

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

“EM BRIGA DE MARIDO E MULHER NINGUÉM METE A COLHER?”
UMA ANÁLISE DAS POLÍTICAS CRIMINAIS DE VIOLÊNCIA
DOMÉSTICA SOB A PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA E
FEMINISTA.

ISABELLA MIRANDA DA SILVA

RIO DE JANEIRO

2008

ISABELLA MIRANDA DA SILVA

“EM BRIGA DE MARIDO E MULHER NINGUÉM METE A COLHER?”
UMA ANÁLISE DAS POLÍTICAS CRIMINAIS DE VIOLÊNCIA
DOMÉSTICA SOB A PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA E
FEMINISTA.

Trabalho de conclusão de curso apresentado
à Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio de Janeiro, como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Nilo Batista

RIO DE JANEIRO

2008

Silva, Isabella Miranda.

“Em Briga de Marido e Mulher Ninguém Mete a Colher?” Uma análise das políticas criminais de violência doméstica sob a perspectiva da Criminologia Crítica e Feminista. / Isabella Miranda da Silva. – 2008.

86f.

Orientador: Nilo Batista.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 84-86.

1. Violência - Monografias. I. Batista, Nilo. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. “Em Briga de Marido e Mulher Ninguém Mete a Colher?” Uma análise das políticas criminais de violência doméstica sob a perspectiva da Criminologia Crítica e Feminista.

CDD 341.55625

CDU 341.195

ISABELLA MIRANDA DA SILVA

“EM BRIGA DE MARIDO E MULHER NINGUÉM METE A COLHER?” UMA
ANÁLISE DAS POLÍTICAS CRIMINAIS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA SOB A
PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA E FEMINISTA.

Trabalho de conclusão de curso apresentado
à Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio de Janeiro, como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Nome completo do 1º Examinador – Presidente da Banca Examinadora
Prof. Dr. Nilo Batista – Faculdade Nacional de Direito – UFRJ (Orientador)

Nome completo do 2º Examinador

Nome completo do 3º Examinador

Para minha querida mãe, Itamar, a quem devo meu senso de justiça social.

Para meu “velho” pai, Raimundo, quem primeiro me inspirou a lutar contra aquilo que me indigna.

Para meu namorado Vinicius, com todo amor que há no mundo. Para ele, por ele, com ele; por toda a nossa cumplicidade e por nossa caminhada *juntos*.

Aos marginalizados, miseráveis e excluídos, razão de meu trabalho e desgraçada prova viva de meus estudos e conclusões.

RESUMO

SILVA, I. M. “*Em briga de marido e mulher ninguém mete a colher?*” Uma análise das políticas criminais de violência doméstica sob a perspectiva da Criminologia Crítica e Feminista. 2008. 86 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O presente trabalho tem como objeto de estudo as políticas criminais brasileiras implementadas no trato da problemática relativa à violência doméstica. Para tanto, utilizamos a perspectiva teórica da Criminologia Crítica e Feminista e suas contribuições sobre o paradigma social de gênero, relacionado à construção social do crime enquanto um processo interativo social. Fazemos, ainda, uma análise comparativa das políticas criminais relativas à lei 9099/95 e da nova legislação que versa sobre a violência doméstica, a lei 11340/06, intitulada lei Maria da Penha. Além disso, procuramos confirmar a formulação hipotética – lei Maria da Penha enquanto produtora de uma função simbólica penal, relacionada à teoria legitimante punitiva da prevenção geral positiva – procedendo às análises propostas através do instrumental metodológico multidisciplinar da Análise do Discurso, buscando compreender os interdiscursos que influenciaram nas condições histórico-político-sociais de produção da nova legislação em matéria de violência doméstica.

Palavras-chave: Violência Doméstica, Paradigma de Gênero, Criminologia Feminista

ABSTRACT

SILVA, I. M. “*Em briga de marido e mulher ninguém mete a colher?*” Uma análise das políticas criminais de violência doméstica sob a perspectiva da Criminologia Crítica e Feminista. 2008. 86 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

This work has as its object of study the policies implemented in the Brazilian criminal deal on the issue of domestic violence. For this, use the perspective of Criminology and Feminist Criticism and their contributions on the social paradigm of gender, related to the social construction of crime as a social interactive process. Will be done, also, a comparative analysis of the criminal politics related to the 9099/95 law and the new legislation about domestic violence, the 11340/06 law, untitled by “Maria da Penha” Law. Also, will be tried to confirm the hypothetical formulation – “Maria da Penha” law as producer of a symbolical criminal function, related to the punitive legitimate theory of the general positive prevention – by making proposals through analysis of the multi-instrumental methodology of discourse analysis, trying to understand the inter-speeches conditions that influence the historical-political-social production of new legislation on domestic violence.

Keywords: Domestic Violence, Paradigm of Gender, Feminist Criminology

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A PERSPECTIVA TEÓRICA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA E FEMINISTA ...	10
2.1 A categorização analítica de gênero e sua construção social	11
2.2 A Questão Feminina na Ciência e no Direito	14
2.2.1 <u>O Empirismo Feminista</u>	15
2.2.2 <u>O Ponto de Vista Feminista</u>	16
2.2.3 <u>O Pós-Modernismo Feminista</u>	17
2.2.4 <u>A Criminologia Feminista</u>	19
2.2.4.1 <i>Da etiologia ao etiquetamento: uma revolução de paradigma criminológico e um novo entendimento de criminalidade e de sistema penal</i>	20
2.2.4.2 <i>O controle social na fronteira entre o público e o privado: da violência institucional da pena à violência doméstica</i>	25
3 A CONTRADIÇÃO ENTRE DISCURSO E REALIDADE NO SISTEMA PENAL	28
3.1 A Falácia do discurso jurídico-penal	28
3.2 A real operacionalidade do sistema penal	31
3.2.1 <u>Criminalização primária e secundária</u>	31
3.2.2 <u>O exercício seletivo da criminalização secundária</u>	33
3.2.3 <u>A atuação das agências do sistema penal</u>	35
3.2.3.1 <i>As fábricas de realidade do sistema penal: as agências de comunicação de massa</i>	35
3.2.3.2 <i>As máquinas de deterioração: as agências penitenciárias</i>	36
3.2.3.3 <i>Policização: a atuação das agências executivas</i>	37
3.2.3.4 <i>Burocratização: a atuação das agências judiciais</i>	38
3.2.3.5 <i>Deterioração e antagonismos: compartimentarização das agências</i>	38

3.3 Pena: horizonte de projeção do Direito Penal	39
3.3.1 <u>Funções punitivas manifestas e latentes</u>	40
3.3.2 <u>Teorias deslegitimantes do poder punitivo</u>	42
3.3.2.1 <i>Teoria negativa/ agnóstica da pena</i>	42
3.3.3 <u>Teorias legitimantes do poder punitivo</u>	44
3.3.3.1 <i>Pena como prevenção geral</i>	45
3.3.3.1.1 A relação entre prevenção geral positiva e direito penal simbólico.....	47
3.3.3.2 <i>Pena como prevenção especial</i>	48
3.3.3.3 <i>Pena como retribuição</i>	49
4 METODOLOGIA E CAMINHOS DA PESQUISA	50
4.1 Referencial Metodológico: Análise do Discurso	53
5 ANÁLISE DAS POLÍTICAS CRIMINAIS BRASILEIRAS SOBRE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	56
5.1 Introdução	56
5.2 Sobre a lei 9099/95	57
5.2.1 <u>Os JECrims julgando casos de violência doméstica: não recepção do paradigma de gênero</u>	58
5.3 A lei Maria da Penha	63
5.3.1 <u>Condições histórico-político-sociais de produção da lei Maria da Penha</u>	65
5.3.1.1 <i>Do Estado Providência ao Estado Penal</i>	65
5.3.1.2 <i>Do Estado Penal ao novo autoritarismo cool</i>	66
5.3.1.3 <i>Sociedade de Risco e Estado de Prevenção: dinamização de bens jurídicos</i>	68
5.3.2 <u>Analisando os discursos contidos na Lei Maria da Penha: intra e interdiscursividade</u>	72
6 CONCLUSÃO	82
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	84

1 INTRODUÇÃO

A partir do entendimento de que se opera uma crise de legitimidade no sistema penal e de que as funções latentes do Direito penal são opostas às declaradas, tendo em vista a seletividade com que as agências desse sistema atuam, buscaremos analisar as características das políticas criminais brasileiras implementadas no trato da violência doméstica, sob a perspectiva do marco teórico da Criminologia Crítica e Feminista.

Apesar de a lei 9099/90 trazer em seu texto medidas despenalizadoras, sendo considerada por muitos uma vitória para o minimalismo penal, o movimento feminista¹ não via de forma positiva a aplicação desta lei nos casos de violência doméstica. Tal se dava pelo fato de que eram julgados no âmbito dos JECrins somente os crimes considerados de menor potencial ofensivo, o que revelaria a banalização desta forma específica de violência de gênero, já que buscava-se a conciliação, levando a um massivo arquivamento dos processos.

As feministas apontavam ainda como crítica a essa lei uma aparente neutralidade 'unissex' em sua formulação, uma vez que foi criada para punir a “conduta criminosa masculina de natureza não habitual”, ignorando-se o fato de que a maioria dos casos julgados no âmbito da 9099 eram casos de violência conjugal (uma pesquisa² na área demonstra que 70% das ações penais em JECrins de Porto Alegre estavam relacionadas à violência doméstica), excluindo-se, desta forma, a percepção da questão de acordo com o paradigma de gênero, fazendo com que emergisse, implicitamente, o paradigma masculino.

Pretendendo solucionar tais questões, em agosto de 2006 entrou em vigor a lei 11340, que passou a vedar a aplicação da 9099 e de penas alternativas nos casos de

¹ O feminismo, enquanto movimento social organizado, surge como um movimento sufragista na Europa nos anos 60, em torno da afirmação de que o “*peçoal é político*”, buscando trazer para o espaço da discussão política as questões até então tratadas como específicas do âmbito privado. COSTA, Ana Alice Alcântara. *O Movimento Feminista no Brasil: Dinâmicas de uma Intervenção Política*. Labrys, Estudos Feministas, janeiro / julho 2005. [Http://www.unb.br/ih/his/gefem/labrys7/liberdade/anaalice.htm](http://www.unb.br/ih/his/gefem/labrys7/liberdade/anaalice.htm) (acesso em 13/09/08)

² Pesquisa desenvolvida entre 1998 e 1999 por Carmen Hein de Campos, advogada e coordenadora da ong. Themis – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero – de Porto Alegre, que recebeu bolsa através do VIII Concurso de Dotações para Pesquisa sobre Mulheres e Relações de Gênero, promovido pela Fundação Carlos Chagas, com apoio da Fundação Ford, cujo objeto era analisar a Lei 9.099/95 e sua aplicação aos casos de violência doméstica. *Juizados Especiais Criminais e seu déficit teórico*. Revista Estudos Feministas. v.11 n.1 Florianópolis jan. 2003.

violência doméstica, além de prever a elevação da pena máxima da lesão corporal doméstica – o que lhe retirou a condição de menor potencial ofensivo - e, ainda, a possibilidade de cominação de pena privativa de liberdade ao agressor.

Inspirada na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher³, a Lei Maria da Penha é tida, portanto, como um avanço pelo movimento feminista, já que passa a considerar questões peculiares da violência de gênero em seu texto. Entretanto, ela não leva em conta as contribuições da Criminologia Feminista, que relaciona a construção social do gênero ao paradigma de construção social do crime.

A pertinência temática justifica-se pelo fato de que a nova lei editada para tratar da violência doméstica, embora considerada como um avanço pelo movimento feminista, traz a possibilidade de cominação de pena privativa de liberdade ao agressor, relegando outras formas não retributivistas de resolução conflitos.

A referência à Criminologia Feminista se faz necessária por conta do posicionamento de grande parte das feministas, que vêm como estratégia para a violação dos direitos humanos das mulheres violentadas, a punição de seus maridos agressores, fazendo com que a impunidade (masculina) tenha se tornado um dos pontos centrais na agenda feminista.

O movimento feminista, ao demandar pela penalização, acaba legitimando um sistema irracional e deslegitimado enquanto produtor de seletividade, de repressão, castigo e punição, fortalecendo as fileiras da panacéia geral que vivemos hoje em matéria de política criminal.⁴

³ Adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos em 6 de junho de 1994 e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995 com o nome de “Convenção de Belém do Pará”.

⁴ ANRADE, Vera Regina Pereira de. *Criminologia e Feminismo. Da mulher como vítima à mulher como sujeito*. In *Criminologia e Feminismo*. Org. Carmen Hein de Campos. Porto Alegre: Ed. Sulina. 1999. p.112.

2 A PERSPECTIVA TEÓRICA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA E FEMINISTA

Para analisarmos as políticas criminais implementadas no país relativamente à questão da violência doméstica, se faz necessário que indiquemos as bases teóricas as quais recorreremos para discutir essa forma específica de violência relacionada ao gênero. Buscaremos neste capítulo inicial explicitar como a categoria gênero é definida socialmente, de acordo com o paradigma social de gênero, enquanto categoria científica, contraposto ao paradigma biológico sexista, analisando a relação que há entre estes paradigmas e as vertentes criminológicas da reação social e positivista, respectivamente, até chegarmos a criminologia crítica e radical e suas contribuições teóricas para a criminologia feminista.

A recorrência a estas formulações teóricas se faz necessária já que, como nos diz Vera Regina Andrade, nenhum outro saber parece ter sido tão prisioneiro do androcentrismo quanto a Criminologia, quer pelo objeto relativo a este saber: o “crime” e os “criminosos”, quer pelos sujeitos que produzem o saber: os criminólogos. O *Homem criminoso* de Césare Lombroso é, neste sentido, emblemático de acordo com a autora, muito embora o médico italiano já procure, à época, formular respostas causais aos crimes (tomados como excepcionais) cometidos por mulheres ⁵.

Vera Regina nos afirma:

as perguntas possibilitadas pela perspectiva de gênero vão, hoje, na esteira da Criminologia da reação social e Crítica (que deslocou o objeto criminológico do crime e do criminoso para o sistema de justiça criminal e o processo de criminalização por ele exercido), muito além de Lombroso e seu tempo, culminando na Criminologia Feminista. A primeira pergunta refere-se, precisamente, à ausência secular da mulher, seja como objeto, seja como sujeito da Criminologia e do próprio Sistema de Justiça criminal. Refere-se os silêncios do saber e do poder: o que sabemos da mulher no universo da criminalidade (como autora e como vítima de crimes) e da criminalização? [...] Na bipolaridade de gênero, não será difícil visualizar, no esteriótipo do macho heróico e público acima referenciado as potencialidades de seu próprio outro, a saber, o anti-herói construído como criminoso; como não será difícil visualizar na mulher encerrada em seu espaço privado, o recato e os requisitos correspondentes à estereotipia da vítima. Ao homens poderosos e (im)produtivos o ônus da periculosidade e da etiqueta criminal; às mulheres fragilizadas (como as crianças, , os velhos, os homossexuais e

⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sexo e gênero: a Mulher e o feminino na criminologia e no sistema de Justiça criminal**. Boletim IBCCrim. 2005.

outros excluídos do pacto da virilidade) o bônus? da vitimação. Empiricamente, são os homens que lotam as prisões, ao lado da incômoda presença de algumas mulheres, que nos Códigos sempre têm a seu favor a exculpante de um estado especial (puerperal, menstrual, hormonal, emocional) [...] ⁶.

2.1 A categorização analítica de gênero e sua construção social

Apesar de o feminismo, enquanto movimento social organizado, ter surgido como um movimento sufragista na Europa nos anos 60, em torno da afirmação de que o “*pessoal é político*”, buscando trazer para o espaço da discussão política as questões até então tratadas como específicas do âmbito privado ⁷, e apesar das fundamentais contribuições de Simone de Beauvoir para o paradigma social de gênero, com seu “O Segundo Sexo” de 1949, no sentido de que “ninguém nasce mulher: torna-se mulher” ⁸, contrapondo-se ao biologismo, o gênero é pela primeira vez definido enquanto categoria analítica nas ciências sociais pela historiadora norte-americana Joan Scott em seu artigo “*Gender: A Useful Category in Historical Analysis*”, publicado em 1986.

Joan Scott parece debruçar-se sobre o paradigma social de gênero originariamente formulado por Simone de Beauvoir – ainda que não o seja como categoria analítica – para elaborar sua definição pós-moderna para tal categoria na medida em que inicia seu artigo afirmando que o gênero, assim como tudo aquilo que teria a função de significar algo, como as palavras, por exemplo, possui uma história. As feministas, segundo Scott, desta forma, relegando palavras que possam fazer alusão ao determinismo biológico e ressaltando a característica relacional das definições de masculino-feminino, importaram o sentido de gênero da gramática e passaram a utilizá-lo para fazer referência à organização social das relações entre os sexos.

A autora americana define gênero em duas partes e outras sub-partes, ligadas às primeiras. Na primeira parte define gênero como “um elemento constitutivo das relações

⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. Cit. P. 2 e 3.

⁷ COSTA, Ana Alice Alcântara. **O Movimento Feminista no Brasil: Dinâmicas de uma Intervenção Política**. Labrys, Estudos Feministas, janeiro / julho 2005.
[Http://www.unb.br/ih/his/gefem/labrys7/liberdade/anaalice.htm](http://www.unb.br/ih/his/gefem/labrys7/liberdade/anaalice.htm)

⁸ BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

sociais baseadas nas diferenças que distinguem os sexos”⁹; na segunda, “o gênero é uma forma primária de relações significantes de poder”¹⁰. As sub-partes estariam, segundo ela, dispersas nos símbolos e representações culturais, nas normas e doutrinas, nas instituições e organizações sociais, nas identidades subjetivas. Porém, apesar de estes elementos operarem em conjunto nas relações sociais, não seriam, de acordo com a autora, necessariamente, reflexo uns dos outros.

Utilizando-se de Bourdieu, a autora afirma que apesar de não ser o gênero o único campo em que se articula o poder, é, porém, a primeira instância por meio da qual o poder é articulado. Assim, os conceitos relativos a gênero estruturariam a organização da vida social, influenciando as construções, legitimações e distribuições do próprio poder.

Scott propõe que o gênero deve ser incluído nas ciências sociais como categoria analítica, assim como as de raça e classe, o que possibilitaria, segundo a historiadora, a inclusão dos oprimidos na História, já que o significado da opressão e o entendimento de desigualdades face ao poder estariam relacionados a estas três categorias.

A autora americana conclama as feministas acadêmicas a “uma voz teórica própria”, buscando um novo paradigma teórico para os estudos de gênero, ancorado em um novo paradigma de ciência, que realce a subjetividade da linguagem e dos sujeitos, a impossível e pretensa neutralidade científica e a importância de estudos qualitativos.

É este também o sentido proposto por Sandra Harding, citada por Baratta, ao fazer a “crítica à ciência androcêntrica”¹¹ e ao estimular a fundação de uma “teoria feminista de consciência”¹²:

Harding mostrou como a ciência moderna, o modelo hegemônico “normal” da consciência científica, baseia-se na oposição entre sujeito e objeto, entre razão e emoção, entre espírito e corpo. Em qualquer destas oposições, o primeiro termo deve prevalecer sobre o segundo, sendo que aquele corresponde à qualidade “masculina” e esta àquela “feminina”. Desta maneira, o paradigma da ciência moderna assegura a dominação masculina e, ao mesmo tempo, a esconde, mantendo, assim, a diferença de gênero ignorada¹³.

⁹ SCOTT, Joan. **Gender: A Useful Category in Historical Analysis**. www.stor.org (acesso em 09/09/08)P. 1069.

¹⁰ SCOTT, Joan. Op. Cit.

¹¹ BARATA, Alessandro. **O paradigma do gênero**. In *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Ed. Sulina. 1999. P. 20.

¹² BARATA, Alessandro. Op. Cit. P.23.

¹³ BARATA, Alessandro. Op. Cit. P. 25.

Esta epistemologia feminista que preconiza o fim do modelo androcêntrico científico e a reconstrução de um modelo alternativo baseia-se na análise de um simbolismo relacionado ao gênero, que seria ocultado pelo paradigma moderno de ciência, e na introdução da perspectiva da luta pela emancipação feminina do novo modelo científico proposto.

Para que não se perca de vista a distinção entre sexo (biológico) e gênero (social) é necessário que se leve sempre em conta o paradigma social de gênero. Não atentando para tal paradigma, não é possível analisar claramente em que medida se dá a perpetuação das condições e conseqüências das desigualdades sociais dos gêneros.

A formulação causal-biológica da questão feminina utiliza-se de determinadas qualidades e de certos papéis percebidos como naturalmente ligados somente a um sexo biológico e não a outro. Esta conexão é, na verdade, ideológica, já que condiciona a repartição dos recursos e a posição vantajosa a um dos gêneros, não sendo, como esta teoria pretende ensinar, “natural”, ontológica.

Já o paradigma de gênero, assinala que este é socialmente construído, de acordo com o aprendizado pela mulher desde a infância de sua condição feminina, em um dado “estado da educação e dos costumes”¹⁴. Simone de Beauvoir escreveu, sobre isso, que:

nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado que qualificam de feminino. Somente a mediação de outrem pode constituir um indivíduo como um Outro¹⁵.

Para Gerlinda Smaus, neste mesmo sentido:

é a construção social do gênero, e não a diferença biológica do sexo, o ponto e partida para a análise crítica da divisão social de trabalho entre mulheres e homens na sociedade moderna, vale dizer, da atribuição aos dois gêneros de papéis diferenciados (sobre ou subordinado) nas esferas da produção, na reprodução e da política, e, também, através da separação entre público e privado. A própria percepção da diferença biológica no senso comum e no discurso científico depende, essencialmente, das qualidades que, em uma determinada cultura e sociedade, são atribuídas aos dois gêneros, e não o contrário¹⁶.

¹⁴BEAUVOIR, Simone de. Op. Cit. P.7.

¹⁵BEAUVOIR, Simone de. Op. Cit. P. 9.

¹⁶BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 21.

Assim, a luta pela igualdade dos gêneros não deve ter como objetivo estratégico uma repartição mais igualitária das posições entre os dois sexos, mas a desconstrução desta conexão ideológica, dos papéis assumidos por ambos como naturalmente ligados a determinado sexo biológico. Deve haver a reconstrução social do gênero, superando dicotomias artificiais que baseiam o modelo androcêntrico de cultura e poder masculino. Mantendo-se estas relações simbólicas, corre-se o risco de esquecer a relatividade cultural entre as instituições e o gênero, fazendo com que estas instituições sejam consideradas naturais e necessárias e os dois gêneros considerados como biologicamente determinados.

