitos humanos e o estado democrático de direito. **Âmbito Jurídico**, XIII, n. 77, jun. 2010.

PRATTA, E. M. M.; SANTOS, M. A. Família e adolescência: a influência do contexto familiar no desenvolvimento psicológico de seus membros. **Psicologia em Estudo**, Maringá, v. 12, n. 2, mai./ago. 2007.

ROUDINESCO, E. Deus Pai. In: _____. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 13-35.

SÁNCHEZ, J. S. **A expansão do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANDALOWSKI, M. C. Sistema de justiça criminal e violência doméstica contra as crianças e os adolescentes: um estudo sociológico. **Katálisis**, Florianópolis, v. 9, n. 1, jan./jun. 2006.

SENA, A. G. de. Formas de resolução de conflitos e acesso à justiça. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p. 93-114, jul./dez. 2007.

SINGER, H. Direitos humanos e volúpia punitiva. **Revista USP**, São Paulo, n. 37, mar./mai. 1998.

SOUZA, M. V. G. A importância das penas alternativas na recuperação do apenado. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 35, out. 1999.

SOUZA, L. T.; FABENI, L. S. Dos Juizados Especiais Criminais à Justiça Restaurativa: a “justiça consensual” no Brasil. **Lex Humana**, Petrópolis, v. 5, n. 1, 2013.

TEPERMAN, D. W. **Família, parentalidade e época**: um “nós” que não existe. 2012. 198 f. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

TIVERON, R. **Justiça restaurativa**. Brasília: *Theraurus* Jurídica, 2014.

YOSHINO, K. **Mil vezes mais justo**: o que as peças de Shakespeare nos ensinam sobre a justiça. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014