2.2 A Questão Feminina na Ciência e no Direito

De acordo com Alessandro Baratta “uma criminologia feminista pode desenvolver-se, de modo cientificamente oportuno, somente na perspectiva epistemológica da criminologia crítica”¹⁷. Foi sua companheira, Gerlinda Smaus, em vários de seus trabalhos acadêmicos, a responsável pelo desenvolvimento deste metadiscurso feminista, constituído a partir de uma análise crítica complementar das teorias de Sandra Harding, Frances Olsen e Carol Smart¹⁸.

Harding embasa suas análises sobre teorias do conhecimento no paradigma social de gênero, assim como Olsen e Smart, estas últimas, porém, tratando de teorias do direito. As respectivas autoras, apesar das diferenças adotadas em algumas formulações, expõem três tipologias de propostas teóricas sobre a questão feminina. Todas, porém, demonstram em seus discursos a preferência pelo terceiro grupo de teorias, qual seja, o pós-modernismo feminista, utilizado ainda por Smaus na *Criminologia Feminista* e também sustentado por Joan Scott¹⁹ em sua categorização analítica.

Antes de expormos de forma sucinta os três conjuntos teóricos referidos, cabe aqui, novamente, destacar uma pertinente elucidação do mestre Baratta: “Na realidade, as passagens de um tipo ao outro de teoria são geralmente esfumaçadas e, às vezes, os elementos de adesão e de reserva se compensam entre eles, assim que somente

¹⁷BARATTA, Alessandro. Op. Cit.

¹⁸BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 39.

¹⁹SCOTT, Joan. Op. Cit.

tendencialmente se pode falar de um nível crescente de aprovação que vá do primeiro ao terceiro grupo de teorias”²⁰.

2.2.1 O Empirismo Feminista

No primeiro grupo de teorias Harding insere o chamado empirismo feminista²¹. Olsen, por sua vez, situa nesta formulação teorias “que negam a especificidade do gênero das qualidades atribuíveis ao direito e ao mesmo tempo aceitam a sua superioridade”²², a partir do pressuposto da existência de díades conceituais contrapostas, em que um dos conceitos é atribuível ao gênero masculino e o outro ao feminino, sendo o primeiro “geralmente considerado como pertencente a uma categoria superior à do segundo”²³. Smart insere nesse grupo teórico discursos que “afirmam que o direito é sexuado”²⁴, afirmando ser o ponto de partida desta abordagem o fato de que “com a diferenciação de homens e mulheres, o direito colocava em posição desvantajosa as últimas, dando-lhes menos recursos materiais [...] ou julgando-lhes com standards distintos ou pouco apropriados [...]”²⁵.

As teorias colocadas no primeiro grupo pelas autoras tiveram não poucos elementos em comum. Do ponto de vista analítico, estas dividem a tese de que os sistemas dos quais as mesmas se ocupam (a ciência e o direito), possuem uma estrutura conceitual e metodológica que prejudica, em desvantagem às mulheres, a verdade científica e a igualdade de direitos, apenas porque aplicada de modo incoerente e distorcido. Portanto, a estratégia feminista deve consistir na pressão sobre o sistema, [...] para que ele funcione segundo seus próprios princípios, sem discriminações de sexo²⁶.

Harding denomina o segundo grupo teórico de ponto de vista feminista, que Olsen, a partir da concepção de direito como patriarcado, define como uma teoria que “reconhece o caráter masculino dos conceitos que dominam o direito, mas *nega-lhes hierarquia*”²⁷. Desta forma, Olsen “aceita a afirmação descritiva de que o direito é racional, objetivo, por

²⁰ BARATTA, Alessandro. Op. Cit. Nota 13. p. 70.

²¹ *Infra*. 1.

²² *Apud* BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 26.

²³ *Apud* BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 27

²⁴ *Apud* BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 26

²⁵ *Apud* BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 28.

²⁶ BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 28.

²⁷ *Apud* BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 29.

um lado, e irracional, subjetivo por outro”²⁸, considerando que: as “[...] feministas consideram o direito como parte do sistema de dominação masculina; estas caracterizam o racional, objetivo, como patriarcal, e não aceitam o direito como um sistema que oprime ideologicamente as mulheres”²⁹.

Smart afirma relativamente a este segundo grupo de teorias sociológico-jurídicas que “o direito é masculino”³⁰.

Comparando com o enfoque precedente, ‘o direito é sexuado’, esta análise sugere que, quando um homem e uma mulher se vêem frente ao direito, não é o direito que não consegue aplicar ao sujeito feminino os critérios objetivos, mas, ao contrário, aplica exatamente tais critérios, e, estes, são masculinos. Portanto, insistir na igualdade, na neutralidade e na objetividade é, ironicamente, o mesmo que insistir em ser julgado através dos valores masculinos³¹.

2.2.2 O Ponto de Vista Feminista

O segundo grupo de formulações teóricas:

[...] funda-se no reconhecimento do caráter estruturalmente masculino dos sistemas modernos da ciência e do direito; trata-se, para a estratégia feminina, de concorrer com a ciência e com o direito androcêntrico, fazendo valer o ponto de vista, os conceitos e as qualidades especificamente femininas; na prática, trata-se de transformar ou substituir os sistemas masculinos através do emprego dos instrumentos de conhecimento e de ações socialmente conferidas às mulheres e, portanto, excluídos da organização da ciência e do direito “normais”³².

Baratta afirma, entretanto, que o resgate do segundo elemento das díades contrapostas (masculino-feminino), pode conduzir a que se reproduza e se reifique as duas séries de conceitos e a contraposição de ambos. Neste sentido, devem ser feitas duas ressalvas em relação a este segundo grupo teórico: a primeira seria, de acordo com Olsen, no sentido de que:

concentrar-se sobre a experiência feminina e sobre a cultura, a psicologia, a fantasia ou o linguajar feminino pode ser um meio eficaz para redescobrir o que foi excluído e reprimido pela cultura dominante; entretanto, isto pode trazer consigo a aceitação da especificidade do

²⁸ *Apud* BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 30.

²⁹ *Apud* BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 30.

³⁰ *Apud* BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 29.

³¹ *Apud* BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 30 e 31.

³² BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 29.

gênero da contraposição. Rechaçar ou revirar o relacionamento hierárquico racional, ativo e irracional, passivo poderia, simplesmente, tornar mais profunda a contraposição e, em última análise, manter vivas as avaliações dominantes³³.

A segunda reserva colocaria em discussão a própria existência de tal ponto de vista feminista, o que é demonstrado pelo questionamento de Sandra Harding: “Pode existir um ponto de vista feminista se a experiência das mulheres ou das feministas apresenta-se diversa, dependendo da raça, da classe e da cultura?”³⁴. Harding demonstra, com tal indagação que em se dando primazia a uma divisão binária homem-mulher sobreposta a outras vertentes tais quais raça, classe social, idade, religião, estas acabam por permanecer obscurecidas. Assim, a identidade racial de uma mulher negra, por exemplo, pode acabar sendo subtraída através de uma generalização do tipo “somos todas mulheres”.

A passagem ao terceiro tipo de teorias acontece sem uma completa ruptura da continuidade, no que tange à constatação analítica que, de fato, o sistema da ciência e do direito são caracterizados pela prevalência de qualidades e valores atribuíveis ao sexo masculino. Se esta constatação se dá sem que se caia em uma concepção essencialista ou substancialista dos dois temas (são masculinos e não poderiam não o ser) e dos gêneros, se, ao mesmo tempo, em vez de absolutizá-lo, considera-se o ponto de vista feminista não como unitário e absorvente no que se refere às outras variáveis que acompanham a existência concreta, os dois problemas fundamentais da teoria do ponto de vista podem ser superados. Desta maneira, entra-se no âmbito das posições teóricas e das estratégias reunidas no terceiro grupo³⁵.

2.2.3 O Pós-Modernismo Feminista

Esta terceira abordagem teórica é denominada por Harding de pós-modernismo feminista, que Olsen define como androginia, por negar a especificidade do gênero e da hierarquia de valores jurídicos, e que Smart caracteriza a partir da afirmação de que “o direito tem gênero”, ou seja, a concepção do direito como estratégia que acaba criando o próprio gênero, já que produz identidades fixas em vez de haver a aplicação do direito a sujeitos que já possuem previamente um gênero³⁶.

³³ *Apud* BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 32.

³⁴ *Apud* BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 33.

³⁵ BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 34.

³⁶ BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 34.

As autoras propõem a desconstrução de narrações dicotômicas da ciência e da cultura dominantes e a reconstrução de uma subjetividade humana andrógina, buscando reintegrar as qualidades separadas na modernidade, contrapostas de acordo com a construção social dos gêneros, para reagrupar diversas variáveis objeto de desigualdade e opressão.

De acordo com Baratta, o empirismo feminista tende a acentuar a igualdade buscando a diferença, enquanto a teoria do ponto de vista feminista busca a diferença através da igualdade.

Do ponto de vista epistemológico isto significa, no primeiro caso, negar o condicionamento do gênero no sistema da ciência e do direito, dirigir a política feminista para a paridade de acesso nestes dois sistemas. No segundo caso, reconhecer este condicionamento como estrutural e dirigir a política para a construção, *ex novo*, de dois sistemas alternativos os masculinos³⁷.

O pós-modernismo feminista propõe uma unidade em três vertentes: a unidade do direito e da ciência, a transversalidade das lutas e uma identidade humana andrógina.

A busca pela unidade nos saberes se daria a partir da reconstituição de um direito e uma ciência novos, fundamentados na unidade do ser humano, através da reapropriação, pelas mulheres, das qualidades humanas, e não apenas do que é masculino.

A transversalidade das lutas deve se dar a partir do superamento de uma visão abstrata de mulher, já que separada de diversas variáveis sociais em que cada mulher pode vir a estar inserida, como etnia, classe social, religião ou idade.

Assim, a visão concreta da mulher estaria relacionada à sinergia com a luta dos demais excluídos do pacto social da modernidade:

A crítica feminista ao contratualismo identificou, no pai de família, no patriarca, o verdadeiro protagonista do pacto. Entretanto, o patriarca não é apenas o “macho” chefe de família; é, também, o “macho” adulto, branco, proprietário. Excluídos do pacto como sujeitos ativos, “esquecidos” na sua situação real, nas suas necessidades e nas suas diferenças, não foram apenas as mulheres, mas também todos os outros sujeitos frágeis, ou seja, as pessoas de cor, as crianças, os desprovidos de posses³⁸.

Uma concepção unitária de direito e de ciência, portanto, deve estar relacionada ao reconhecimento das distorções existentes no desenvolvimento econômico do capitalismo

³⁷ BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 61.

³⁸ BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 62 e 63.

globalizado, no racismo, no colonialismo, neo-colonialismo e tecnocolonialismo, na violência institucional do masculino contraposto ao feminino, mas também ao infantil e ao homossexual.

A reconstrução de uma identidade andrógina não deve ocorrer com uma reunificação das qualidades relativas aos gêneros, mas a partir de uma unidade superior, transformadora da própria noção de qualidade humana.

Esta identidade mais complexa equivale a uma fragmentação da unidade feminina, em razão da falta de um lugar seu definido no seio social. E, portanto, “a utopia, o inexistente lugar de onde deveriam partir a denúncia e o projeto para uma nova identidade, fragmenta-se em muitas utopias que, por sua vez, fragmentam-se em muitos lugares inexistentes ou não-lugares”³⁹.

A identidade de gênero passa a não ser mais a identidade global. Porém, a colocação em dúvida de uma identidade feminina não deve ser vista como uma renúncia, mas sim como uma conquista, já que o andrógino nega o gênero como fator de separação, afirmando o ser humano como gênero.

Se a androginia é a condição ideológica de um projeto global de emancipação, a condição material é a transformação da estrutura econômica, a superação da separação entre público e privado nos relacionamentos de produção, de política e economia, de propriedade privada e propriedade social dos meios de produção, de mercado e de política⁴⁰.

2.2.4 A Criminologia Feminista

O quarto metadiscorso feminista, o de Gerlinda Smaus, incorporando e refletindo sobre as três abordagens teóricas da questão feminina analisadas, desloca a análise do âmbito geral do direito e da sociologia para a especificidade do direito penal e da criminologia, buscando demonstrar como se dá o acesso das mulheres ao direito penal, seja como vítima ou (em raros e específicos casos) como autora de delitos.

Em sua criminologia feminista, cujas premissas são “uma teoria das funções latentes do direito penal para a reprodução da escala vertical e da estrutura de gêneros da divisão social da sociedade moderna, bem como acerca do sistema informal de controle a que estão

³⁹ *Apud* BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 65.

⁴⁰ BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 68.

sujeitas as mulheres na esfera privada”⁴¹ a autora relaciona a contraposição entre as duas abordagens da questão feminina – a biológica e a social – com a diferenciação feita entre o paradigma etiológico da criminologia positivista e o paradigma de reação social desenvolvido pela criminologia crítica.

Para o positivismo criminológico, eram as características biológicas de certos indivíduos que explicavam a criminalidade. Assim, o paralelo traçado em relação ao paradigma biológico da abordagem da questão feminina, se dá pelo fato de que neste, é atribuído à mulher uma função na sociedade correspondente ao seu sexo biológico.

Entretanto, de acordo com a criminologia crítica, a perspectiva da criminalidade deve ser analisada como construção social (daí sua relação com o paradigma de gênero), através de processos de definição da própria criminalidade, e não pelas construções individuais.

Para Smaus é mais válido que se esclareçam as diferenciações na atribuição da etiqueta criminal entre homens e mulheres que a busca por explicações causais sobre a exposição à criminalidade por ambos os sexos. Desta forma, propõe que as feministas questionem por que o direito penal é tão especificamente voltado para o controle social dos homens e não das mulheres.

2.2.4.1 Da etiologia ao etiquetamento: uma revolução de paradigma criminológico e um novo entendimento de criminalidade e de sistema penal

A criminologia crítica surge na década de 60 na Europa e Estados Unidos, contribuindo com a criminologia da reação social, como resposta a criminologia tradicional. Este último paradigma abordava a criminalidade como um problema de determinados indivíduos e dividia os sujeitos entre os considerados “normais” e “bons” e os “anormais”, “criminosos”, “anti-sociais” ou “maus”.⁴²

Esse entendimento de criminalidade de paradigma etiológico, cujos principais autores (cada um a sua medida) são Lombroso, com sua Antropologia Criminal, Ferri, com sua Sociologia Criminal, e Garofalo, com sua “temibilidade do delinqüente” que se tornaria

⁴¹BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P.

⁴² BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan. 2002.

anos depois a conhecida periculosidade⁴³, tem seu nascimento nas últimas décadas do século XIX na Itália, com a chamada escola positivista. Esta é inspirada na filosofia e na psicologia do positivismo naturalista e analisa a criminalidade através da individualização de “sinais” antropológicos de criminalidade, observando clinicamente os indivíduos assim “assinalados” em zonas circunscritas: os cárceres e manicômios.

Assim, o surgimento desta “nova ciência” teria a função de controle da sociedade, para desta forma, manter a “ordem”, já que daria base científica à pena como meio de defesa social aos indivíduos de padrão desviante.

Lombroso, médico italiano, procurava individualizar nos criminosos e doentes penalizados anomalias anatômicas e fisiológicas, como quantidade de cabelo, tamanho do cérebro e maxilar, capacidade visual, entre outras, analisadas como constantes naturais que denunciariam, a seu ver, a espécie do delinqüente – o “criminoso nato” –, espécie considerada à parte do humano, predestinada a cometer crimes.

Ferri, por sua vez, desenvolvendo a concepção lombrosiana, admitiu uma tríade de causas que, segundo ele, estariam ligadas à etiologia do crime: individuais (orgânicas e psíquicas), físicas (ambiente telúrico) e sociais (ambiência social), que juntas, seriam as responsáveis pela personalidade perigosa do autor.

Vera Regina Andrade observa que:

é esse potencial de periculosidade social que os positivistas identificaram com anormalidade e situaram no coração do Direito Penal, que justifica a pena como meio de defesa social e seus fins socialmente úteis: a prevenção especial positiva (recuperação do criminoso mediante execução penal) assentada na ideologia do tratamento que impõe, por sua vez, o princípio da individualização da pena como meio hábil para a elaboração de juízos de prognose no ato de sentenciar⁴⁴.

São estas representações deterministas de criminalidade as responsáveis, segundo Vera Andrade, pela percepção profundamente enraizada nas agências do sistema penal e no senso comum de uma visão estereotipada do criminoso, associada à clientela prisional e aos baixos estamentos sociais, consolidando um verdadeiro preconceito em termos de criminalidade.

⁴³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo X Cidadania Mínima.** In *Do (pre)conceito positivista a um novo conceito de criminalidade: pela mudança do senso comum sobre a criminalidade e o sistema penal.*

⁴⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. Cit. P. 37.

Em contraposição a esta formulação causal, surge na Europa e Estados Unidos, no final da década de 50 e início de 60, um movimento teórico que busca explicar que a criminalidade não pode ser entendida pelas condições individuais, mas através da definição da própria criminalidade. Assim, o paradigma de reação social ou *labelling approach*, de perspectiva fenomenológica, cujos principais autores são Goffman, Becker, Schurt e Scheff⁴⁵, entre outros da Nova Escola de Chicago, não considera o criminoso como uma entidade natural a ser explicada, mas como realidade social que não é pré-constituída a experiência prática, mas constituída dentro desta experiência, através de processos de interação simbólica que a caracteriza.

A criminalidade passa a ser entendida como um processo onde os sujeitos - de um lado o que se comporta como desviante e de outro, o que define este comportamento como desviante - são colocados um de frente ao outro. Desta forma, o comportamento desviante seria aquilo que outros definem (rotulam) como desviante. Não seria uma característica pertencente ao comportamento em si, mas que é atribuída a este comportamento⁴⁶.

Em *Outsiders*, Becker esclarece a teoria do *labelling* nos seguintes termos:

os grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cuja infração constitui o desvio e aplicar ditas regras a certas pessoas em particular e qualificá-las de marginais (estranhos). Desde esse ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato cometido pela pessoa, senão uma consequência da aplicação que os outros fazem das regras e sanções para um 'ofensor'. O desviante é uma pessoa a quem se pode aplicar com êxito dita qualificação (etiqueta); a conduta desviante é a conduta assim chamada pela gente⁴⁷.

Ao afirmar que a criminalidade não tem natureza ontológica, esta nova escola critica o pressuposto fundamental da Criminologia positivista, passando a afirmar que a natureza da criminalidade é definida socialmente, relevando o papel do controle social em sua construção. Desta maneira, ocorre uma profunda ruptura epistemológica e metodológica com a criminologia tradicional, um deslocamento do eixo investigativo, antes sobre a pessoa, e, agora, para a reação social que produz a conduta desviante, sobretudo para o sistema penal.

De acordo com Vera Andrade:

⁴⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan. 2002.

⁴⁶ BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P.30

⁴⁷ *Apud* ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. Cit. P. 41.

por reação ou controle social designa-se, pois, em sentido lato, as formas com que a sociedade responde, informal ou formalmente, difusa ou institucionalmente, a comportamentos e a pessoas que contempla como desviantes, problemáticas, ameaçantes ou indesejáveis, de uma forma ou de outra e, nesta reação, demarca (seleciona, classifica, estigmatiza) o próprio desvio e a criminalidade como uma forma específica dele. Daí a distinção entre controle social informal ou difuso e controle social formal institucionalizado. O primeiro é o controle exercido por instâncias que não têm uma competência específica para agir e são exemplos típicos dele: a Família, a Escola, a Mídia, a Religião, a Moral, etc. O segundo é precisamente o controle institucionalizado no sistema penal (Constituição – Leis penais, Processuais Penais e Penitenciárias – Polícia-Ministério Público-Justiça-sistema penitenciário – Ciências criminais e ideologia) e por ele exercido, com atribuição normativa específica. Daí a denominação de sistema de controle penal, espécie do gênero controle social, que por isso mesmo, atua em interação com ele. Em suma, a unidade funcional do controle é dado por um princípio binário e maniqueísta de seleção; a função do controle social, informal e formal é selecionar entre os bons e os maus, os incluídos e os excluídos; quem fica dentro, quem fica fora do universo em questão⁴⁸.

Assim, para a teoria do etiquetamento, mais apropriado que falar em criminalidade (e criminoso) é falar em criminalização (e criminalizado), já que há na atuação penalizante a atribuição de um status a determinados indivíduos, que ocorre mediante um processo duplo: a “definição” legal de crime, responsável por atribuir à determinada conduta o caráter criminal, e a “seleção”, responsável por etiquetar e estigmatizar um autor como criminoso dentre todos aqueles que praticaram a mesma conduta.

Vera Andrade faz menção a três níveis explicativos do *labelling approach*: o primeiro orienta-se para a investigação do impacto causado pela atribuição da etiqueta criminoso na identidade do sujeito desviante (desvio secundário), o segundo nível é orientado para a investigação do processo de atribuição da etiqueta criminoso (criminalização secundária ou processo de seleção) e um terceiro nível que se orienta para buscar compreender como se dá o processo de definição da conduta tida como desviante⁴⁹.

Baratta critica a teoria do *labelling approach*, questionando por que determinado comportamento e não outro passa a ser etiquetado como desviante. Esta teoria, segundo ele, não explica a realidade social, o significado do desvio e da criminalização. Parte-se da

⁴⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. Cit. Nota nº 13. P.42.

⁴⁹ Analisaremos de forma mais aprofundada como se dão os processos de criminalização primária e secundária no capítulo relativo a real operacionalidade do sistema penal. Infra.

premissa que o comportamento desviante é aquele rotulado como tal, mas não se busca o porquê desse rótulo.

A criminologia crítica surge, então, como crítica às teorias anteriores, inclusive a do etiquetamento, a partir da concepção de que a criminalidade não é uma qualidade pré-constituída, mas como rotulação de certos indivíduos, aceitando, desta forma, o *labelling approach*. Porém, avança para a análise das questões que coloca como objeto de crítica desta última teoria, passando a conhecer a dimensão do poder, e, com isso, introduz a criminologia a concepção marxista. Este é, segundo Baratta, o principal marco de passagem da teoria do *labelling approach* para a criminologia crítica⁵⁰.

Assim, parte da idéia de que essa rotulação ocorre através da seleção de bens penalmente protegidos e comportamentos que causam ofensividade a esses bens e dos indivíduos que são estigmatizados entre tantos outros que realizam infrações penais, mas acrescenta que isto ocorre de acordo com o sistema sócio-econômico. Afirma que esta seleção tem como pressuposto a manutenção da escala vertical da sociedade, das relações sociais de desigualdade que são reproduzidas na construção da criminalidade. O sistema penal e o cárcere têm a função de manutenção da hierarquia social, sendo garantidores da desigualdade e da reprodução das relações sociais desiguais.

Na criminologia crítica, as dimensões da definição e do poder desenvolvem-se no mesmo nível e se condicionam entre si. Isto significa que os processos “subjetivos” de definição na sociedade vêm estudados em conexão com a estrutura material “objetiva” da própria sociedade; que o sistema da justiça criminal vem estudado como um *soto-sistema* social que contribui para a produção material e ideológica (legitimação) dos relacionamentos sociais e desigualdade.

Dentro de um tal contexto teórico, o processo de criminalização e a percepção ou construção social da criminalidade revelam-se como estreitamente ligados às variáveis gerais de que dependem, na sociedade, as posições de vantagem e desvantagem, de força e de vulnerabilidade, de dominação e de exploração, de centro e de periferia (marginalidade). O sistema da justiça criminal e o seu ambiente social (a opinião pública) vêm estudados pela criminologia crítica, colocando em evidência e interpretando, à luz de uma teoria crítica da sociedade, a repartição desigual dos recursos do sistema (proteção de bens e interesses), bem como a desigual divisão dos riscos e das imunidades face ao processo de criminalização⁵¹.

⁵⁰ BARATTA, Alessandro Op. Cit.

⁵¹ BARATTA, Alessandro. **O paradigma de gênero**. In Criminologia e Feminismo. P. 41.

2.2.4.2 *O controle social na fronteira entre o público e o privado: da violência institucional da pena à violência doméstica*

O questionamento proposto por Gerlinda Smaus sobre como se dá, de forma diferenciada, o etiquetamento de homens e mulheres na sociedade deve ser respondido levando-se em conta a forma como o controle social atua dependendo do gênero da pessoa criminalizada, questão de relevância primordial para a criminologia feminista.

Sobre isso, a autora afirma que:

o direito penal é um sistema de controle específico das relações de trabalho produtivo, e, portanto, das relações de propriedade, da moral do trabalho, bem como da ordem pública que o garante. A esfera da reprodução, da troca sexual de um casal, da procriação, da família e da socialização primária, em outras palavras, a ordem privada, não é objeto do controle exercitado pelo direito penal, ou seja, do poder punitivo público. O sistema de controle dirigido exclusivamente à mulher (no seu papel de gênero) é o informal, aquele que se realiza na família. Esse mesmo sistema vem exercitado através do domínio patriarcal na esfera privada e vê a sua última garantia na violência física contra as mulheres⁵².

Elena Larrauri nos demonstra como a ideologia das esferas – pública e privada – permite a assunção pela mulher ao âmbito privado, às tarefas domésticas, ao cuidados das crianças e do marido. Assim, a criminóloga espanhola afirma que o principal controle social exercido sobre as mulheres é o controle informal privado doméstico e que o controle formal da pena só chega a recair sobre mulheres que, via de regra, possuem estereotipia relativa a características “masculinas”, ou seja, mulheres que não se subordinam ao controle informal privado, já que não se inserem em uma família tradicional.

Smaus afirma, neste sentido, que a utilização do encarceramento feminino se dá para que seja garantida a reprodução de papéis socialmente construídos como femininos e destaca três aspectos que considera serem alvos da busca por um restabelecimento: “a capacidade de reprodução das mulheres (que inclui o comportamento condizente com o matrimônio e com a maternidade), a sua dependência do sustento por parte do marido e, por derradeiro, um acesso limitado aos órgãos de controle social”⁵³. Sobre o terceiro aspecto, a autora comenta: “É intolerável que mulheres se subtraíam do controle privado e se dirijam diretamente ao ‘Estado’; essas devem, o mais cedo possível, voltar a subordinar-se ao

⁵² *Apud* BARATTA, Alessandro. Op. Cit.

⁵³ *Apud* BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 50 e 51.

patriarca privado. E, assim, a ordem pública permanece uma ordem entre homens, e a ordem privada continua a ser o domínio dos homens sobre as mulheres”⁵⁴.

Larrauri aduz que as leis de tolerância no mundo privado familiar facilitam o desvio da agressividade provocada pelo mundo público para o âmbito privado. Os maus tratos domésticos representariam, de acordo com a autora, o exercício extremo de uma autoridade que se considera legítima e a ideologia da superioridade masculina, com seu correspondente dever de obediência feminina, justificaria a utilização desta forma de violência.

*Ello está amparado por mensajes positivos: em el ámbito doméstico la representación del poder punitivo la ostenta el marido, y por mensajes negativos, auspiciados por la renuencia de los poderes públicos a intervenir en los espacios previamente definidos como privados*⁵⁵.

O sistema de controle penal age, na esfera pública, de forma complementar aos outros sistemas que desta mesma esfera fazem parte (educação, política, economia) na reprodução das relações desiguais de propriedade, de produção e de consumo. Juntamente aos outros sistemas da esfera pública, o penal contribui, inclusive de modo integrativo, com o sistema de controle informal que age na esfera privada, na reprodução das relações iníquas de gênero⁵⁶.

A violência física passa a ser, então, a última garantia de controle, seja formal, através da pena, seja informal, a través da violência doméstica. Para compreendermos os mecanismos de reprodução do *status quo* de nossa sociedade, contemporaneamente patriarcal e capitalista, faz-se necessário que entendamos como se dá a complementaridade entre as esferas pública e privada de controle social. Para tanto, devemos buscar entender como se dá o processo chamado por Baratta de “imunização da violência masculina contra as mulheres”.

Baratta afirma que é nos seus não-conteúdos que o sistema penal deve ser estudado, ou seja, em sua seletividade negativa, naquilo que não criminaliza⁵⁷.

A seletividade negativa permite, talvez mais do que a positiva, que se vislumbre a função real do sistema da justiça punitiva para a reprodução da realidade social. Os processos de imunização constituem a interface negativa dos processos de criminalização. No que tange à esfera pública,

⁵⁴ *Apud* BARATTA, Alessandro. Op. Cit. Nota nº 76.

⁵⁵ BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 6.

⁵⁶ BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 47.

⁵⁷ Cabe aqui, a ressalva de Raúl Zaffaroni, utilizando-se de Michel Foucault, no sentido de que o verdadeiro exercício de poder não é o repressivo negativo, mas o configurador positivo, aludindo a atuação configuradora da “criminalidade” pelas agências executivas policiais do sistema penal. *Infra*.

os mecanismos de imunização de que gozam os homens de posição econômica e social elevadas viram-se largamente estudados internamente às correntes críticas e progressistas da criminologia e da sociologia da justiça criminal. No que diz respeito à esfera privada, principalmente a criminologia feminista analisou a imunidade penal que usufruem todos os homens, independente de sua posição social, enquanto detentores do poder patriarcal⁵⁸.

Assim, ao se levar em conta os

processos de imunização masculina contra as mulheres, a relação de subsidiariedade do sistema da justiça criminal face ao sistema informal de controle da esfera privada se inverte. O sistema penal se apresenta, neste caso, como o sistema principal e o informal, como secundário. A não intervenção do sistema penal na esfera privada e a sua abstinência no confronto da violência masculina não podem mais ser considerados, então, como uma tutela da esfera privada por parte do aparelho estatal, mas sim como uma falta estrutural de tutela das mulheres, vale dizer, a legitimação 'pública' em si do incondicionado poder patriarcal⁵⁹.

Ainda relativamente à seletividade negativa do sistema penal, ou seja, àquilo que não é por este sistema criminalizado, cabe a alusão feita pela criminologia feminista de que as mulheres, enquanto intérpretes de papéis femininos, não vêm sendo consideradas na sua qualidade de autoras de crime – salvo naqueles casos de tipos penais especificamente femininos: aborto, infanticídio e abandono de menores – mas sim na de vítimas das formas de violência eminentemente masculinas.

Acreditamos que esta associação da mulher enquanto vítima está fortemente relacionada com a atribuição social de determinadas qualidades ao gênero feminino, como a sensibilidade, a doçura e o recato, características ligadas ao esteriótipo igualmente social geralmente atribuído às vítimas.

3 A CONTRADIÇÃO ENTRE DISCURSO E REALIDADE NO SISTEMA PENAL

Para procedermos às análises a que nos propusemos neste trabalho, qual seja: a análise das políticas criminais implementadas no trato da violência doméstica, faz-se necessário, primeiramente situar a forma como atuam os sistemas penais na região onde estamos inseridos na geografia mundial. Região esta que possui determinadas particularidades por constituir-se como periferia do sistema capitalista mundial, onde a

⁵⁸ BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 54.

⁵⁹ BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 54.

atuação estatal segue um programa estabelecido pelas elites proconsulares e, em última análise pelos países centrais. Os sistemas penais latino-americanos exercem seu poder num marco social cujo signo é a morte em massa, em andamento desde a colonização, de acordo com a história dos ciclos de atualização do capital, passando pelo neocolonialismo, até o genocídio tecnocolonialista.

Será Raúl Zaffaroni que nos esclarecerá sobre a perversão do discurso jurídico penal, que, ao ignorar completamente a realidade genocida latino-americana, ignora também a deslegitimação por que passam os sistemas penais de nossa região marginal. Por ser este o autor que nos esclarece de forma mais didática de que maneira, em nossa região, as penas encontram-se “perdidas”, será este o principal autor a que recorreremos para buscar explicitar a real atuação das agências de nossos sistemas penais.

3.1 A Falácia do discurso jurídico-penal

Parafrazeando Louk Hulsman⁶⁰, Zaffaroni em seu “Em Busca das Penas Perdidas” nos relata a situação crítica em que se encontra o penalismo latino-americano, afirmando haver uma “progressiva “perda” das “penas”, isto é, as penas como inflição de dor sem sentido (“perdido” no sentido de carentes de racionalidade)”⁶¹.

De acordo com o autor, na criminologia atual é comum a descrição da realidade de poder dos sistemas penais de forma diametralmente oposta à forma como os discursos jurídico-penais supõem que esses sistemas atuem. A programação normativa encontra-se baseada em uma “realidade” inexistente e a totalidade de órgãos responsável pela aplicação prática desta programação age de forma diferente do que é discursivamente reiterado em forma de racionalizações “científicas”. Por isso, partiremos da premissa que em nossa região a atuação das agências penais baseia-se em um discurso jurídico-penal falso, que se fundamenta no princípio da igualdade, quando o que impera é, na verdade, a seletividade.

Segundo Zaffaroni, a experiência do capitalismo periférico acabou com a ilusão de transitoriedade desta contradição entre discurso e realidade dos sistemas penais:

⁶⁰ HULSMAN, Louk.. **Penas Perdidas**. O Sistema Penal em Questão. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. A perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991. P. 12

Hoje temos consciência de que a realidade operacional de nossos sistemas penais jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico-penal, e de que todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que cancelam o discurso jurídico-penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas, sem a supressão dos próprios sistemas penais. A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais⁶².

Diferenciando a legalidade da legitimidade, Zaffaroni nos diz ser a legitimidade – que seria segundo o autor “a característica outorgada por sua racionalidade”⁶³ – do sistema penal utópica, por ser este sistema uma manifestação de poder na sociedade.

Zaffaroni esclarece que para um discurso jurídico-penal ser legítimo, portanto, racional, é necessário que reúna as seguintes condições: que possua valor de verdade sob a perspectiva da operatividade social, devendo haver a possibilidade plausível de realização social de acordo com a programação legislativa, e que possua coerência interna (não-contradição) no âmbito do seu próprio discurso.

Cabe a observação de que em relação à coerência interna, esta não se esgotaria, segundo o autor, em sua não-contradição, mas deveria também englobar aquilo que chama de fundamentação antropológica básica, que estaria materializada nos direitos humanos internacionalmente positivados.

Assim, para que o discurso jurídico-penal seja verdadeiro, deve a planificação criminalizante (leis elaboradas segundo um devido processo legislativo) ser considerada como um meio adequado para a obtenção dos fins propostos e, ainda, ter adequação operacional minimamente de acordo com a planificação legal proposta.

O discurso jurídico-penal é, entretanto, elaborado sob a justificativa de que se alcance um “dever ser”. Porém, ao não ter como finalidade precípua o “ser” (a realidade), refugiando-se somente no “dever ser” (abstração da norma), o discurso jurídico-penal transforma-se num embuste, já que “para que o “dever ser” seja um “ser que ainda não é”, deve considerar o vir-a-ser possível do ser, pois, do contrário, converter-se-á em um ser que jamais será”. [...] Portanto, o discurso jurídico-penal socialmente falso também é perverso: torce-se e retorce-se tornando

⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raúl .Op. Cit. P. 15.

⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl .Op. Cit. P.

alucinado um exercício de poder que oculta a percepção do verdadeiro exercício de poder⁶⁴.

Em nossa região marginal latino-americana, entretanto, de maior relevo torna-se a irracionalidade e deslegitimação na medida em que nossos sistemas penais não atuam sequer de acordo com a legalidade, que dirá, conforme a legitimidade.

Se é certo que a atuação de nossas agências penais é deslegitimada por conta da não observância aos postulados básicos dos direitos humanos (basta recorrermos aos dados publicados por organismos internacionais de direitos humanos para se ter idéia do alto número de torturas, homicídios e corrupção de que se vale as agências executivas do sistema penal) , é também certo que tal atuação se dá de forma ilícita, já que os órgãos do sistema penal não exercem seu poder de acordo com a programação legislativa.

A atuação das agências penais viola, desta forma, para Zaffaroni, o princípio da legalidade penal, que postula que o exercício de poder punitivo deve ocorrer de acordo com os limites estabelecidos previamente pela punibilidade, e, ainda, o princípio da legalidade processual, que exige que a atuação do sistema penal seja no sentido de buscar criminalizar todos os autores de ações típicas, antijurídicas e culpáveis, o que significa que o sistema penal deveria exercer seu poder não somente de acordo com a estrita planificação legal, mas que deve exercê-lo sempre, em todos os casos.

A chamada *administrativização*, ou seja, a reserva do discurso jurídico-penal aos injustos tidos como “graves”, através de uma minimização jurídica, faz com que a lei penal permita, deste modo, que enormes esferas de exercício arbitrário de poder (por exemplo, os manicômios, asilos, hospitais) fiquem fora de sua abrangência, renunciando, assim, aos limites garantidores da legalidade.

Bebendo da fonte foucaultiana⁶⁵, Zaffaroni aduz que o verdadeiro exercício de poder operado pelo sistema penal não é o poder repressivo (negativo) mediado pela agência judicial, já que está só é chamada a atuar em alguns poucos casos – por conta da seletividade operacional do sistema penal – mas sim o poder configurador positivo, que é exercido pelas agências executivas do sistema penal – em regra as agências policiais.

Mediante esta expressa e legal renúncia à legalidade penal, os órgãos do sistema penal são encarregados de um controle social militarizado e verticalizado, de uso cotidiano, exercido sobre a grande maioria da

⁶⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. P. 42.

⁶⁵FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. São Paulo. Graal, 2003.

população, que se estende além do alcance meramente repressivo, por ser substancialmente configurador da vida social⁶⁶.

O que ocorre é que se percebe como a totalidade de poder do sistema penal o que na realidade é uma parcela ínfima deste, mas que servirá como pretexto para o verdadeiro exercício de poder (o configurador), demonstrando assim a perversidade do discurso jurídico-penal.

3.2 A real operacionalidade do sistema penal

3.2.1 Criminalização primária e secundária

Todas as sociedades contemporâneas que institucionalizaram ou formalizaram o poder (estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena. Esta seleção penalizante se chama criminalização e não se leva a cabo por acaso, mas como resultado da gestão de um conjunto de agências que formam o chamado sistema penal⁶⁷.

Tendo em vista o processo de criminalização, Nilo Batista e Raúl Zaffaroni traçam uma distinção entre criminalização primária e secundária. A primeira se traduz no ato de sancionar uma lei penal material incriminadora, ato este fundamentalmente programático, geralmente operado por agências legislativas, que se refere a um dever ser, um programa a ser seguido (ou, ao menos deveria sê-lo) por todas as agências do sistema penal. A criminalização secundária, ao contrário, diz respeito ao campo do ser, ou seja, às práticas concretas do sistema penal, operadas pelas agências executivas e judiciais, basicamente. Exatamente por esta programação apontar para um dever ser, é impossível se verificar todo seu cumprimento na íntegra. Contudo maior ou menor será o nível de racionalidade, portanto de legitimidade, conforme a maior ou menor obediência pelas demais agências do sistema penal a programação dada.

Assim, se a “criminalidade” registrada pelas agências policiais não indica a real extensão da “criminalidade”, mas apenas uma parte, já que a chamada cifra negra – que seria a diferença entre ambas – não é levada em conta, devemos nos perguntar qual o

⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. P. 23.

⁶⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raul / BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. P.43

critério utilizado para que somente alguns indivíduos – e não outros – tenham suas condutas rotuladas como desviantes. Qualidade esta que não é intrínseca, como pretendia a criminologia etiológica, mas se dá de acordo com o processo de criminalização, em que o rótulo de infrator é atribuído pelo sistema penal a determinados indivíduos, já que o crime é fenômeno social geral, mas a criminalização é fenômeno destinado a uma minoria determinada.

“As agências de criminalização secundária têm limitada capacidade operacional e seu crescimento sem controle desemboca em uma utopia negativa”⁶⁸. Assim, passa a se considerar “natural que o sistema penal leve a cabo a seleção de criminalização secundária apenas como realização de uma parte ínfima do programa primário”⁶⁹.

Baratta nos afirma que as maiores chances para ser selecionado para fazer parte da “população criminosa” se encontram nos níveis mais baixos da escala social. Segundo ele, o que é demonstrado pela criminologia positivista e em boa parte da liberal como sendo as causas da criminalidade seriam, na verdade, a própria origem da filtragem seletiva operada pelo sistema penal enquanto sistema de controle social.⁷⁰

3.2.2 O exercício seletivo da criminalização secundária

As agências de criminalização secundária são aquelas que decidem quem serão as pessoas criminalizadas e também as vitimizadas em potencial. Isso significa que estas agências, tendo em vista sua “escassa capacidade perante a imensidão do programa que discursivamente lhes é recomendado, devem optar pela inatividade ou seleção. Como a inatividade acarretaria seu desaparecimento, elas seguem a regra de toda burocracia e procedem à seleção”⁷¹ poder este correspondente fundamentalmente às agências policiais enquanto poder configurador positivo.

⁶⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raul / BATISTA, Nilo. Op. Cit. P.48.

⁶⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raul / BATISTA, Nilo. Op. Cit. P.45.

⁷⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**, P. 165.

⁷¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul / BATISTA, Nilo. Op. Cit. P.50.

As agências policiais, entretanto, não selecionam exclusivamente segundo seu critério, mas de acordo com o condicionamento dado por diversas outras agências: as de comunicação social, as políticas, as ideológicas, etc.

Em regra, a criminalização secundária é operada na forma de seleção por fatos grosseiros, chamados por Nilo Batista e Raúl Zaffaroni de “obra tosca da criminalidade”, detectada facilmente, e de indivíduos que causem menos problemas devido ao seu acesso negativo ao poder econômico e, ainda, aos meios comunicacionais.

Através da criação do estereótipo de um inimigo no imaginário coletivo, as agências de comunicação social divulgam os atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo a estes mesmos meios comunicacionais como sendo os "únicos delitos" e tais pessoas como os "únicos delinquentes", desembocando na criação de bodes expiatórios, cujo perfil estético será o principal critério seletivo na criminalização secundária. Por isso ocorre uma determinada uniformidade da população penitenciária associadas a desvalores estéticos (pessoas feias), que o biologismo criminológico considerou como causas do delito quando, na verdade, eram causas da criminalização.

A seletividade operacional da criminalização secundária e sua orientação burocrática sobre pessoas sem poder e por fatos grosseiros e até insignificantes provocam uma distribuição seletiva, que atinge apenas aqueles que têm baixas defesas perante o poder punitivo, que são mais vulneráveis à criminalização secundária, já que suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais e o etiquetamento suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo (estigmatização), gerando uma correspondência entre o seu comportamento e o estereótipo que lhe foi imposto. As agências acabam selecionando aqueles que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes, prestando-se à criminalização – mediante suas obras toscas – como seu inesgotável combustível.

Isto leva à conclusão pública de que a delinquência se restringe aos segmentos subalternos da sociedade, e este conceito acaba sendo assumido por equivocados pensamentos humanistas que afirmam serem a pobreza, a educação deficiente, etc., as causas do delito, quando, na realidade, são estas, junto ao próprio sistema penal, fatores condicionantes dos ilícitos desses segmentos sociais, mas, sobretudo, de sua criminalização, ao lado da qual se espalha, impune, todo o imenso oceano de ilícitos dos outros segmentos, que os cometem com menor rudeza ou mesmo com refinamento.

O sistema penal opera em forma de filtro, selecionando [...] pessoas. Cada uma delas se acha em um certo estado de vulnerabilidade ao poder punitivo que depende de sua correspondência com um estereótipo criminal: o estado de vulnerabilidade será mais alto ou mais baixo conforme a correspondência com o estereótipo for maior ou menor. No entanto, ninguém é atingido pelo poder punitivo por causa deste estado, mas sim pela situação de vulnerabilidade que é a posição concreta de risco criminalizante em que a pessoa se coloca. Em geral, já que a seleção

dominante corresponde a esteriótipos, a pessoa que se enquadra em algum deles não precisa fazer um esforço muito grande para colocar-se em posição de risco criminalizante (e, ao contrário, deve esforçar-se muito para evitá-lo), porquanto se encontra em um estado de vulnerabilidade sempre significativo. Quem, ao contrário, não se enquadrar em um esteriótipo, deverá fazer um esforço considerável para posicionar-se em uma situação de risco criminalizante, de vez que provém de um estado de vulnerabilidade relativamente baixo. Daí o fato e que, em tais casos pouco freqüentes, seja adequado referir-se a uma criminalização por comportamento grotesco ou trágico. Os raríssimos casos de falta de cobertura servem para alimentar a ilusão de irrestrita mobilidade social vertical, configurando a outra face do mito de que qualquer pessoa pode ascender até a cúspide social a partir da própria base da pirâmide (self made man), e servem também para encobrir ideologicamente a seletividade do sistema, que através de tais casos pode apresentar-se como igualitário⁷².

Segundo Nilo Batista e Raúl Zaffaroni, "a seletividade estrutural da criminalização secundária confere especial destaque às agências policiais"⁷³, fenômeno este denominado por Zaffaroni de *policização*.

Desta forma, as agências judiciais, por conta da seletividade, limitam-se (quando muito) a resolver apenas alguns casos que foram selecionados pela agência policial, o que demonstra que a realidade operacional do poder punitivo é exatamente a inversa daquela que é sustentada pelo discurso jurídico, já que na prática, quem exerce de fato o poder seletivo é a agência policial, cabendo à agência judicial somente a possibilidade de redução desta filtragem seletiva operada pela polícia. O restante do poder de criminalização secundária que se encontra fora do alcance das agências judiciais não passa, nas palavras de Nilo Batista e Raúl Zaffaroni, de "puro exercício seletivo, mais ou menos arbitrário e estruturalmente inevitável"⁷⁴.

3.2.3 A atuação das agências do sistema penal

Vimos que o poder configurador operado pelas agências policiais, sem grande controle por parte das agências judiciais e, portanto, com a maior discricionariedade possível, é o verdadeiro exercício de poder com que atuam nossos sistemas penais latino-americanos.

⁷² ZAFFARONI, Eugênio Raul / BATISTA, Nilo. Op. Cit. P.50.

⁷³ ZAFFARONI, Eugênio Raul / BATISTA, Nilo.

⁷⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul / BATISTA, Nilo. Op. Cit. P.50.

Devemos agora buscar demonstrar como se dá a atuação de cada agência do sistema penal nesta linha de montagem fordista e compartimentarizada do “criminoso”, até seu produto final, qual seja o indivíduo criminalizado.

3.2.3.1 *As fábricas de realidade do sistema penal: as agências de comunicação de massa*

Para Zaffaroni os meios de comunicação são os grandes responsáveis pela criação de uma ilusão nos sistemas penais atuais, seja pela inculcação no imaginário social do modelo penal belicizado como um possível resolutor de conflitos sociais – somos telespectadores, desde muito cedo, das séries policiais em que o mocinho-galã norte-americano “soluciona” conflitos através da supressão do “mau” – seja pelo desencadeamento de campanhas de “lei e ordem”, que são realizadas através:

Da “invenção da realidade” (distorção pelo aumento de espaço publicitário dedicado a fatos de sangue, invenção direta de fato que não aconteceram), “profecias que se auto-realizam” (instigação pública para a prática de delitos mediante metamensagens de “slogans” tais como “a impunidade é absoluta”, “os menores podem fazer qualquer coisa”, “os presos entram por uma porta e saem pela outra”, etc. [...]), “produção de indignação moral” (instigação à violência coletiva, à auto-defesa, glorificação de “justiceiros”, apresentação de grupos de extermínio como “justiceiros”, etc.)⁷⁵.

Outra função fundamental das agências comunicacionais, como já dito, é a fabricação dos “esteriótipos do criminoso”, que gera uma catalogação dos criminosos de acordo com a imagem fabricada e veiculada: em regra, homens jovens e negros, pertencentes às classes menos abastadas.

Desta forma, através da produção de um “sistema simbólico fechado” estas agências corroboram para fortalecer a militarização e verticalização social.

3.2.3.2 *As máquinas de deterioração: as agências penitenciárias*

⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. A perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991. P. 129.

Dentre as denominadas “instituições de seqüestro” – que englobariam ainda os hospitais psiquiátricos, asilos e casas de internação para menores – Michel Foucault destaca as prisões enquanto “instituições totais”, as quais Zaffaroni coloca como a parte mais importante do condicionamento deteriorante operado pelas agências de criminalização secundária, pela forma como a prisionização executa uma verdadeira regressão no indivíduo: o preso passa a se encontrar privado de tudo o que lhe é habitual em seu cotidiano, em condições de vida que ferem de todas as formas a sua auto-estima; o que, aliado às condições deficientes da maioria das cadeias – superlotação, falta de assistência sanitária, etc. – fortalece o que o autor argentino chama de “cultura da cadeia”⁷⁶.

É relevante, neste sentido, a afirmação de Georg Rusche, ao analisar historicamente a relação da punição com a estrutura social de cada época, de que as autoridades carcerárias sempre buscaram erigir ao preso condições de vida piores do que aquelas nas quais se encontravam a totalidade dos trabalhadores livres pertencentes às classes subalternas, esperando que assim conseguissem dissuadi-los da “delinqüência” e estimulá-los ao trabalho⁷⁷, o que não pode ser constatado na prática, tendo em vista as alarmantes taxas de reincidência a que assistimos em todo o mundo.

3.2.3.3 *Policização: a atuação das agências executivas*

Agências executivas são aquelas que agem no sistema penal de forma não judicial, tendo maior relevo a agência policial por conta de seu altíssimo poder configurador. (Cabe aqui a ressalva de que apesar de as agências penitenciárias pertencerem também às agências executivas, não possuem grande relevância dentro destas por possuírem pouco poder configurador.)

Apesar de formalmente terem as agências policiais funções essencialmente civis (por exemplo, a investigação criminal), estas atuam de forma altamente militarizada em nossos sistemas latino-americanos.

⁷⁶ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. A perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

⁷⁷ Tal princípio é denominado por Rusche de “*less eligibility*”. RUSCHE, Georg. e KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

As pessoas que integram estas agências, em geral, pertencem, segundo Zaffaroni, aos mesmos segmentos sociais de onde são recrutados os criminalizados e os vitimizados pelo sistema penal – também num processo baseado em esteriótipos – e sofrem violações de direitos humanos tão deteriorantes quanto os criminalizados e vitimizados, já que em função de sua situação anômica, gerada pelo seu treinamento de acordo com um “*discurso externo moralizante*”⁷⁸, porém com uma “*prática interna corrupta*”⁷⁹, sofrem uma perda de identidade original e assunção de uma identidade artificial:

O policizado perde as referências dos grupos originários aos quais pertence, que passam a “estranhá-lo” e a tratá-lo com certa desconfiança; os grupos médios não o aceitam e, em geral, o desprezam; as cúpulas o ameaçam com sanções administrativas, se não se submeter às práticas corruptas, ao mesmo tempo em que lhe impõem discursos moralizantes; simultaneamente, a conduta “ideal”, que o reprovam por não assumir (e que corresponde à de “herói” produzido pela ficção transnacionalizada), é a de um psicopata⁸⁰.

Há ainda uma presunção de que o policizado deve estar psicologicamente preparado pra lidar com fatos traumáticos, sendo-lhe esperada uma ausência de medo e insensibilidade, exigências estas que acabam sendo confundidas com sua identidade sexual, já que do contrário, seu comportamento seria inapropriado ao papel de “macho” que o indivíduo policizado deve ter.

3.2.3.4 Burocratização: a atuação das agências judiciais

Apesar de os operadores das agências judiciais não pertencerem, no geral, às camadas mais despossuídas da população, o “treinamento” a que são submetidos também gera uma deterioração em suas identidades, já que acabam internalizando símbolos de um falso poder, permeados por tratamentos pomposos e solenidades, que são estimulados pela manipulação da opinião pública do papel correspondente a um magistrado, pautado em “assepsia ideológica, certa neutralidade valorativa, suficiência e segurança de resposta e,

⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas** – a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991. P. 138.

⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. .138.

⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. P. 139.

em geral, um certo modelo de ‘executivo sênior’, com discurso moralizante e paternalista”⁸¹.

Esta falsa imagem oculta o fato de que na verdade o juiz é um operador com um limitado poder dentro do sistema penal, tendo em vista que a regra do exercício de poder neste sistema não é o poder repressor positivo da agência judicial, mas o configurador negativo, exercido pelas agências policiais.

Deste modo, ao recusar a consciência sobre seu limitadíssimo poder, só resta ao agente magistrado o caminho da *burocratização* em sua atuação, correspondente a assunção de seu papel com respostas igualmente estereotipadas, porém funcionais ao exercício do poder configurador das agências policiais, já que não colidem com a atuação das mesmas e reiteram seus discursos mediante racionalizações.

3.2.3.5 *Deterioração e antagonismos: compartimentarização das agências*

Analisando a atuação de cada uma das agências que compõem o sistema penal, observamos que a regra em seu exercício é uma deterioração regressiva dos papéis atribuídos aos criminalizados e também a seus agentes, fazendo com que assumam falsas identidades.

O complicado jogo de identidades artificiais, criadas pelo próprio exercício de poder do sistema penal, introduz antagonismos entre os operadores das diferentes agências do poder. Estes antagonismos provocam a imputação recíproca de que aquilo que se considera falhas conjunturais de sistema penal, na realidade são características estruturais dos mesmos⁸².

“Estas imputações recíprocas provocam uma ‘compartimentarização’ das agências do sistema penal, já que cada uma deve defender seu exercício de poder frente às outras. Ao encastelar-se para defender seu próprio poder, cada agência o exerce com absoluta indiferença – e até desconhecimento ou ignorância – em relação às restantes e, muito mais ainda, em relação ao resultado final da operacionalidade do conjunto, sobre o qual não têm sequer a possibilidade de se informar”.

⁸¹ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. P.141.

⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. P. 43.

3.3 Pena: horizonte de projeção do Direito Penal

De acordo com Nilo Batista e Raúl Zaffaroni, a pena delimita o horizonte de projeção do direito penal, distante, porém, de ser este um conceito preciso. A sociedade industrial, segundo os autores, parece ocultar sua etimologia, já que pena deriva da palavra latina *poena*, que corresponderia à vingança, sentido que foi sendo atribuído à dor (proveniente de *pain*, do idioma inglês), através da ambivalência ativa (castigar) e passiva (sofrer).

As agências políticas programam a forma como intervém nos conflitos sociais segundo *modelos decisórios*, sendo os principais: o reparador, o conciliador, o corretivo, o terapêutico e o punitivo⁸³.

Ao chamar um fato de “crime”, acabam sendo excluídas as outras linhas decisórias, já que o modelo punitivo não é o mais adequado para ser combinado com os outros modelos, tendo-se em vista que o paradigma punitivo, segundo Hulsman, não resolveria de fato os conflitos sociais que pretende resolver.

O modelo punitivo não é apto para solucionar conflitos, satisfazendo as partes envolvidas, porque exclui de seu procedimento a própria vítima, que deveria ser a principal interessada na resolução do problema. Quando alguém é aprisionado, não se resolve o conflito em si, mas este é suspenso, pendente no tempo, dissolvido numa linha temporal até que a relação conflituosa se apague⁸⁴.

Rusche nos diz que a punição estatal excludente da vítima firma-se em meados dos séculos XI e XII, quando a pena pecuniária (*penance*) – que regulava as relações entre os indivíduos habitantes do feudo considerados iguais em *status* e bens – passa a ser gradativamente substituída por um sistema de punição corporal e capital – exatamente por conta da incapacidade dos “malfeitores” das classes subalternas de pagarem fianças em moedas –, responsável por abrir os caminhos para o aprisionamento a partir do século XVII.

⁸³ HULSMAN, Louk.. **Penas Perdidas. O Sistema Penal em Questão**. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

⁸⁴ Neste sentido, Zaffaroni e Hulsman.

A arbitragem privada predominante na Idade Média procurava resolver os conflitos pela via reparadora, buscando a composição. O crime era visto como uma ação de guerra e a sua principal dissuasão era o medo da vingança pessoal proveniente da parte injuriada⁸⁵.

Segundo Nilo Batista e Raúl Zaffroni, o confisco da vítima despojou a pena de qualquer conteúdo reparador, limitando a reparação ao âmbito do direito privado. Para os autores:

A pena poderia recuperar um pouco de legitimidade como sanção reparadora caso fosse ela reduzida a uma coerção que impusesse a reparação, mas esta tendência, quase imperceptível na legislação vigente nacional até recentemente, está nela circunscrita às infrações penais que a Constituição da República designa como “de menor potencial ofensivo” (art. 98, I, CR), sendo um pouco mais ampla na legislação comparada, associando benefícios aos esforços reparadores, devolvendo algum protagonismo à vítima⁸⁶.

3.3.1 Funções punitivas manifestas e latentes

Batista e Zaffaroni destacam que o Estado confere às instituições que dele fazem parte determinadas *funções manifestas*, expressas e declaradas publicamente. Ocorre, entretanto, que, em geral, não há total coincidência entre esta função manifesta e o que de fato é realizado no âmbito social pela instituição, isto é, aquilo que os autores chamam de *funções latentes* ou reais.

“O poder estatal com função manifesta não-punitiva e funções latentes punitivas (ou seja, que não exprime discursivamente suas funções reais) é muito mais amplo do que aquele que ostensivamente tem a seu cargo as funções punitivas manifestas”⁸⁷.

As leis penais latentes que possuem função manifesta não-punitiva (assistencial, pedagógica, tutelar, sanitária, etc.) consubstanciam-se, segundo os autores, em casos de criminalização subtraídos indevidamente dos limites garantidores do direito penal, devendo este buscar recuperá-los para que possa atuar com o mínimo possível de legitimidade.

As agências políticas formalizam o programa criminalizante de acordo com as funções manifestas – descritas por Batista e Zaffaroni – e estas estão relacionadas às teorias legitimantes do poder punitivo.

⁸⁵ RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

⁸⁶ ZAFFARONI, Raul/BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. P. 102.

⁸⁷ ZAFFARONI, Raul/BATISTA, Nilo. Op. Cit. P. 88.

Para Cirino dos Santos, seria o direito penal que possuiria *objetivos declarados* (ou *manifestos*), destacados pelo discurso jurídico-penal oficial como a proteção de bens jurídicos e legitimados pelos pretensos princípios de liberdade, igualdade e bem comum, e *objetivos reais* (ou *latentes*) que são identificados pela teoria criminológica crítica da pena como correspondência “às dimensões de *ilusão* e de *realidade* de todos os fenômenos ideológicos das sociedades capitalistas contemporâneas”⁸⁸.

De acordo com o autor, a partir da definição dos objetivos reais do direito penal é possível a compreensão do significado político da pena, como estratégica para o controle social nas sociedades contemporâneas, e do conceito político de direito penal, como instituição garantidora da reprodução da verticalidade social e da manutenção da exploração das classes subalternas pelas classes hegemônicas.

Nas formações sociais capitalistas, estruturadas em classes sociais antagônicas diferenciadas pela posição respectiva nas relações de produção e de circulação da vida material, em que os indivíduos se relacionam como proprietários do capital ou como possuidores de força de trabalho – ou seja, na posição de capitalistas ou na posição de assalariados – todos os fenômenos sociais da base econômica e das instituições de controle jurídico e político do Estado devem ser estudados na perspectiva dessas classes sociais fundamentais e da luta de classes correspondente, em que se manifestam as contradições e os antagonismos políticos que determinam ou condicionam o desenvolvimento da vida social⁸⁹.

Tanto Nilo Batista e Zaffaroni como Cirino, ao atacarem as funções punitivas latentes, corroboram para a construção de uma teoria deslegitimante da pena, que leva em consideração a atuação seletiva do sistema penal enquanto distribuidor de penas a alguns escassos indivíduos vulneráveis.

3.3.2 Teorias deslegitimantes do poder punitivo

A concepção criminológica crítica da pena é produzida por duas principais teorias, que embora com metodologias um tanto quanto distintas, corroboram para a compreensão do poder punitivo enquanto poder seletivo, irracional e deslegitimado: a teoria negativa/agnóstica da pena, que se embasa na dicotomia estado de direito/ estado de polícia, e a teoria materialista/ dialética da pena, fundada na concepção marxista da criminologia.

⁸⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Parte Geral. Curitiba: Lúmen Júris. 2007. P. 4.

⁸⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. P. 6.

3.3.2.1 Teoria negativa/ agnóstica da pena

Esta teoria, desenvolvida por Nilo Batista e Raúl Zaffaroni, parte da crítica a todas as teorias que legitimam o poder punitivo, alicerçadas na atribuição positiva em relação às funções manifestas.

É, assim, uma teoria *negativa* das funções *declaradas* ou *manifestas* da pena e *agnóstica* das funções *latentes* ou *reais*, já que renuncia à cognição dos objetivos ocultos da pena, que seriam, segundo os autores, múltiplos e heterogêneos.

Para os autores, portanto, fundamentando-se no que chamam de um conceito ôntico limitador do sistema punitivo:

a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes. [...] Trata-se de um conceito de pena que é negativo por duas razões: a) não concede qualquer função positiva à pena; b) é obtido por exclusão (trata-se de coerção estatal que não entra nem no modelo reparador nem no administrativo direto). É agnóstico quanto à sua função, pois confessa não conhecê-la. Essa teoria [...] permite incorporar leis penais latentes e eventuais ao horizonte de projeção do direito penal e, por conseguinte, fazer delas sua matéria, assim como desautoriza os elementos discursivos negativos do direito penal dominante⁹⁰.

Abarcando os casos de operacionalidade do poder punitivo à margem da garantia da legalidade, a teoria negativa/ agnóstica não exclui do conceito de pena as torturas, ameaças, violências sexuais, espancamentos disciplinares e tantos outros maus-tratos exercidos pelo poder penal subterrâneo nem, tampouco, o exercício discricionário do poder configurador positivo operado pela policização.

O que Batista e Zaffaroni intitulam como “o conceito ôntico limitador do sistema punitivo” seria a função que outorgam ao direito penal, através das agências judiciais, de contenção do poder punitivo – que é aquele exercido pelas agências do sistema penal – função esta que reforçaria o estado de direito – aquele em que seus habitantes são submetidos à legalidade – e, conseqüentemente o republicanismo, e limitaria o estado de polícia – que é aquele que se contrapõe ao estado de direito e em que os habitantes se

⁹⁰ ZAFFARONI, Raul/BATISTA, Nilo. Op. Cit. P. 99/100.

subordinam ao arbítrio daqueles que mandam, desembocado facilmente no autoritarismo absoluto.

O exercício do poder punitivo – com sua seleção de criminalizados e vitimizados por vulnerabilidade, o sacrifício de seus operadores, sua imagem bélica, a reprodução de antagonismos sociais, sua preferência pelo modelo de sociedade verticalista disciplinante (corporativa) – não pode senão identificar-se como um capítulo do modelo de estado de polícia que sobrevive dentro do estado e direito⁹¹.

Para os autores, sem a contenção exercida pela agência judicial, o poder punitivo ficaria liberado ao arbítrio das agências executivas e políticas, desaparecendo o estado de direito, este como barreira ao estado de polícia, que subsiste no interior daquele, já que não há, segundo Zaffaroni, nenhum estado de direito essencialmente puro⁹².

A única forma de as agências judiciais não atuarem de forma burocratizada, imaginando exercer um poder que de fato não detém – por conta da policização – seria, para Zaffaroni, a atuação jurídica pautada em uma perspectiva redutora da violência estatal, comprometida com a ampliação da segurança jurídica de todos os habitantes, mediante a redução do poder punitivo deslegitimado⁹³.

O poder punitivo careceria de contenção porque a idéia de pena se assemelharia à guerra, o que já foi preconizado por Tobias Barreto: “o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político; (...) quem procurar o fundamento jurídico da pena deve procurar também (...) o fundamento jurídico da guerra”⁹⁴.

O direito penal apresenta, nesta linha, um modelo semelhante ao do direito humanitário, quando se tenta construí-lo a partir de uma teoria negativa de toda função manifesta do poder punitivo e agnóstica a respeito de sua função latente: a pena (e todo o poder punitivo) é um fato de poder que o poder dos juristas pode limitar e conter mas não eliminar. Uma teoria do direito penal que o programe para limitar e reduzir o poder punitivo até o limite do poder das agências jurídicas é racional porque se orienta para o único objetivo possível dentro de seu âmbito decisório programável. Não se pretende legitimar o poder de outros, mas legitimar e ampliar o poder jurídico, o único cujo exercício é capaz de ver-se orientado tendo em vista que as agências jurídicas não dispõem diretamente de qualquer outro⁹⁵.

⁹¹ ZAFFARONI, Raul/BATISTA, Nilo. Op. Cit. P. 96

⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan. 2007.

⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas – a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

⁹⁴ *Apud* ZAFFARONI, Raul/ BATISTA, Nilo. Op. Cit. P. 109.

⁹⁵ ZAFFARONI, Raul/ BATISTA, Nilo. Op. Cit. P. 110.

3.3.3 Teorias legitimantes do poder punitivo

Como já analisado, é certo que todas as teorias que legitimam o poder punitivo estatal se baseiam nas funções punitivas manifestas declaradas pelo discurso jurídico oficial, que também são invocadas pelas agências legislativas como racionalizações para realizar a programação criminalizante.

De acordo com Nilo Batista e Raúl Zaffaroni todas as teorias legitimantes são classificadas de modo análogo desde 1830 e suas distintas atribuições da função manifesta da pena variam em geral em função da idéia de defesa social ⁹⁶. Os autores argumentam, ainda, que estas teorias legitimam o confisco do conflito, excluindo a vítima do procedimento e pretendendo proteger um ente que não tem correspondência com os direitos da vítima, mas pertencentes à sociedade, a partir de uma concepção organicista.

Os autores destacam, em um breve resumo, que há dois grandes grupos de teorias legitimantes: as *teorias da prevenção geral*, que afirmam que o valor positivo da criminalização atua sobre os que não delinqüiram, subdivididas em *prevenção geral negativa* (que dissuadem) e *prevenção geral positiva* (que reforçam), e as *teorias da prevenção especial*, que pretendem que o valor positivo da criminalização atue sobre aqueles que delinqüiram, subdivididas em *prevenção especial negativa* (neutralizantes) e *prevenção especial positiva* (baseadas no que os autores chamam de “ideologias re”: ressocialização, reeducação, reinserção, etc.).

3.3.3.1 *Pena como prevenção geral*

Esta função atribuída à pena pretende evitar o cometimento de crimes futuros, tanto em sua forma tradicional *negativa* quanto em sua formulação pós-moderna *positiva*, cada uma em sua medida.

Tradicionalmente, a teoria da *intimidação penal*, preconizada pela *coação psicológica* de Feuerbach⁹⁷, desempenha o papel *negativo* da prevenção geral, em que o

⁹⁶ ZAFFARONI, Raul/ BATISTA, Nilo. Op. Cit P. 114.

⁹⁷ *Apud* Cirino dos Santos. Op. Cit. P.461.

Estado pretende, através da pena, desestimular aqueles indivíduos que não delinqüiram, mas que podem se sentir “tentados” a delinqüir.

As breves críticas⁹⁸, entre tantas outras possíveis, a esta teoria são geralmente fundamentadas: na falta de um critério que limite a pena, acabando por legitimar a imposição de penas sempre de maior gravidade, já que nunca se conseguiria a dissuasão total; na regra da seletividade operacional que esta teoria representa a partir da realidade social, já que a criminalização exemplar sempre recairia sobre as mesmas pessoas vulneráveis e sobre os delitos que estas costumam cometer; na ilusão desta teoria em um “pan-penalismo jurídico e ético, que confunde o efeito do direito em geral e de toda a ética social com o poder punitivo”⁹⁹, identificando o poder punitivo com cultura; e na contradição crucial a que esta teoria estaria sujeita, já que se a retribuição não chegar de fato a dissuadir o indivíduo, a pena não cumpriria a função a que a referida teoria alude.

A teoria da prevenção geral *positiva* advoga a tese de que a criminalização se fundamenta no efeito positivo operado sobre os não-criminalizados, não para dissuadi-los ao cometimento de delitos, mas como “valor simbólico produtor de consenso e, portanto, *reforçador de sua confiança no sistema social em geral (e no sistema penal em particular)*”¹⁰⁰.

Assim, ancorando-se na teoria comunicacional, sustenta-se que a perturbação ocasionada pelo aspecto comunicativo do delito, exprimida na perturbação à vigência normativa, seria o mais relevante quando há a transgressão da norma. O delito seria “uma má propaganda para o sistema, e a pena seria a expressão através da qual o sistema faria uma publicidade neutralizante”¹⁰¹.

A confiança no sistema, que deve estar sempre em equilíbrio, é mantida através do símbolo comunicativo, em que há a utilização da dor simbólica da vítima, apesar de esta estar expropriada do conflito. Há o esvaziamento de categorias jurídicas e o sistema passa a ser o bem jurídico que deve ser protegido, relegando-se os bens jurídicos lesionados da vítima a segundo plano.

Desta forma, o grau de desequilíbrio do sistema passa a não depender da gravidade do delito cometido, mas da crença por parte dos não-criminalizados no funcionamento do

⁹⁸ Desenvolvidas por Cirino e Batista e Zaffaroni.

⁹⁹ ZAFFARONI, Raul/ BATISTA, Nilo. Op. Cit. P. 118.

¹⁰⁰ ZAFFARONI, Raul/ BATISTA, Nilo. Op. Cit. P. 121.

¹⁰¹ ZAFFARONI, Raul/ BATISTA, Nilo. Op. Cit. P. 122.

sistema. Portanto, a medida da pena seria a adequada para se reformatizar o sistema, produzindo-se consenso.

A formulação preventiva positiva pós-moderna, incorporada ao discurso jurídico-penal por volta do final do século XX, é integrada basicamente por duas proposições teóricas contemporâneas, com objetivos político-criminais um tanto quanto distintos, mas que acabam sendo combinadas para legitimar o sistema penal.

A teoria embasada no paradigma sistêmico de sociedade foi precedida pela prevenção geral positiva *relativa* ou *limitadora*, defendida por autores como Roxin¹⁰² e Hassemer¹⁰³, em que a legitimação das funções punitivas manifestas teria o objetivo de proteger bens jurídicos.

Roxin define a chamada integração/ prevenção como demonstração da inviolabilidade do Direito, necessária para preservar a confiança na ordem jurídica e reforçar a fidelidade jurídica do povo, destacando uma tríplice superposição de efeitos político-criminais: primeiro, o efeito sócio-pedagógico de exercício em fidelidade jurídica, produzido pela atividade da justiça penal; segundo, o efeito de aumento da confiança do cidadão no ordenamento jurídico pela percepção da imposição do Direito; terceiro, o efeito de pacificação social pela punição da violação do Direito e, portanto, solução do conflito com o autor¹⁰⁴.

De acordo com Batista e Zaffaroni a função básica da teoria relativa (versão eticizante da prevenção geral positiva) seria o fortalecimento de valores ético-sociais, apesar de prever também a proteção a bens jurídicos, em que ao se fortalecer o valor de orientação da conduta de acordo com o direito, seria diminuída a frequência de delitos.

Ocorre, porém que ambas as funções da teoria relativa se combinam, preconizando que “a tarefa do direito penal é a proteção de bens jurídicos mediante a proteção de valores ético-sociais de ação elementares”¹⁰⁵.

3.3.3.1.1 A relação entre prevenção geral positiva e direito penal simbólico

¹⁰² Apud SANTOS, Juarez Cirino. Op. Cit. P. 462

¹⁰³ Apud Alexandre Cordeiro. *Revista Jus Vigilantibus*. <http://jusvi.com/artigos/26108/2>. (acesso em 15/10/08)

¹⁰⁴ SANTOS, Juarez Cirino. Op. Cit. P. 462

¹⁰⁵ ZAFFARONI, Raul/ BATISTA, Nilo. Op. Cit. P. 124.

Nilo Batista e Raúl Zaffaroni¹⁰⁶ afirmam que a função manifesta mais difundida nos últimos tempos seria a função simbólica da pena. Zaffaroni¹⁰⁷ aduz que a única forma de legitimar o poder punitivo reconhecendo a seleção por ele exercida sobre os vulneráveis seria mediante a apelação a este valor meramente simbólico da pena e sua conseqüente funcionalidade como prevenção geral positiva.

Cirino dos Santos nos diz que:

“o conceito de prevenção geral positiva surge com o advento do direito penal simbólico, representado pela criminalização aquelas áreas definidas como situações sociais problemáticas (a economia, a ecologia, a genética, etc.), em que o Estado não parece interessado em soluções sociais reais, mas em soluções penais simbólicas: protege complexos funcionais [...] nos quais o homem não é o centro da gravidade do delito, mas simples portador de funções jurídico-penais [...]”¹⁰⁸.

Segundo o autor o direito penal chamado de simbólico não teria função instrumental, já que não visa à efetividade, mas apenas a função política de criação de imagens ou símbolos no imaginário social, produzindo, conseqüentemente, o efeito de legitimação do poder político, através da ostentação de uma pretensa eficiência repressiva, e do direito penal.

A “eficiência” repressiva seria, segundo Cirino, o que garantiria a lealdade do eleitorado às propostas políticas de partidos populares a projetos de lei penal recrudescedores.

A legitimação do direito penal, por outro lado, se daria de maneira simbólica, porque problemas sociais passam a ser resolvidos (discursivamente) por soluções penais, buscando a satisfação meramente retórica da opinião pública, e ainda de maneira instrumental, já que acaba revigorando o direito penal enquanto uma programação desigual de controle social verticalizado e seletivo, “dirigido contra favelas e bairros pobres das periferias urbanas, especialmente contra a força de trabalho marginalizada do mercado, sem função na reprodução do capital e já punida pelas condições de vida”¹⁰⁹.

¹⁰⁶ ZAFFARONI, Raul/ BATISTA, Nilo. Op. Cit.

¹⁰⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan. 2007. P. 88.

¹⁰⁸ SANTOS, Juarez Cirino. “*Novas Hipóteses de Criminalização*”, apresentado na XVIII Conferência Nacional dos Advogados em Salvador, a 13 de novembro de 2002. P. 3. <http://www.cirino.com.br/artigos.htm> (acesso em 15/09/08)

¹⁰⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit.

3.3.3.2 Pena como prevenção especial

De acordo com Cirino dos Santos a prevenção especial corresponde à atribuição legal de *aplicação e execução*, já que ao aplicar a pena, o juiz a individualiza conforme for “necessário e conveniente para *prevenir* o crime” (art. 59, Código Penal Brasileiro) e os técnicos encarregados da execução da sentença – chamados por Foucault de “ortopedistas da moral”¹¹⁰ – o fazem com objetivo de promoção da “harmônica *integração* social do condenado” (art 1º, Lei de Execuções Penais).

Assim, a função de prevenção especial atribuída a pena se dá tanto na modalidade *positiva*, quando o Estado busca o “melhoramento” do infrator através de seus funcionários da “ortopedia da moral”, como na forma *negativa*, ao buscar a neutralização do condenado, visando que não pratique outros crimes contra a coletividade enquanto cumpre a pena.

Ao analisarmos os efeitos danosos que a prisionização trás ao apenado (por nós já aludidos quando elucidamos como se dá, em linhas gerais, o funcionamento das agências penitenciárias) nos referimos ao condicionamento deteriorante que o cárcere lhe impõe, através de um processo de desculturação, desaprendendo normas de convívio social, cumulado com um simultâneo processo de aculturação¹¹¹, ao aprender os valores impostos pela “cultura da cadeia”¹¹². Fica claro, desta forma, ser insustentável o discurso reiterado pela formulação preventiva especial *positiva* de busca por uma pretensa melhora do indivíduo infrator através do benefício terapêutico da pena, quando há, na realidade, a imposição de uma deterioração em seu modo de vida.

Caem por terra, deste modo, aquilo que Nilo Batista e Raúl Zaffaroni denominam de “*ideologias re*: ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação”¹¹³ gerando o paradoxo de impossibilidade estrutural de tal teoria. Segundo os mestres “quando uma instituição não cumpre sua função, por regra não deve ser empregada”. Portanto, na realidade latino-americana, continuam: “as penas

¹¹⁰ *Apud* SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Parte Geral. Curitiba: Lúmen Júris. 2007.P. 459.

¹¹¹ As expressões desculturação e aculturação são de Juarez Cirino em seu texto “*Novas Hipóteses de Criminalização*”.

¹¹² Expressão utilizada por Zaffaroni em **Em busca das penas perdidas** p. 129.

¹¹³ ZAFFARONI, Raul/ BATISTA, Nilo. Op. Cit. P. 126.

não deveriam ser impostas se se mantivesse, coerentemente, a tese preventivista geral positiva”¹¹⁴.

A função *negativa* da prevenção especial deve ser entendida em combinação com a anterior, já que, nas palavras de Nilo Batista e Zaffaroni, “quando as *ideologias re* fracassam ou são descartadas, apela-se para a neutralização e eliminação”¹¹⁵. Como estas sempre fracassam, o êxito da prevenção especial negativa acaba sendo a supressão de novas condutas posteriores pelo mesmo indivíduo, através da morte ou outros impedimentos físicos.

O relevo para tal teoria está no corpo social tomado de forma organicista, já que as células defeituosas deste corpo social devem ser eliminadas, inculindo um mal à pessoa que é ao mesmo tempo um bem para a sociedade.

3.3.3.3 *Pena como retribuição*

Por conta do total fracasso da prevenção especial positiva, já que parece ser impossível se ressocializar alguém o excluindo do convívio social, ressurgem o chamado *retribucionismo* ou *neo-retribucionismo*, cuja formulação originária encontrar-se-ia no sentido religioso da expiação ou no sentido jurídico de compensação da culpabilidade, em que a pena representaria a imposição de um mal justo contra o mal injusto que seria o crime, de acordo com a lógica de Seneca¹¹⁶: “*punitur, quia peccatum est*” (punido, porque pecou). A tradição cristã apresenta uma imagem retributivo-vingativa da justiça divina, parecendo ser este o fundamento da inculcação da função retributiva na psicologia popular de acordo com o “olho por olho, dente por dente” (talião).

A concepção idealista kantiana – que representa a radicalização da teoria da defesa social – nega qualquer função preventiva (especial ou geral) da pena, já que a aplicação desta decorreria simplesmente da infringência da lei penal, ou seja, do cometimento do delito¹¹⁷. “Kant define a justiça retributiva como *lei inviolável*, um *imperativo categórico* pelo qual *todo aquele que mata deve morrer (...)*”¹¹⁸.

¹¹⁴ZAFFARONI, Raul/ BATISTA, Nilo. Op. Cit. 126.

¹¹⁵ ZAFFARONI, Raul/ BATISTA, Nilo. Op. Cit. 127.

¹¹⁶ *Apud* SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. P. 456.

¹¹⁷ BITENTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Volume I. Saraiva. 2003

¹¹⁸ *Apud* SANTOS, Juarez Cirino. Op. Cit. P. 456.

4 METODOLOGIA E CAMINHOS DA PESQUISA

A partir do referencial teórico proposto nos dois primeiros capítulos, em que discutimos a contribuição da Criminologia Feminista para os estudos relacionados ao gênero e as contribuições da Criminologia Crítica para análise do processo criminalizante no âmbito social de acordo com a operacionalidade das agências do sistema penal e com as funções latentes deste sistema, relacionadas às teorias deslegitimantes da pena, buscaremos neste capítulo demonstrar os caminhos metodológicos dos quais nos utilizaremos para realizar a análise proposta neste trabalho: a das políticas criminais brasileiras implementadas na questão da violência doméstica.

Para procedermos a tal análise, pretendemos estudar, comparativamente, as políticas que orientaram a produção legislativa criminal tanto da lei 9099/95 como da lei 11340/06, esta última editada sob a argumentação de que passaria a tratar de questões não abordadas pela primeira legislação, como a questão da violência especificamente relacionada ao gênero.

Para analisarmos tais políticas criminais de ambas as legislações, se faz necessário, ainda, que observemos as condições histórico-político-sociais de produção de cada lei e a influência que estas condições terão na atuação das agências legislativas na construção da criminalização primária.

No que se refere à lei 9099/95, utilizaremos os estudos empíricos obtidos pela pesquisadora Carmen Hein de Campos¹¹⁹ em sua pesquisa sobre a aplicação concreta da referida lei nos casos de violência doméstica julgados nos Juizados Especiais Criminais de Porto Alegre.

Sobre a lei 11340/06, analisaremos seu texto legal, bem como sua exposição de motivos, procurando perceber os discursos que sinalizam esta nova lei em matéria de violência doméstica como uma nova percepção desta forma específica de violência a partir da perspectiva de gênero.

¹¹⁹ Pesquisa desenvolvida entre 1998 e 1999 em parceria com a ong. Themis – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero – de Porto Alegre. *Juizados Especiais Criminais e seu déficit teórico*. Revista Estudos Feministas. v.11 n.1 Florianópolis jan. 2003.

Buscaremos entender em que medida a recepção do paradigma de gênero pela nova lei é tão importante quanto a não recepção da Criminologia Feminista, o que nos permitirá levantar a formulação hipotética de que tal legislação representaria, na realidade, uma função simbólica atribuída ao direito penal, na medida em que o movimento feminista acaba recorrendo a um sistema irracional, deslegitimado e seletivo para buscar solucionar questões relativas à violência doméstica.

A análise da exposição de motivos da nova legislação se faz necessária para a compreensão daquilo que os legisladores consideraram relevante ao proceder à feitura da lei. É no prólogo da legislação que os parlamentares expõem para a sociedade aquilo que acreditam ser suas motivações para a formulação legal.

Assim, utilizaremos o instrumental metodológico multidisciplinar da análise do discurso, já que, de acordo com Dea Rita Mathozinhos, “na legitimação de uma instituição, a linguagem tem papel fundamental, pois é ela que cria uma lógica e uma explicação, imprimindo-as então à instituição e nós, pelo processo de reificação, (...) acreditamos que essa legitimação provém da organização institucional mesma”¹²⁰.

Analisaremos de que forma o movimento feminista, ao se utilizar do poder punitivo para tentar solucionar violações de direitos das mulheres em âmbito privado acaba legitimando a atuação seletiva do sistema penal, parecendo ignorar as astronômicas cifras-negras, nas palavras de Louk Hulsman, “acontecimentos criminalizáveis não perseguidos”¹²¹, fatos legalmente puníveis que o sistema penal ignora ou menospreza.

Nossa hipótese, portanto, será o entendimento da Lei Maria da Penha enquanto um instrumento de resposta simbólica à exigência por “pena” e “segurança” – exigências estas formuladas, sobretudo, pelas agências de comunicação em campanhas de lei e ordem – como uma forma enganosa de proteção de caráter propagandístico penal¹²² que busca legitimar o Direito penal, ocultando a relação da criminalidade com as estruturas sociais desiguais de nossa sociedade.

¹²⁰ MATHOZINHOS, Déa Rita. **As Formas de Silêncio na Justiça Criminal Brasileira**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Cândido Mendes. 2003. P. 52.

¹²¹ HULSMAN, Louk. **Penas Perdidas**. *O Sistema Penal em Questão*. P. 65.

¹²² BARATTA, Alessandro. **Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal**. Lineamentos de uma Teoria do Bem Jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.5.

A nosso ver, tal legitimação simbólica, guardaria estrita relação com a função punitiva preventista positiva, ou seja, como reforço para a validade das normas penais e a conseqüente legitimação da atuação do sistema penal.¹²³

Buscaremos, ainda, relacionar os discursos s contidos no prólogo e no texto da nova legislação (intradiscurso) com o interdiscurso midiático, procurando compreender de que forma se dá a transversalidade de conflitos culturais no interior e no exterior dos discursos, que afetam os sujeitos desses discursos e o próprio sentido das palavras.

Os conceitos de intra e interdiscurso são desenvolvidos por Michel Pêcheux, que afirma que os conflitos subjetivos que nascem dessas diferenças discursivas são sempre o resultado de conflitos sociais coletivos determinados pela hegemonia política ou pelo poder capitalista enraizado na sociedade¹²⁴.

A maneira pela qual a materialidade textual se deixa comprometer por tal tipo de hegemonia é localizada no que Pêcheux chama intradiscurso, ou o discurso que opera sobre si próprio, que se caracteriza por possuir dois traços distintivos: o pré-construído, identificado em qualquer formação discursiva, funcionando como um preconceito histórico que é do conhecimento geral, e a articulação, aquilo que permite a um sujeito constituir-se como tal em relação àquilo com que o próprio discurso se constrói.

Entendendo-se o discurso como um sistema de relações de sentido, o conceito de interdiscurso destaca-se no processo de desobjetivação da linguagem: o sentido de um texto nunca pode estar declarado a priori pelo seu autor, mas é antes o resultado das relações complexas dos usos da linguagem com as formações discursivas.

O interdiscurso seria, portanto, o “discurso de um sujeito” e o intradiscurso representaria a matéria lingüística, ideológica, simbólica, etc. pré-existente, uma espécie de imagem já conhecida de uma realização lingüística que qualquer sujeito pode reconhecer.

4.1 Referencial Metodológico: Análise do Discurso

È importante destacar, primeiramente, que trabalharemos, ao longo da pesquisa, com os instrumentais surgidos do embate entre o paradigma dominante de ciência, com sua

¹²³ BARATTA, Alessandro. Op. Cit.

¹²⁴ MATHOZINHOS, Déa Rita. Op. Cit.

rigidez metodológica, e um novo paradigma emergente, que abandona a noção de distância entre sujeito e objeto, encarando este último como construção do primeiro¹²⁵.

A incompletude e a fluidez do objeto em análise – o discurso – nos fizeram optar pelo método qualitativo em detrimento do quantitativo. Assim, utilizaremos as premissas do método indiciário, que são similares às da análise do discurso, a partir da busca por decifrar pequenas pistas ocultadas na escrita, na fala, no movimento, na ilusão do sujeito discursivo como seu próprio referencial.

Esta escolha metodológica, entretanto, não resulta em um menor rigor científico, já que, como assinala o historiador Carlo Ginzburg, deve-se “ou assumir um estatuto científico frágil para chegar a resultados relevantes, ou assumir um estatuto científico forte para chegar a resultados de pouca relevância”.¹²⁶

Vera Malaguti elucida: “Se a realidade é opaca, existem zonas privilegiadas - sinais, indícios - que permitem decifrá-la’. Ou seja, detalhes mínimos podem desvelar fenômenos mais profundos, processos mais essenciais”.¹²⁷

A análise do discurso, método interdisciplinar que se utiliza da Lingüística, da Psicanálise e do Marxismo, pretende, pois, identificar, nos mecanismos de controle de produção de discurso, o poder e o desejo proibido que escapam pelo ato falho, pela metáfora, pelo equívoco, tendo-se por base que “o sujeito discursivo não é razão porque ele tem inconsciente e ideologia”.¹²⁸ A falsa impressão trazida pelo sujeito do discurso, a “impressão de que nosso discurso é límpido, que sempre transmite e expressa claramente nosso pensamento, e de que nosso pensamento, por sua vez, reflete sempre com precisão a realidade, é chamada de ilusão do sentido literal e ilusão do efeito referencial” por Dea Rita Matozinhos.¹²⁹ Tal enfoque toma grande relevância na abordagem do discurso punitivo, que se pauta no ideal de completude e lógica nos argumentos de recrudescimento penal, mas que, na verdade, é articulado por um sujeito discursivo.

Althusser¹³⁰ nos fala em evidência de sentido e do efeito ideológico elementar - o sujeito é interpelado pela ideologia sem saber que está sendo assujeitado pela ideologia, e diz: “EU SOU, EU FALO”. O sujeito é sujeito **de** e sujeito **a**, sujeito à língua e à história,

¹²⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um Discurso Sobre as Ciências**. Editora Cortez. 4ª ed. São Paulo. 2006.

¹²⁶ *Apud* MATHOZINHOS, Dea Rita. Op. Cit. P. 68.

¹²⁷ BATISTA, Vera Malaguti. **Medo na Cidade do Rio de Janeiro** - Dois tempos de uma história. P. 51.

¹²⁸ MATHOZINHOS, Dea Rita. Op. Cit. P. 65.

¹²⁹ MATHOZINHOS, Dea Rita. Op. Cit. P. 67.

¹³⁰ *Apud* MATHOZINHOS, Dea Rita. Op. Cit. P. 87.

sob a influencia também do imaginário. Como observa Eni Orlandi, o sujeito é interpelado pela ideologia “para que produza um dizer” – um discurso que pode ser dito.¹³¹

Tomaremos como objeto de análise o discurso, representado pelo “efeito de sentidos entre interlocutores”¹³², levando-se em conta como a linguagem material se converte em um artifício utilizado por sujeitos para impor a outros sujeitos uma visão própria de mundo, relevando, assim, as duas vertentes do discurso, a social e a textual.

O sentido de uma palavra varia segundo diferentes posições ideológicas. Cada uma dessas posições tem uma formação discursiva, cujo conhecimento é importante para a identificação das condições de produção do discurso. Nas palavras de Pêcheux, “o sentido atribuído a uma palavra não existe em si mesmo, mas é determinado pelas posições ideológicas em jogo no processo sócio-histórico onde as palavras são produzidas (ou seja, reproduzidas)”¹³³. Esta concepção demonstra a inexistência de uma verdade única, mas de um jogo plúrimo de perspectivas, que dependerão dos lugares sociais ocupados por diferente sujeitos.

Da constatação de que o sujeito não existe por si só, chega-se à conclusão de que não existe sentido sem interpretação. Entretanto, ocorre que no gesto interpretativo há o movimento de seu próprio apagamento, fazendo com que o sentido apareça como evidência, como se estivesse sempre dado, e não como se “o indivíduo fosse interpelado em sujeito pela ideologia”, o que faz com que “sejam atribuídos sentidos fixos às palavras em um contexto histórico dado”.

Fatores outros vão influir nas condições de produção do enunciado, como a relação de sentidos (não há discurso fechado, ele sempre se relaciona com outros discursos); o mecanismo de antecipação (o locutor se antecipa, colocando-se no lugar do interlocutor, argumentando conforme o efeito que nele pretenda ou pense produzir) e as relações de força (o que o sujeito diz vai valer mais ou valer menos de acordo com o lugar de onde ele diz).

O fato de termos escolhido como metodologia uma análise qualitativa em detrimento de uma análise quantitativa-descritiva demonstra uma escolha que, por si

¹³¹ *Apud* MATHOZINHOS, Dea Rita. Op. Cit. P. 90.

¹³² MENDONÇA, Kleber *Apud* PECHEUX, Michel. **A punição pela Audiência**: Um Estudo do Linha Direta. Ed. Quartet. Rio de Janeiro. P 25.

¹³³ MENDONÇA, Kleber *Apud* PECHEUX, Michel. P 32.

mesma, configura-se como não sendo neutra. Na verdade, incorporamos tanto as premissas do método por nós utilizado (análise do discurso), que partimos da noção que a ciência produz discurso e que tal discurso é a materialização da ideologia. Portanto, perquirindo os porquês da adoção de um determinado caminho metodológico e não de outro, chegamos à conclusão de que esta é uma escolha ideológica. Da mesma forma, a adoção da Criminologia Crítica e Feminista como referencial teórico neste trabalho.

As perguntas que fazemos, os posicionamentos acadêmico-ideológicos adotados alinham-se em perfeita congruência com as premissas cognitivas da análise do discurso. Contudo, o acerto instrumental se dá principalmente pelas necessidades por nós sentidas diante da dinâmica que os passos do nosso objeto adota e a importância política dos efeitos produzidos dessa coreografia encenada.

Importa-nos como se dão tais movimentações simbólicas, alegóricas. Para tanto não nos prendermos ao movimento ensaiado, conforme o ritmo da música que toca pelos músicos da normalidade racional. Queremos enxergar o que ninguém deseja ver. Importa-nos o indesejável, a falha oposta aos movimentos controlados. Interessa-nos o subjetivo, o inconsciente, os atos-falhos, os silêncios, o discurso controlado em sua produção.

Diante do caráter ideológico e político das premissas científicas, é preciso se perguntar, assim como assinalado por Vera Malaguti, citando Marildo Menegat: “Para que serve a criminologia no Brasil no momento histórico do encarceramento em massa? Devemos servir à manutenção da ordem do capitalismo de barbárie ou servir de dique utópico contra esta ordem?”¹³⁴.

A resposta à pergunta de Vera Malaguti, fica evidente na escolha de nosso marco teórico, adotado menos por uma opção científica que pelas necessidades de resistência à barbárie, uma resistência qualificada e particularizada pela posição marginal da qual discursamos.

5 ANÁLISE DAS POLÍTICAS CRIMINAIS BRASILEIRAS SOBRE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

5.1 Introdução

¹³⁴ BATISTA, Vera Malaguti. **O Realismo Marginal: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo.**

Foi na década de 70 que o movimento feminista, a partir de campanhas mobilizadoras, passou a publicizar problemas tidos como eminentemente privados, buscando uma maior atenção para o reconhecimento de violações de direitos relativos à questão feminina, como a violência sexual e doméstica, processo este denominado de “publicização-penalização do privado”¹³⁵ por Vera Andrade.

Nilo Batista¹³⁶ nos esclarece que a eclosão de movimentos como o feminismo e o uso alternativo do direito¹³⁷ foram contemporâneos, fato que afirma ter, de certa forma, influenciado o movimento feminista na utilização de um discurso que demandasse pelo uso alternativo do poder punitivo como estratégia para emancipação da opressão que buscavam publicizar.

O professor afirma ainda que tal processo se deu em uma conjuntura de um Estado que, à época, era de bem estar, em que o poder punitivo ocupava uma posição secundária e a perspectiva penal que era sinalizada era no sentido de redução (descriminalização), buscando-se uma subtração do sistema penal do maior número possível de conflitos. Assim, era perfeitamente compreensível que o movimento feminista visse no emprego (alternativo) de poder punitivo – que naquela conjuntura era exercido pelo sistema penal de um estado Previdenciário e que, portanto, tinha um aparato repressivo a atuar com menor intensidade – algum embasamento para suas lutas contra a opressão doméstica privada.

Além de demandas criminalizadoras de violências relacionadas ao gênero, outra estratégia utilizada pelo feminismo foi a luta pela criação de delegacias especiais para mulheres (DEAMs), com atribuição específica relativa à matéria violência de gênero.

5.2 Sobre a lei 9099/95

A lei 9099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais, foi aclamada por muitos penalistas como sendo um avanço para o movimento do direito penal mínimo, já que foi responsável por introduzir importantes mudanças na política criminal brasileira,

¹³⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal e violência sexual contra a mulher: proteção ou duplicação da vitimação feminina?** In *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima*.

¹³⁶ BATISTA, Nilo. “**Só Carolina não viu**” – **violência doméstica e políticas criminais no Brasil**.

¹³⁷ Movimento originariamente formulado por um grupo de juízes italianos, que procurava questionar a cientificidade da interpretação jurídica a partir da percepção de funções políticas extraídas da sentença.

relacionadas a uma proposta despenalizante e não estigmatizante, sobretudo a aplicação de penas alternativas às privativas de liberdade a determinados delitos, definidos como “de menor potencial ofensivo”.

Sobre as penas alternativas, cabe destacar a célebre frase de Alessandro Baratta de que mais frutífero que “penas alternativas, seriam alternativas à pena”.

Criada no bojo de um contexto de informalização do Poder Judiciário, visando “desafogá-lo” para a apreciação de crimes considerados mais graves (maior reprovabilidade), para alguns outros penalistas, como Maria Lúcia Karam¹³⁸, a referida legislação, na verdade, representaria uma ampliação do sistema repressivo, já que passa a criminalizar uma série de infrações que não eram selecionadas pelo sistema de justiça criminal, fazendo com que houvesse a instituição de uma modalidade antecipada de punição.

Referindo-se à citada legislação, Nilo Batista afirma que:

os sistemas penais do capitalismo pós-industrial se dividem em dois grandes campos: um deles, aplicável às infrações do ‘bom cidadão’, se vale do discurso sobre a deterioração prisional para, recorrendo à transação penal, à suspensão condicional do processo, ao sursis, às penas restritivas de direito etc., deixá-lo no shopping exercendo sua boa cidadania; o outro, aplicável às infrações do ‘inimigo’, do consumidor frustrado, silencia sobre a deterioração prisional para impor penas privativas de liberdade neutralizantes. (Para demonstrar que o sistema é igualitário, e não seletivo, a cada não sabemos quantos mil negros pobres presos é preciso, com grande divulgação, prender um branco rico.) É claro que no primeiro campo, que no Brasil poderíamos chamar de ‘campo do menor potencial ofensivo’, o sofrimento penal é predominantemente moral (vergonha, interdição da segunda transação etc) ou patrimonial (prestações pecuniárias, multa etc), enquanto no segundo, que seria o ‘campo dos crimes hediondos’, o sofrimento penal é físico (encarceramento e privações correlatas). Tradicionalmente, os pequenos delitos que podem participar da violência doméstica (injúria, ameaça, vias-de-fato, exposição a perigo, lesões corporais leves etc) são tratados no primeiro campo, enquanto crimes mais alarmantes (lesões corporais graves, tentativa de homicídio, homicídio etc) dele se afastam, com significativa perda de medidas despenalizadoras, até chegar ao segundo campo (o homicídio qualificado foi inscrito, pelo caso Daniela Perez, no rol, desprovido de critérios jurídico-penais reconhecíveis, dos crimes hediondos)¹³⁹.

¹³⁸ KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir.**

¹³⁹ BATISTA, Nilo. Op. Cit. P. 10.

5.2.1 Os JECrims julgando casos de violência doméstica: não recepção do paradigma de gênero

Sob uma perspectiva de gênero, por traz de uma aparente neutralidade unissex, a lei 9099/95 representa uma construção baseada em um paradigma implicitamente masculino, já que foi criada visando punir condutas, em regra, masculinas, de natureza não habitual, condutas de homens dirigidas contra homens, que são os selecionados em maior número pelo sistema penal.

No entanto, a maioria dos casos julgados no âmbito da lei 9099/95 eram casos de violência conjugal. Uma pesquisa¹⁴⁰ desenvolvida pela advogada e pesquisadora Carmen Hein de Campos demonstra que 70% das ações penais em JECrims de Porto Alegre estavam relacionadas à violência doméstica (delitos como lesão corporal e ameaça), condutas de homens dirigidas contra mulheres, de natureza habitual, não eventual, o que revela uma realidade distante da concepção “unissex” com que foi originariamente formulada a legislação em questão.

Antes da vigência da lei 9099/95, os delitos tipicamente relacionados à violência doméstica (ameaça e lesão corporal, em regra) eram julgados de acordo com o procedimento processual penal comum. A ocorrência era registrada em uma delegacia de polícia e formava-se o inquérito policial. Nos casos de lesão corporal procedia-se ao exame de corpo de delito, e o autor era chamado para prestar depoimento. As testemunhas eram ouvidas e o processo era encaminhado pelo delegado de polícia ao Ministério Público para que fosse oferecida a denúncia.

Tal sistemática foi alterada pelo procedimento especial inaugurado pela nova legislação. O termo circunstanciado, em que não há oitiva de testemunhas nem do autor do fato, sendo formado exclusivamente pela ocorrência registrada pela vítima, substituiu o inquérito policial, sendo encaminhado diretamente ao Judiciário para que se proceda à audiência preliminar.

¹⁴⁰ Pesquisa desenvolvida entre 1998 e 1999 por Carmen Hein de Campos, advogada e coordenadora da ong. Themis – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero – de Porto Alegre, que recebeu bolsa através do VIII Concurso de Dotações para Pesquisa sobre Mulheres e Relações de Gênero, promovido pela Fundação Carlos Chagas, com apoio da Fundação Ford, cujo objeto era analisar a Lei 9.099/95 e sua aplicação aos casos de violência doméstica. *Juizados Especiais Criminais e seu déficit teórico*. Revista Estudos Feministas. v.11 n.1 Florianópolis jan. 2003.

Esta mudança procedimental, com vistas à informalidade e celeridade processuais, foi responsável por permitir uma maior publicização da violência doméstica, já que antes da criação dos JECrins dificilmente questões relacionadas à violência de gênero chegavam ao Judiciário, por conta da já analisada¹⁴¹ legitimação pública da violência privada.

Antes da lei, as delegacias de polícia de atendimento à mulher funcionavam como verdadeiras conciliadoras, já que eram acionadas muitas das vezes para “dar um susto” no autor, atuando na busca por um acordo informal entre vítima e agressor.

Com o advento da 9099/95, o acordo informal buscado nas DEAMs passou a ser operado como um acordo formal, buscado pela conciliação no âmbito dos JECrins. Devemos analisar, entretanto, se de fato houve alguma mudança realmente efetiva relacionada aos julgamentos de casos de violência doméstica.

Danielle Ardaillon e Guita Gin Debret realizaram em 1987 uma pesquisa sobre processos de espancamentos de mulheres (lesão corporal) e concluíram que “não era a agressão que era julgada, mas a adequação do acusado ao estereótipo de bom provedor do lar”¹⁴². Wânia Pasinato Izumino, ao analisar conflitos de gênero relacionados a lesões corporais anteriormente à lei 9099/95, além de corroborar com as conclusões de Ardaillon e Debret, aduziu que as decisões judiciais demonstravam “características que são próprias da forma de entendimento dessa violência pela sociedade como um todo. (...) Os agentes jurídicos procuravam desviar o discurso jurídico sobre o crime, autoria, o modo do cometimento e a gravidade para o comportamento dos envolvidos. Um juiz quando absolvía um agressor, agia de acordo com a expectativa social nos casos de conflito de gênero, adotando como parâmetro ‘a importância desses papéis para a preservação da família e do casamento’”¹⁴³.

A nova sistemática procedimental, contudo, não alterou a lógica de preservação da família ou do casamento. Com a lei 9099/95, tal lógica deixa de ser operada com a absolvição do autor do fato e passa a ser operada com o massivo arquivamento dos processos, através da renúncia do direito de representação.

Ao agirem conforme expectativas do senso comum, os magistrados acabam se apropriando deste, porém, transformando-o em um “senso comum teórico”, de acordo com

¹⁴¹ Sobre a legitimação pública da violência privada, ver no Capítulo 1, o tópico “O controle social na fronteira entre o público e o privado: da violência institucional da pena à violência doméstica”.

¹⁴² *Apud* CAMPOS, Carmen Hein de. Op. Cit.

¹⁴³ *Apud* CAMPOS, Carmen Hein de. Op. Cit. P. 6.

Luis Alberto Warat “ideológico, na medida em que imita a realidade social, ocultando as formas na qual ela exercita e distribui o poder”¹⁴⁴. Atuando desta forma, os juizes trazem para o público (Judiciário) o que, na verdade, é seu entendimento privado sobre a violência exercida sobre mulheres que acessam o Judiciário.

Sobre a relação entre julgamentos operados por magistrados e o senso comum, cabe aqui, lembramos da importante contribuição teórico-metodológica do *labeling approach*, que reconhece haver um código social (*second code, basic rules*), que se constitui de regras não oficiais (meta-regras) que determinariam efetivamente a aplicação da lei penal pelos agentes que exercem o controle penal. Tal código designaria mecanismos de seleção dentre os quais, destaca-se a importância dos estereótipos tanto de autores como de vítimas desenvolvidos pelos agentes de controle social como um filtro seletivo, filtragem esta que começaria justamente no controle social informal.

A conciliação buscada no procedimento da lei 9099/95 acabava gerando, no caso da violência doméstica, um grande número de processos arquivados, fazendo com que o conflito fosse reprivatizado, ou seja, redistribuindo o poder em favor do agressor.

Na mencionada pesquisa desenvolvida por Carmen Hein sobre casos de violência doméstica em JECrins de Porto Alegre, a pesquisadora constatou que em 90% dos casos os processos eram arquivados. A desistência da vítima, segundo Hein, era, em geral, induzida pelo magistrado, através de sua insistência feita à vítima no sentido de aceitar o compromisso verbal de que o agressor se comprometeria a não voltar a cometer o ato violento, o que gerava para a vítima a renúncia de seu direito de representação.

Assim, para Hein, a lei 9099/95 apresentar-se-ia como uma solução falha em relação à violência doméstica, já que o grande número de arquivamentos processuais, assim como a renúncia do direito de representação da vítima e a possibilidade de suspensão condicional do o processo para o acusado representariam uma reprivatização do conflito domestico, fazendo com que se mantivesse a hierarquia de gêneros.

De acordo com a autora, o procedimento da lei 9099/95 aplicado aos casos de violência doméstica, acabaria por gerar uma banalização desta forma de violência, sobretudo pela nomenclatura de “menor potencial ofensivo” que a lei lhe impõe e, ainda, pela não recepção do paradigma de gênero para resolver conflitos relacionados ao gênero.

¹⁴⁴ *Apud* CAMPOS, Carmen Hein de. Op. Cit. P. 6.

“Delitos de menor potencial ofensivo” são as contravenções penais e aqueles para os quais a lei penal comina pena não superior a um ano, que no caso específico da violência doméstica, seriam realizados através de vias-de-fato, lesão corporal leve e culposa (violência física) ou ameaça (violência psicológica ou emocional).

Segundo a pesquisadora gaúcha, “a lei, ao entender a violência doméstica como de menor ofensividade não reconhece todas as implicações dessa violência: o grau de comprometimento emocional a que as mulheres estão submetidas por se tratar de um comportamento reiterado e cotidiano, o medo paralisante que as impede de romper a situação violenta, a violência sexual, o cárcere privado e muitas outras violações de direitos que geralmente acompanham a violência doméstica”.

Esta menor ofensividade considerada pela lei se dá, em grande medida, por conta de sua não recepção do paradigma de gênero, não considerando a violência doméstica como um problema chave para a compreensão das relações de desiguais de gênero em nossa sociedade patriarcal, relegando as lutas históricas do movimento feminista na busca pela publicização das violências ocorridas em âmbito privado.

Fica escondida atrás da aparente neutralidade de gênero o paradigma implicitamente masculino que norteia a operacionalidade da lei 9099/95, já que a maioria de casos que busca resolução estão relacionados à violência doméstica, apesar de não estar contida em seu texto nenhuma menção à questão da opressão feminina no âmbito privado como controle social informal.

Assim, o mito da neutralidade de gênero é quebrado pela real operacionalidade da lei, assim como o mito da igualdade no direito penal é revelado pela seletividade com que o sistema penal opera.

A concretude da aplicação da lei 9099/95¹⁴⁵ demonstra como ocorre uma “duplicação da vitimação feminina”¹⁴⁶, fazendo com que a mulher acabe se tornando novamente vítima. Desta vez, vítima da violência institucional plurifacetada do sistema penal que reproduz a violência estrutural das relações capitalistas, expressa na desigualdade de classes e conseqüentemente na desigualdade de acesso à justiça, e na violência

¹⁴⁵ Analisada neste trabalho a partir de pesquisas empíricas desenvolvidas na área, sobretudo a referida pesquisa de Carmen Hein, advogada da ong Themis – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero.

¹⁴⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal e violência sexual contra a mulher: proteção ou duplicação da vitimação feminina?* In *Sistema penal máximo x Cidadania mínima*.

igualmente estrutural de relações sociais patriarcais, expressas na desigualdade de gêneros e nos estereótipos (re)criados pelo sistema penal.

A não recepção do paradigma de gênero pela 9099/95 viola, segundo Hein, a Convenção de Belém do Pará¹⁴⁷, criada para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, o que deveria, segundo a autora, ser repensado, na perspectiva de uma nova legislação relativa à problemática da violência doméstica, de acordo com as contribuições feministas relacionadas ao paradigma de gênero.

De acordo com Hein, a ausência de medidas protetivas no âmbito dos JECrins violaria, ainda, a alínea “d” do artigo VIII da referida Convenção e a não previsão de medidas que garantam a integridade física e emocional das mulheres, os artigos III, IV, V e VI, para mencionar alguns¹⁴⁸.

5.3 A lei Maria da Penha

Pretendendo solucionar algumas incongruências entre a aplicação da lei dos Juizados Especiais e a perspectiva de gênero relativa à violência doméstica, entrou em vigor em agosto de 2006 a lei 11340, que passou a vedar a aplicação da lei 9099/95 e de penas alternativas nos casos de violência doméstica, além de prever a elevação da pena máxima da lesão corporal doméstica – o que lhe retirou a condição de menor potencial ofensivo - e, ainda, a possibilidade de cominação de pena privativa de liberdade ao agressor.

¹⁴⁷ Adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos em 6 de junho de 1994 e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995.

¹⁴⁸ A alínea “d”, do art. VII estabelece como dever do Estado: “adotar medidas jurídicas que exijam do agressor abster-se de fustigar, perseguir, intimidar, ameaçar, machucar ou pôr em perigo a vida da mulher de qualquer forma que atente contra sua integridade ou prejudique sua propriedade”.

Art. III – Toda mulher tem direito a uma vida livre de violência, tanto no âmbito público como no privado.

Art. IV – Toda mulher tem direito ao reconhecimento, gozo, exercício e proteção de todos os direitos humanos e às liberdades consagradas pelos instrumentos regionais e internacionais sobre direitos humanos. Esses direitos compreendem, entre outros: a) o direito a que se respeite sua vida; b) o direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

Art. V – Toda mulher poderá exercer livre e plenamente seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e contará com a total proteção desses direitos consagrados nos instrumentos regionais e internacionais sobre direitos humanos. Os Estados-partes reconhecem que a violência contra a mulher impede e anula o exercício desses direitos.

Art. VI – O direito de toda a mulher a uma vida livre de violência inclui: a) o direito da mulher de ser livre de toda a forma de discriminação; b) o direito de ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e práticas sociais e culturais baseadas em conceitos de inferioridade ou subordinação.

Inspirada na Convenção de Belém do Pará, a Lei Maria da Penha é tida, portanto, como um avanço por grande parte do movimento feminista¹⁴⁹, já que passa a considerar questões peculiares da violência de gênero em seu texto, pretendendo, assim, acabar com o mito da neutralidade de gênero colocado pela antiga legislação que regulava o tema.

Sensível às contribuições do paradigma de gênero, a nova lei não leva em conta, entretanto, as contribuições da Criminologia Feminista, que relaciona a construção social do gênero ao paradigma de construção social do crime – introduzido pelo *labeling approach* e maturado pela Criminologia Crítica – entendendo serem ambas as formas de opressão estruturais em nossa sociedade contemporaneamente patriarcal e capitalista.

A lei Maria da Penha é aclamada por parte do feminismo por buscar, com suas medidas, acabar com a banalização da violência doméstica operada pela aplicação da lei 9099/95, procurando neutralizar a hierarquia de gêneros mantida pela reprivatização do conflito doméstico gerado pela aplicação concreta da antiga lei.

Conforme Nilo Batista, sem sombra de dúvidas, a promulgação da lei foi responsável por provocar um grande debate sobre a questão da violência doméstica em nosso país – apesar de tal contribuição não ser o que se espera das leis se o debate não se sustentar em instâncias políticas e culturais que devem mantê-lo e aprofundá-lo. Entretanto, esta importante sensibilização social no sentido de estimular o debate sobre opressões privadas a que se submetem muitas mulheres em sua vida cotidiana fica, no entanto, um tanto quanto neutralizada pela ênfase que vem sendo conferida à intervenção punitiva.

Toda a riqueza e complexidade daquelas opressões – cujas raízes estão num poder punitivo que até certo momento foi transparentemente privado, senhorial, e depois desse momento fingiu-se de público, sob a máscara weberiana do monopólio da violência, para continuar atendendo às mesmas oligarquias senhoriais, agrárias, industriais ou financeiras – toda essa riqueza e complexidade desaparece perante o conveniente simplismo de sua tradução legal: trata-se apenas de caracterizar legalmente a violência doméstica e mandar para a cadeia o agressor, ou submetê-lo a restrições de direito que, caso descumpridas... Prender, prender, para que tudo continue igual¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Analisaremos como parte do movimento feminista considera tal lei um avanço procedendo à análise de discurso de integrantes do movimento.

¹⁵⁰ BATISTA, Nilo. “*Só Carolina não viu*” – *violência doméstica e políticas criminais no Brasil*. p. 15 e 16.

Ao elevar a pena de lesão corporal e colocar a possibilidade de pena privativa de liberdade ao agressor caso haja o descumprimento de restrições de direito, a lei 11340 demanda por uma (neo)criminalização, convertendo problemas sociais (como a igualdade de gêneros) em problemas penais (crimes) e o movimento feminista, ao corroborar com um discurso punitivo-retribucionista, acaba legitimando um sistema penal irracional e deslegitimado, contribuindo para a panacéia que vivemos hoje em matéria de política criminal, esquecendo-se da lógica seletiva com que opera este sistema.

Assim, a justificativa neocriminalizadora parece recair em uma função tipicamente retribucionista: trata-se de castigar ou punir os homens. Desta forma, acredita-se obter como resultado uma mudança de atitude masculina relativamente à violência contra a mulher.

Par analisarmos em que medida o discurso legitimador do sistema penal por parte de setores do movimento feminista acaba corroborando para a demanda criminalizadora de questões sociais como a igualdade de tratamento pelas instituições públicas aos diferentes gêneros, buscaremos analisar as mudanças sociais e políticas por que passam os Estados em tempos de neoliberalismo, que reserva novas funções para o sistema penal.

5.3.1 Condições histórico-político-sociais de produção da lei Maria da Penha

5.3.1.1 *Do Estado Providência ao Estado Penal*

Se na década de 70 o movimento feminista busca no uso alternativo do direito embasamento para a luta pela publicização de opressões privadas, assistimos no neoliberalismo a legitimação discursiva da expansão penal vivenciada por nossos sistemas penais do capitalismo tardio latino-americano.

Loïc Wacquant nos confirma a tese de que o estado caritativo foi substituído pelo Estado Penal, “no seio do qual a criminalização da marginalidade e a ‘contenção punitiva’ das categorias deserdadas faz as vezes de política social”. Seria, metaforicamente, um Estado-centauro, que “aplica a doutrina do *‘laissez faire, laissez passer’* a montante em

relação às desigualdades sociais, mas mostra-se brutalmente paternalista a jusante, no momento em que trata de administrar suas conseqüências”¹⁵¹.

Vivemos, a partir de 1989, a implantação de um modelo contraposto ao Estado de bem estar, que reserva para o sistema penal a função de contenção e criminalização da miséria que o neoliberalismo globalizante produz.

Nas palavras do professor Nilo Batista:

Simplificadamente, registremos que a destruição dos setores inteiros do parque industrial, associada à automação de tarefas que cancela postos de trabalho, supridos por cancelas ou vozes eletrônicas, resultou num desemprego massivo, que não só implica na queda nos rendimentos dos trabalhadores e na oferta de trabalhos precários e sub-empregos como pressiona pela flexibilização das garantias trabalhistas; paralelamente, assistiu-se ao desmonte de programas assistenciais públicos característicos do Estado previdenciário, substituídos por uma caridade estatal subordinante [...]. Ao controle punitivo dos contingentes humanos que ele mesmo marginalizou, o empreendimento neoliberal – dominado pelo capital financeiro transnacional – agrega a implacável criminalização das economias informais que responderiam por uma rede previdenciária subterrânea: sacoleiros, flanelinhas, varejistas de drogas ilícitas (as lícitas são vendidas no Jornal Nacional, ainda que duas décadas depois se constate que eram cancerígenas), prostitutas e camelôs, moto-taxistas, artistas populares do *funk*, etc. [...] Enquanto o Estado privatizava empresas públicas, transferindo renda e patrimônio nacional, ajoelhado perante o *nomos* do mercado, e cortava nos programas assistenciais em nome do novo príncipe reitor do equilíbrio (e logo da responsabilidade) fiscal, um aparelho estatal crescia, não só física e política, mas também simbolicamente: o sistema penal. O processo de ocultação dos conflitos sociais, particularmente da luta de classes, através da ocultação do debate político sobre eles, encontrou na mais bisonha e elementar linguagem jurídico-penal seu melhor instrumento¹⁵².

5.3.1.2 Do Estado Penal ao novo autoritarismo cool

De acordo com Raúl Zaffaroni, as últimas duas décadas foram responsáveis por uma notória transformação regressiva na arena da política criminal, operada por um processo em franco desenvolvimento de expansão do poder punitivo, que pode ser percebido, segundo o autor, nas formulações acerca dos chamados “direito penal de duas velocidades” e “direito penal simbólico”. As características deste avanço contra o tradicional direito penal liberal consistem, em delineamentos gerais, nas seguintes: antecipação dos limites de punição,

¹⁵¹ WACQUANT. Loïc. **Punir os Pobres. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. P.

¹⁵² BATISTA, Nilo. Op. Cit. P. 6 e 7.

chegando até os atos preparatórios; desproporcionalidade de conseqüências jurídicas, através da aplicação de penas como medidas de contenção sem proporção com a lesão ocasionada ao bem jurídico; debilitação de garantias processuais; identificação dos destinatários da punição de acordo com um movimento relacionado ao direito penal *de autor*¹⁵³.

Na doutrina jurídico-penal, pode-se distinguir o debilitamento do direito penal de garantias através da imputação jurídica conforme critérios que são independentes da causalidade; da minimização da ação em benefício da omissão, sem que interesse o que o agente realmente faça, a não ser o dever que tenha violado; da construção do dolo sobre a base do simples conhecimento (teoria do conhecimento), que lhe permite abarcar campos antes considerados próprios da negligência; da perda de material de bem jurídico, com os conseqüentes processos de clonação que permitem uma nebulosa multiplicação de elos; do cancelamento da exigência de lesividade conforme à multiplicação de tipos de perigo sem perigo (perigo abstrato ou presumido); da lesão à legalidade mediante tipos confusos e vagos e a delegação de função legislativa penal, sob o pretexto das chamadas leis penais em branco, etc.¹⁵⁴.

Após o 11 de setembro de 2001, este sistema penal em processo de expansão de seu discurso punitivo encontrou um *inimigo* na medida certa para o chamado *terrorismo*. “Ao mesmo tempo, tomou emprestada a *prevenção* do discurso penal legitimante e pretendeu apresentar a guerra contra o Iraque como *preventiva*. Como nunca antes, fica evidente a identidade do poder bélico com o poder punitivo na busca desesperada do inimigo”¹⁵⁵. A nova emergência busca justificar exigências de adoção de legislações penais e processuais penais autoritárias, com poderes excepcionais.

A mídia passa a ter um papel fundamental na legitimação do sistema penal, passando a exercer funções antes reservadas somente a agências executivas do sistema penal, detendo atualmente o formidável poder selecionador da criminalização secundária.

O novo autoritarismo é propagado, de acordo com Zaffaroni, a partir de um aparato publicitário com movimento próprio, que impõe uma propaganda puramente emocional. Seu simplismo popularesco (*völkisch*) de estilo vindicativo é imitado por comunicadores ávidos de *rating*. Trata-se apenas de slogans ou propagandas. A irracionalidade é anta que a legitimação provém basicamente de imagens.

¹⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**.

¹⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. P. 14 e 15.

¹⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. P. 65.

A técnica popularesca responde a uma pesquisa de mercado, que vende o poder punitivo como mercadoria. Na medida em que se verifica o êxito comercial da produção emocional dos impulsos vingativos, ela é aperfeiçoada. Os serviços de notícias e os formadores de opinião são os encarregados de difundir esse discurso. Os especialistas que aparecem não dispõem de dados empíricos sérios, são palpiteiros livres, que reiteram o discurso único¹⁵⁶.

Em grande parte dos casos vítimas e seus parentes são instrumentalizados para que encabeçam campanhas de lei e ordem, em que o principal objetivo é a vingança. As vítimas manipuladas passam a “opinar como técnicos e como legisladores e convocam os personagens mais sinistros e obscuros do autoritarismo penal *völkisch* ao seu redor, diante dos quais os políticos amedrontados se rendem, num espetáculo vergonhoso para a democracia e a dignidade da representação popular”¹⁵⁷.

A mensagem vindicativa é funcional para reproduzir conflitos entre excluídos, pois os criminalizados, os vitimizados e os policizados são recrutados nesse segmento, ocorrendo uma relação inversa entre a violência dos conflitos entre e a capacidade de coalizão e protagonismo desses mesmos atores. [...] A polarização da riqueza acentuada pela economia globalizada deteriorou gravemente as classes médias, tornando-as anômicas, [já que carecem de vias legítimas de acesso à riqueza, por conta de não lhes servirem mais as normas anteriores de acesso]. Isso as leva a exigir normas, embora sem saber quais. São anômicos patéticos, que clamam por normas e, desconcertados, acabam entrincheirando-se atrás do discurso autoritário simplista e populista do modelo norte-americano, que aparece com o prestígio de uma sociedade invejada e admirada. Esse discurso permitirá um maior controle, especialmente porque são as naturais provedoras de futuros dissidentes¹⁵⁸.

Na medida em que a riqueza se polariza a anomia avança e o discurso popularesco acaba tendo maior aceitação, parecendo compensar a segurança perdida por causa da globalização; a coesão é buscada através de um discurso simplista, que clama pela vingança pura e simples.

A imposição do discurso único do novo autoritarismo *cool* se impõe de acordo com uma mecânica própria: sendo a mensagem de fácil propagação e rentável para os empresários da comunicação social, além de fácil assunção pelos telespectadores, funcional para o controle dos excluídos e satisfatória para as classes médias, acaba sendo, inclusive, apropriada e até mesmo disputada pelos políticos.

¹⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. P. 74.

¹⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. P. 75.

¹⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal.**

5.3.1.3 *Sociedade de Risco e Estado de Prevenção: dinamização de bens jurídicos*

Baratta nos afirma que a distinção entre a concepção defensiva e a promocional do bem jurídico vem perdendo boa parte de seu significado por conta, principalmente, da extensão da tutela penal de interesses individuais e circunstanciais aos interesses difusos e coletivos.

O autor argumenta que o desaparecimento gradual de tal linha divisória entre as funções defensivas e promocionais do bem jurídico decorre do fenômeno que denomina “administrativização” do direito penal, em que a maior parte das normas penais produzidas pelos legisladores são normas penais acessórias às normas e à atividade administrativa do Estado e das instituições públicas, isto é, normas que “sustentam as funções”¹⁵⁹.

Isto significaria, segundo ele, que a disciplina penal passa a intervir numa fase mais avançada da interação entre administração e sujeitos privados: “quando seu comportamento já não parece regulável através de mecanismos de controle próprios da ação administrativa”¹⁶⁰.

O termo “administrativização” indica, para Baratta, que os tipos penais tendem formalmente a se parecer com normas interventivas típicas da administração pública, como instrumento de resposta contingente a situações emergenciais concretas, distanciando-se, desta forma, dos requisitos clássicos de abstração e generalidade da lei.

Baratta destaca, ainda, outro fenômeno, que denomina de “direito penal jurisprudencial”, segundo o qual há a expansão de das esferas de competência e discricionariedade dos magistrados, em que as decisões judiciais seguem a tendência a assumir um caráter programático e político semelhante às leis.

Para o autor italiano tal fenômeno estaria respaldado na técnica legislativa que busca “transferir para as decisões judiciais a responsabilidade política que ele [legislador] não pode ou não quer assumir com as decisões ‘programáticas’ que lhes corresponderiam (mas esperando do juiz as decisões ‘programadas’ dos casos individuais)”¹⁶¹.

¹⁵⁹ BARATTA, Alessandro. *Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma Teoria do Bem Jurídico*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.5. p. 12.

¹⁶⁰ BARATTA, Alessandro. Op. Cit.

¹⁶¹ BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 12.

Baratta aduz que o chamado “direito penal jurisprudencial” advém, ainda, de transformações na estrutura e nas funções da magistratura, geradas pela “expansão quase autógena de sua discricionariedade que se manifesta ao assumir-se a gestão política de conflitos”¹⁶². Tais mudanças, segundo o autor, corresponderiam àquelas que intervêm nas relações entre o poder judiciário e outros poderes, entre sociedade e magistratura e na “interação comunicativa entre juízes, a opinião pública e ‘publicada’”¹⁶³ - expressão explicada em nota do tradutor como uma referência às informações que os *mass media* divulgam como sendo a “opinião do público” sobre determinado assunto, mas que nem sempre guardam correspondência com a opinião publicada.

O professor de Bolonha afirma que ambos os fenômenos – “administrativização do direito penal” e “direito penal jurisprudencial” – seriam complementares e que contribuem para o reconhecimento pela magistratura de uma “‘função de suplência’ nas relações dos poder legislativo e executivo”¹⁶⁴.

Para compreender estes fenômenos a partir de suas raízes histórico-políticas, o autor afirma ser necessário que se abandone o campo específico do direito penal para que se busque entender as transformações que influenciam na realidade global do Estado contemporâneo.

Utilizando-se de Denniger e sua análise sobre “*Der Präventions-Staat*”¹⁶⁵, Baratta busca compreender as transformações nas estruturas políticas por que passam as sociedades industriais avançadas e também as conseqüentes mudanças em seus sistemas penais. Para tanto, analisa como se dá a transformação do Estado em um “Estado de prevenção”:

Em confronto com o modelo liberal clássico, esta transformação significa que a “segurança dos bens jurídicos” tende a prevalecer (pelo menos do ponto de vista das funções declaradas) sobre a segurança ou a “certeza” do direito. [...] O Estado preventivo é, portanto, o “Estado da segurança”. O “Estado da segurança” seria então o resultado da transformação da estrutura política adequada sobre as características de uma sociedade que num ritmo cada vez mais acelerado, conduz a situações de risco. Neste sentido, o “Estado da segurança” seria a forma política que assume a “sociedade de risco”, como definiu Beck nossa sociedade. Em termos mais concisos, poderia-se [sic] afirmar que o “Estado de prevenção” ou o “Estado de segurança” é aquele onde a produção normativa e os mecanismos de decisão tendem a reorganizar-se

¹⁶² BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 13.

¹⁶³ BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 13.

¹⁶⁴ BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 13.

¹⁶⁵ BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 13. nota nº33.

permanentemente como resposta a uma situação de emergência estrutural¹⁶⁶.

Para Baratta, isto explicaria a delegação, por parte do legislador, de uma parcela de seus poderes decisórios à administração e ao judiciário e, ainda, explicaria também o fenômeno estudado por Denniger de “dinamização de bens jurídicos”¹⁶⁷, que deve ser observada sob duas perspectivas: em primeiro lugar, deve-se ter em mente o deslocamento na relação Estado-sociedade relativamente à produção e à proteção de bens jurídicos. No Estado liberal clássico o “Estado de certeza do direito” e os substratos reais de bens jurídicos eram produzidos na sociedade civil e pré-constituídos às relações de funções públicas. No “Estado da Prevenção”, entretanto, os bens jurídicos que se busca proteger são, cada vez mais, “bens” produzidos pelo Estado, no que se refere às infra-estruturas, complexos organizativos e funções relacionadas à atividade do Estado e das instituições públicas”¹⁶⁸.

O “Estado da prevenção” é quem assume a distribuição dos bens produzidos na sociedade civil, o controle de sua produção e ainda a administração dos riscos que a acompanha. A “administrativização” do direito penal, no sentido da predisposição das normas e decisões penais a tornarem-se acessórios às normas e às funções administrativas, é portanto um aspecto de um processo de “administrativização” geral do Estado. O Estado, como garantidor da certeza do direito (ou seja, das regras do jogo e do espaço jurídico no qual se concretizam as relações de produção e os relativos conflitos), transforma-se em responsável da segurança dos bens, administrador dos riscos vinculados à produção destes e dos conflitos que os acompanham¹⁶⁹.

Em segundo lugar, a transformação dos sistemas penais, a partir da “dinamização de bens jurídicos” tem estrita relação com o desenvolvimento de técnicas penais de imputação de responsabilidade penal antecipadoras da esfera de punibilidade a fases anteriores à conduta, em que ainda não houve, de fato, lesão efetiva ao bem jurídico.

Tais tendências, segundo Barata, foram motivadas, sobretudo, como resposta a ações terroristas e “novas emergências”. Basta atentar para as recentes discussões sobre os tipos de perigo abstrato, delitos de associação e figuras de responsabilização penal por suspeita.

¹⁶⁶ BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 13.

¹⁶⁷ *Apud* BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 13.

¹⁶⁸ BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 13.

¹⁶⁹ BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 14.

A antecipação da esfera da punibilidade e a aceitação que ela encontra na opinião pública indicam também uma tendência de desenvolvimento em direção a uma nova forma de “personalização” da antijuridicidade que se distingue pela maior relevância dos “elementos subjetivos” dos tipos penais, por um maior emprego de elementos normativos na sua formulação, por uma tendência do direito penal em controlar não só a conduta do sujeito, mas também sua fidelidade ao ordenamento e ao “Estado”. Trata-se de aspectos do que globalmente pode ser considerado como um deslocamento do conceito de antijuridicidade e das técnicas de imputação de responsabilidade penal das características da ação à característica do autor¹⁷⁰.

Estas formulações são tidas por Jakobs como uma mudança de uma perspectiva liberal do direito penal “orientado ao cidadão”¹⁷¹ para uma concepção autoritária de um direito penal “orientado ao inimigo”¹⁷². Assim, a imputação de responsabilização penal não tem como referencial “o cidadão dotado de uma esfera de direitos e de um espaço de liberdade interior subtraídos do controle do estado, mas sim um indivíduo concebido como fonte de perigo para os bens jurídicos a proteger-se, como ‘inimigo’ em potencial”¹⁷³.

Jakobs propõe a distinção entre a antecipação de tutela de bens jurídicos e a antecipação de bens jurídicos que devem ser tutelados. No segundo caso a norma penal não teria finalidade de proteger antecipadamente o bem jurídico “principal”, mas sim de proteção funcional de um “fragmento” dele, que seria o bem jurídico instrumental. Assim, o ilícito não estaria baseado no fato de se colocar em perigo a norma que protege determinado bem jurídico, mas se basearia no fato de se colocar em perigo uma norma subsidiária que protege a norma principal (ilícito parcial).

Tratar-se-ia, na realidade, da proteção, pela norma subsidiária, do bem jurídico parcial “validade da norma principal”¹⁷⁴, que se referiria a terceiros que não o autor do fato ou a vítima. Trata-se, portanto, da “segurança cognitiva dos co-associados, de sua confiança na norma principal”¹⁷⁵.

5.3.2 Analisando os discursos contidos na Lei Maria da Penha: intra e interdiscursividade

¹⁷⁰ BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 14.

¹⁷¹ *Apud* BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P.15.

¹⁷² *Apud* BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 15.

¹⁷³ BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P.15.

¹⁷⁴ BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P.15.

¹⁷⁵ *Apud* BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P.15.

Primeiramente, devemos observar a redação da ementa referente ao projeto de lei inicialmente apresentado ao Congresso Nacional relativo à lei 11340/06: “Cria mecanismos para **coibir** a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, e dá outras providências”; e ainda a redação do art 1º da lei, primeira parte: “Esta Lei cria mecanismos para **coibir e prevenir** a violência doméstica e familiar contra a mulher [...]”.

O referido artigo 226 da CRFB declara que: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. § 8º: “O Estado assegurará a assistência familiar na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Lembremos, aqui, do questionamento feito por Vera Andrade:

Se o Estado se compromete, juridicamente, a estar presente na hora de proteger a família e a cumprir uma função preventiva da própria violência doméstica, porque se abandona esse espaço de luta – forjando mecanismos para o cumprimento das promessas estatais – e se reivindica a presença repressiva do Estado, ou seja, na hora de punir?¹⁷⁶

Corroboramos com o questionamento de Vera Andrade, entendendo que, de fato, a **prevenção** à violência doméstica só poderia se dar de forma efetiva no âmbito de ações constitucionais afirmativas de gênero. Enquanto que a presença **repressiva** do Estado não seria capaz de resolver concretamente os conflitos relacionados a esta forma específica de violência de gênero, já que além de deixar o principal interessado em tal resolução – a vítima – de fora do procedimento, ao utilizar-se do *ius puniendi*, o Estado agiria somente após o conflito já haver se consumado, carecendo, portanto, de qualquer tentativa realmente preventiva.

As relações de igualdade de gêneros deveriam, a nosso sentir, ser buscadas, como direitos sociais que são, civil e constitucionalmente. A exposição de motivos da lei 11340/06 destaca:

6. O projeto delimita o atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, por entender que a lógica da hierarquia de poder em nossa sociedade não privilegia as mulheres. Assim, busca atender aos princípios de **ação afirmativa** que têm por objetivo implementar “ações direcionadas a segmentos sociais, historicamente discriminados, como as mulheres, visando a **corrigir desigualdades** e a promover a **inclusão**

¹⁷⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal...** p. 123.

social por meio de políticas públicas específicas, dando a estes grupos um tratamento diferenciado que possibilite compensar as desvantagens sociais oriundas da situação de **discriminação** e **exclusão** a que foram expostas”.

7. As iniciativas de **ações afirmativas** visam “corrigir a defasagem entre o ideal igualitário predominante e/ou legitimado nas sociedades democráticas modernas e um sistema de relações sociais marcado pela **desigualdade** e **hierarquia**”. Tal fórmula tem abrigo em diversos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro precisamente por constituir um corolário ao princípio da igualdade.

Tomando-se tais discursos em seu sentido literal, poderíamos imaginar que se trataria de fato de ações afirmativas relacionadas ao gênero. Entretanto, ao levarmos em conta as já analisadas condições histórico-político-sociais, devemos buscar identificar os interdiscursos que permeiam tal produção legislativa. Através da análise da memória do que se diz, pode-se afirmar que todo discurso é um objeto heterogêneo, na medida em que dialoga com o seu exterior.

O funcionamento do discurso é explicado focando a análise na articulação do intradiscurso (o que está sendo dito agora, em circunstâncias dadas – eixo horizontal) com o interdiscurso (a memória discursiva – o eixo vertical), tendo-se em mente as formações imaginárias ou representações. Sendo característica e condição da linguagem a incompletude, haverá sempre no discurso algo que se mantém (o dizível) e algo que muda (em razão do esquecimento). Daí afirmar-se que “todo o funcionamento da linguagem se assenta na tensão ente processos parafrásticos e processos polissêmicos”.

É essa tensão entre o que se repete e o diferente, entre paráfrase e polissemia, que demonstra a articulação entre o simbólico e o político, e nossa tarefa é compreender como essa articulação interfere na constituição dos sujeitos e na produção dos sentidos: é na língua que a ideologia se materializa, e todo dizer é marcado pela ideologia, sob regência da simbolização das relações de poder¹⁷⁷.

Assim, para compreender o que um discurso significa, deve-se buscar compreender as condições nas quais é produzido. Para compreender o que é dito na exposição de motivos da lei Maria da Penha utilizaremos a intertextualidade proferida pelas agências de comunicação de massa no processo sócio-histórico de produção do que é enunciado pela lei.

Cabe destacar que utilizaremos os discursos midiáticos para demonstrar a intertextualidade existente na lei por ser a mídia, uma das principais responsáveis pela

¹⁷⁷ MATHOZINHOS, Déa Rita. **As Formas de Silêncio na Justiça Criminal Brasileira**. . Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Cândido Mendes. 2003. P. 23.

produção do consenso punitivo, legitimador da atuação seletiva do sistema penal. Conforme Nilo Batista, a mídia passa hoje por um processo de executivização, deixando de atuar meramente de acordo com sua função comunicativa.

O compromisso da imprensa – cujos órgãos informativos se inscrevem, de regra, em grupos econômicos que exploram os bons negócios das telecomunicações – com o empreendimento neoliberal é a chave da compreensão dessa especial vinculação mídia sistema penal, incondicionalmente legitimante. Tal legitimação implica a constante alavancagem de algumas crenças, e um silêncio sorridente sobre informações que as desmintam. O novo credo criminológico da mídia tem seu núcleo irradiador na própria idéia de pena: antes de mais nada, crêem na pena como rito sagrado de solução de conflitos. Pouco importa o fundamento legitimante: se na universidade um retribucionista e um preventista sistêmico podem desentender-se, na mídia complementam-se harmoniosamente. Não há debate, não há atrito: todo e qualquer discurso legitimante da pena é bem aceito e imediatamente incorporado à massa argumentativa dos editoriais e das crônicas. Pouco importa o fracasso histórico real de todos os preventivismos capazes de serem submetidos à constatação empírica, como pouco importa o fato de um retribucionismo puro, se é que existiu, não passar de um ato de fé; neste último caso, talvez por isso mesmo o princípio da negação dialética do injusto através da pena nunca tenha alcançado um tão desnaturado sucesso. A equação penal – se houve delito, tem que haver pena – a equação penal é a lente ideológica que se interpõe entre o olhar da mídia e a vida, privada ou pública¹⁷⁸.

Analisando os indícios presentes na materialidade discursiva da reportagem intitulada: “*Estudo mostra eficiência da Lei Maria da Penha*” – que foi ao ar no Jornal Hoje dia 07/08/08 na Rede Globo – poderemos perceber se o que é propagado na exposição de motivos da lei 11340/06 de fato se constitui como ação afirmativa de gênero.

A nosso ver, a fala da repórter demonstra o interdiscurso da lei: “*Elas chegaram em passeata ao palácio do planalto. Juntas representam a luta pelo fim da violência contra a mulher. As líderes comunitárias têm o apoio de 83% da população brasileira, que aprova a lei Maria da Penha e quer ver presos e processados homens que agridem mulheres. Há dois anos elas ganharam voz nessa luta*”.

A afirmação do professor Nilo Batista sobre a nova lei de violência doméstica de que tratar-se-ia “apenas de caracterizar legalmente a violência doméstica e mandar para a cadeia o agressor, ou submetê-lo a restrições de direito que, caso descumpridas... Prender,

¹⁷⁸ BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. www.bocc.ubi.pt (acesso em 25/10/08).

prender, para que tudo continue igual”¹⁷⁹ encontra-se, com tal discurso midiático, plenamente demonstrada.

Podemos claramente perceber a extrapolação contida na fala da repórter ao afirmar que oitenta e três por cento da população brasileira aprova a lei Maria da Penha quando analisamos os dados da pesquisa a que se refere a repórter: Trata-se de pesquisa encomendada pela ong. Themis – Acessoria Jurídica e Estudos de Gênero ao IBOPE, a qual passamos a transcrever parcialmente:

Explicado a todos os entrevistados que a Lei define punições para a violência contra a mulher, a grande maioria (83%) confirma que a Lei Maria da Penha ajuda a diminuir a violência à mulher.

Pergunta: A “Lei Maria da Penha” define as punições e encaminhamentos para as situações em que a mulher sofre algum tipo de violência de seu companheiro. Pelo que sabe ou ouviu falar, esta lei, em relação à diminuição da violência doméstica:

	<i>TOTAL</i> <i>(2.002)</i>
Total da amostra	
	%
Só ajuda	64
Mais ajuda do que atrapalha	19
Mais atrapalha do que ajuda – Só atrapalha	5
Não tem opinião formada a respeito – Não sabe/não opinou	12

Fonte: Ibope / Themis, 2008¹⁸⁰.

É preciso que se perceba que, na realidade, o universo de entrevistados é de apenas **duas mil e duas pessoas**, o que está bastante longe de se constituir oitenta e três por cento da população brasileira, mas somente **oitenta e três por cento em relação ao número de pessoas entrevistadas**.

Continuando a analisar a reportagem, destacamos a seqüência da fala da repórter: “Uma pesquisa feita a partir das ligações registradas na central 180 mostra o aumento da procura por ajuda entre janeiro e junho deste ano. Neste período a central fez 121.891

¹⁷⁹ BATISTA, Nilo. “Só Carolina não viu” – violência doméstica e políticas criminais no Brasil. p. 15 e 16.

¹⁸⁰ <http://www.patriciagalvao.org.br> (acesso em 25/10/08).

atendimentos, mais que o dobro do mesmo período de 2007. Muita gente quis saber mais sobre a lei no primeiro semestre: 49 mil pessoas. Quase quatro vezes mais que a procura no primeiro semestre do ano passado”.

[...] *“A ministra da secretaria especial de políticas para as mulheres lembra que ainda é preciso avançar, **fazer cumprir a lei**, dar mais estrutura e orientação aos estados. E na justiça, a ministra critica os juizes que acham que a lei fere a igualdade de direitos”.*

Tal seqüência discursiva demonstra que a extrapolação quanto ao número de pessoas que aprovariam a referida lei tem uma função bastante clara: incutir no imaginário social a idéia de eficácia da nova legislação.

Assim, acreditamos que fica demonstrado haver no interdiscurso midiático uma idéia relacionada à teoria punitiva legitimante da **prevenção geral positiva**, em que a função da pena não se dirigiria a infratores atuais ou potenciais, mas sim aos “cidadãos fiéis à lei, aos que supostamente manifestam uma tendência ‘espontânea’ a respeitá-la”¹⁸¹. A aplicação de penas não teria, portanto, a função de prevenir delitos, mas de reforçar a validade das normas, ou seja, restabelecer, de acordo com Jakobs, a “confiança institucional”¹⁸².

Baratta afirma:

A teoria da prevenção geral positiva é, portanto, uma teoria da função simbólica do direito penal, no sentido de que as funções indicadas se relacionam diretamente com a expressão dos valores assumidos pelo ordenamento e com a afirmação da validade das normas, confirmação esta simbólica e não empírica, por ser independente da quantidade de infrações e da sua redução. Assim sendo, a defesa dos bens jurídicos não pode ser considerada segundo a teoria da prevenção-integração, como uma função principal das normas penais. Sob este ponto de vista, o direito penal não é tanto um instrumento de imposição da “moral dominante”, senão um meio eficaz de representação (simbólica) desta¹⁸³.

Podemos, ainda, classificar a Lei Maria da Penha enquanto direito penal meramente simbólico na medida em que a mesma ong (Themis – Acessoria Jurídica e Estudos de Gênero) que encomendou ao IBOPE a referida pesquisa divulgada na reportagem analisada afirma em seu sítio na Internet que “**a lei Maria da Penha não está sendo integralmente cumprida**. Após dois anos e vigência da lei, trezentas promotoras legais populares,

¹⁸¹ BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 21.

¹⁸² *Apud* BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 21.

¹⁸³ BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 21.

mulheres líderes comunitárias de todo o país, reúnem-se para exigir maior compromisso do Estado para implementação da lei”¹⁸⁴.

A notícia relatada no sítio prossegue: “O Encontro de Promotoras tem como objetivos avaliar o impacto da lei Maria da Penha na prevenção e punição da violência doméstica e exigir que os mecanismos institucionais de proteção previstos na lei **saiam do papel e tornem-se acessíveis a toda a população**”¹⁸⁵.

Desta forma, percebemos através da mídia, uma tentativa na busca por legitimar uma eficácia legal que na prática não é operada, de acordo com alguns setores do feminismo.

As palavras do mestre Baratta nos servirão mais uma vez de referência:

Sua eficácia é estudada [...] considerando-o não tanto como um sistema de produção de segurança real dos bens jurídicos, mas sim como um instrumento de resposta simbólica à exigência de pena e segurança por parte do “público” da política.

Mas isto corresponde ao que acontece na realidade da política criminal e da política em geral quando nesta a “comunicação política de base” entre cidadãos e seus representantes, ou seja, a democracia é substituída pela comunicação entre políticos e seu “público”, ou seja, pela tecnocracia. Quando isto acontece, a política parece, cada vez mais, um “espetáculo”. Na verdade, “na política como espetáculo” as decisões são tomadas não tanto visando modificar a realidade, senão tentando modificar a imagem da realidade nos espectadores: não procuram tanto satisfazer as necessidades reais e a vontade política dos cidadãos, senão vir ao encontro da denominada “opinião pública”.

[...] As funções simbólicas tendem a prevalecer sobre as funções instrumentais. O déficit da tutela real dos bens jurídicos é compensado pela criação, junto ao público, de uma ilusão de segurança e de um sentimento de **confiança no ordenamento e nas instituições** que tem [sic] uma base real cada vez mais fragilizada. De fato, as normas continuam sendo violadas; e a cifra obscura das infrações permanece altíssima, enquanto que as agências de controle penal continuam a medir-se com tarefas instrumentais de realização impossível: pense-se somente na defesa da ecologia, na luta contra a criminalidade organizada, no controle da toxicomania e no índice de mortalidade no trânsito.

[...] Cada vez mais os sistemas punitivos executam e os políticos perseguem funções simbólicas, enquanto declaram cumprir funções instrumentais. A contradição também denunciada por Hassemer é principalmente que se estabelece entre o que o legislador declara objetivar (v. os prólogos dos projetos de lei) e o que ele realmente visa, ou o que o sistema efetivamente realiza¹⁸⁶.

¹⁸⁴ <http://www.themis.org.br/index>. (acesso em 05/11/08)

¹⁸⁵ Idem.

¹⁸⁶ BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 22.

Ao nos falar da “dinamização dos bens jurídicos”, que é operada num contexto de sociedade de risco, em um Estado preventivista, Baratta relata como tal fenômeno é uma consequência do processo de “administrativização” do direito penal, afirmando que, cada vez mais, o poder punitivo é chamado a intervir em situações conflituosas através de medidas tipicamente administrativas.

Nilo Batista demonstra sua preocupação no uso abusivo daquilo que considera o setor mais criativo e elogiável da lei Maria da Penha: as “medidas protetivas de urgência, que estão amplamente legitimadas enquanto coerção direta”¹⁸⁷.

Hassemer nos fala que as origens do direito penal simbólico estão relacionadas ao uso do direito penal orientado às consequências e que tal uso acabaria por acentuar o problema da legitimação do direito penal¹⁸⁸.

O autor alemão identifica-se com um sentido crítico de direito penal simbólico, entendendo tal categoria como um fenômeno negativo e perigoso para as teorias penais contemporâneas. Assim, afirma que simbólico, em sentido crítico, seria: “*un Derecho penal en el cual las funciones latentes predominen sobre las manifestas: Del cual puede esperarse que realice a través de la norma y su aplicación otros objetivos que los descritos em la norma*”¹⁸⁹.

Desta forma, tendo como base a teoria crítica de Hassemer e ainda toda a contribuição teórica deslegitimadora da Criminologia Crítica e Feminista – utilizada como referencial teórico deste trabalho – acreditamos que o que a exposição de motivos da lei 11340/06 denomina como “ação afirmativa de gênero” seria sua função manifesta não punitiva. Enquanto que a função pedagógica de buscar, através do aparato repressor estatal, a pretensa resolução dos conflitos relacionados ao gênero seria sua função latente punitiva, desvelada ao se analisar o interdiscurso midiático no contexto sócio-histórico de produção da lei.

Para Hassemer, o “elemento de engano” trazido com o direito penal simbólico, será exatamente a falsa aparência de efetividade e instrumentalidade da norma. O interdiscurso das feministas da ong Themis – Acessoria Jurídica e estudos de Gênero de não

¹⁸⁷ BATISTA, Nilo. “*Só Carolina não viu*” – violência doméstica e políticas criminais no Brasil. P. 12.

¹⁸⁸ HASSEMER, Winfred. **Derecho Penal Simbólico e Y Protección de Bienes Jurídicos**, In Vários Autores. *Pena e Estado*. Santiago: Editora Jurídica Consur, 1995. P. 23-36.

¹⁸⁹ HASSEMER, Winfred. Op. Cit. P. 29.

cumprimento da lei Maria da Penha seria o responsável por demonstrar o elemento de engano contido na referida lei.

Desta forma, acreditamos que chegamos à comprovação da “verdade provável” – propiciada pela aplicação metodológica do “rigor flexível” que o indiciário de Guinzburg nos possibilita¹⁹⁰ – de nossa formulação hipotética e afirmamos que a nosso pensar, a lei Maria da Penha não se constitui como meio de proteção a determinados bens jurídicos (sobretudo em relação à proteção à vida ou à integridade física ou psicológica da mulher) ou como contribuição efetiva para políticas afirmativas de gênero, mas sim, como uma forma enganosa de proteção de caráter propagandístico penal que busca legitimar o Direito, em especial o penal.

No caso em que se produza uma discrepância consciente entre finalidade “perseguida” e finalidade declarada, Hassemer fala da maneira como o legislador engana o cidadão, porém tal situação não seria uma situação de engano do legislador contra o público. O autor chama a atenção para a distância que se cria entre as aquisições científicas relativas às reais e efetivas possibilidades de ação instrumental dos sistemas da justiça criminal e os centros de decisões políticas do legislador.

Trataria-se, ao seu ver, de um problema geral referente à própria estrutura do sistema de representação política da sociedade capitalista industrial avançada e às relações comunicacionais entre os atores sociais implicados: desde os políticos e publicistas, aos expertos e o público.

Nas palavras de Baratta:

São criados “círculos fechados” nos quais se estabiliza não uma visão realista, mas sim uma visão deformada dos problemas e das incidências que sobre eles possa ter o sistema punitivo. O “engano” do qual no fala Hassemer, não é tanto um complô de “políticos” para colocar em “xeque” seu público, mas sobretudo a expressão do colapso em que se encontra o sistema decisório representativo devido às disfunções da estrutura política e comunicativa da sociedade.

A perda do equilíbrio entre funções simbólicas e funções instrumentais no sistema da justiça criminal (supondo que este equilíbrio tenha de fato existido) significa também que as funções simbólicas visadas pela lei [...] tornam-se cada vez mais independentes da natureza real dos conflitos e dos problemas em função dos quais são produzidos os símbolos. A crise da prevenção, da função instrumental da justiça penal também indica o seguinte fenômeno: não é tanto a função instrumental da pena que serve para resolver determinados problemas e conflitos, são determinados

¹⁹⁰ *Apud* MATHOZINHOS, Déa Rita. Op. Cit.

problemas e conflitos que ao atingirem um certo grau de interesse e de alarme social no público se convertem num pretexto para uma ação política destinada a obter não tanto funções instrumentais específicas, mas sim uma outra função de caráter geral: a obtenção do consenso buscada pelos políticos na chamada “opinião pública”.

[...] Na realidade, a pretendida função instrumental do direito sempre serviu para estender esses limites [do *ius puniendi* estatal], para ocultar as funções simbólicas e políticas da ação punitiva, para mistificar a realidade da pena como violência institucional em sua “função latente”, ou seja, a de reproduzir o subsistema de justiça penal (compreendida sua própria clientela) e servir à reprodução ideológica e material das relações de desigualdade na sociedade¹⁹¹.

Desta forma, entendemos que ao buscar solucionar os conflitos relativos à questão de gênero através do sistema penal, ignorando as contribuições da Criminologia Crítica e Feminista, o movimento feminista acaba por encontrar-se, num movimento circular, imerso na reprodução da mesma matriz patriarcal em que baseia sua crítica: em primeiro lugar, reproduz a dependência masculina em vez de buscar a autonomia e emancipação feminina quando recorrem a um sistema classista e sexista, pretendendo “encontrar nele o grande Pai capaz de reverter sua orfandade jurídica” ¹⁹², corroborando para a reprodução da imagem social da mulher enquanto eterna vítima, merecedora da proteção ora do homem ora do sistema penal.

Em segundo lugar, a estratégia criminalizadora “reproduz o alcance imperialista do sistema penal que, ao maximizar a conversão dos problemas sociais em problemas penais estendeu seu império sobre a sociedade como um polvo estende seus tentáculos sobre a areia” ¹⁹³.

¹⁹¹ BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 23.

¹⁹² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. Cit. P. 105.

¹⁹³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. Cit. P. 106.

6 CONCLUSÃO

No processo de desocultação da violência doméstica, denominado por Vera Andrade de “publicização-penalização do privado” a impunidade masculina acabou se tornando um dos pontos centrais da agenda feminista, conduzindo um dos mais progressistas movimentos do país a uma similaridade de pensamento “com um dos movimentos mais conservadores e reacionários, que é o movimento de Lei e Ordem”¹⁹⁴.

Ao ilusoriamente apostar na eficiência da pena, o movimento feminista encontrar-se-ia num verdadeiro impasse, já que teria de dispor de duas e distintas teorias: uma para a mulher infratora e outra para a mulher vítima¹⁹⁵.

É um tanto quanto incompreensível que o movimento de mulheres se atrele a propostas que, há décadas atrás, na época em que se vivia o Estado Previdenciário, possuíam algum sentido progressista e mobilizador, que, porém, atualmente, em tempos de mudanças drásticas em nossos sistemas penais – sobretudo os latino-americanos, que conta com cerca de dois terços de presos processuais – propiciadas pelo novo autoritarismo e as funções que são requisitadas à pena pelo capitalismo de barbárie, “apenas representa um reforço a legitimação da hegemonia neoliberal através de um Estado Penal”¹⁹⁶.

Assim, se nas palavras de Baratta, Criminologia Crítica e feminismo pouco usufruíram um do outro, passamos do momento em que se deve promover tal encontro. Sob a perspectiva do pós-modernismo feminista, ponto de partida de Gerlinda Smaus para a construção teórica da Criminologia Feminista, a luta andrógina se faz necessária.

A transversalidade das lutas de todos os setores explorados e oprimidos pelo capital é o que se impõe: a luta das mulheres deve ser a mesma luta dos negros, índios, homossexuais, loucos, marginalizados e excluídos. A palavra de ordem que se impõe é: não ao sistema penal!

Acreditamos que para que efetivamente se busque a concreção da igualdade de gêneros, deve-se abandonar a abordagem punitiva das questões sociais. Propomos,

¹⁹⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Criminologia e Feminsmo*. P. 112.

¹⁹⁵ BATISTA, Nilo. “*Só Carolina não viu*”.

¹⁹⁶ BATISTA, Nilo. Op. Cit. P. 20.

portanto, que a questão de gênero deve ser analisada para além da criminalização, para além do campo da negatividade de direitos.

As lutas pela igualdade social devem, a nosso pensar, se dar através de outros ramos do Direito, como o Constitucional o Civil e o Direito do Trabalho.

Para se falar em concreção de direitos, devemos trabalhar com o campo da positividade de direitos, buscando reais e efetivas ações afirmativas de gênero, de classe, de etnia... de liberdade individual e coletiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo X Cidadania Mínima**. Códigos de Violência na Era da Globalização, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____, **Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal**. Lineamentos de uma Teoria do Bem Jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.5.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____, **“Só Carolina não viu” – violência doméstica e políticas criminais no Brasil**. <http://www.crprj.org.br>, 2008.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis Ganhos Fáceis**. Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____, **O Medo na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

_____, **O Realismo Marginal**: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo, 2007.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

_____, **A Economia das trocas simbólicas**. São Paulo: Perspectiva, 1998.

_____, **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Difel. 1989.

CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999.

_____, **Juizados Especiais Criminais e seu déficit teórico**. Revista Estudos Feministas. v.11, n.1 Florianópolis jan. 2003.

Convenção de Belém do Pará.

COSTA, Ana Alice Alcântara. **O Movimento Feminista no Brasil: Dinâmicas de uma Intervenção Política**. Labrys, Estudos Feministas, janeiro / julho 2005.
[Http://www.unb.br/ih/his/gefem/labrys7/liberdade/anaalice.htm](http://www.unb.br/ih/his/gefem/labrys7/liberdade/anaalice.htm)

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. São Paulo. Graal, 2003.

_____, **Vigiar e Punir** – história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 2000.

GINZBURG, Carlo. “**Sinais: raízes de um paradigma indiciário**”, in Mitos, Emblemas, Sinais: morfologia e história. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

_____, **Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos**, In: Vários Autores, Pena y Estado, Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, pp 26-36.

HULSMAN, Louk. E Celis, Jacqueline Bernart de. **Penas Perdidas**. O Sistema Penal em Questão. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

MATHOZINHOS, Dea Rita. **As Formas de Silêncio na Justiça Criminal Brasileira**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Cândido Mendes. 2003.

OLMO, Rosa Del. **A América Latina e sua Criminologia**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

ORLANDI, Eni. **Análise de Discurso: princípios e procedimentos**. Campinas: Pontes. 1999.

RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um Discurso sobre as Ciências**. São Paulo: Cortez, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas – a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____, **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan. 2007.

ZAFFARONI, Raul/BATISTA, Nilo/ALAGIA/Alejandro/SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.